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

ODYSSEY MARINE EXPLORATION, INC.
(DEMANDANTE)

C.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
(DEMANDADA)

(Caso CIADI No. UNCT/21/1)

MEMORIAL DE DÚPLICA

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Orlando Pérez Gárate

ASISTIDO POR:

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

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker

Tereposky & DeRose
Alejandro Barragán
Ximena Iturriaga

19 de octubre de 2021

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN 1

II. SECCIÓN DE HECHOS 7

A. La Demandante pretende que el Tribunal resuelva conforme al derecho mexicano cuestiones científicas y jurídicas que son objeto de revisión por tribunales nacionales 7

1. La Demandante omite señalar que el juicio de nulidad ante el TFJA afecta los aspectos fácticos de su reclamación en este arbitraje 9

2. La Demandante intenta circunscribir indebidamente la jurisdicción del Tribunal a los aspectos que son objeto de revisión por el TFJA, lo cual demuestra que recurre a este arbitraje como una instancia de apelación 14

a. Es falso que la Resolución de 2018 no haya abordado el impacto del Proyecto Don Diego en las ballenas 16

b. La postura de la Demandante en torno al impacto del Proyecto Don Diego en las ballenas demuestra que su reclamación es prematura ya que se funda en las mismas alegaciones presentadas ante tribunales nacionales 17

c. Existe la posibilidad de que el TFJA emita otra decisión que permita abordar y subsanar cualquier aspecto adicional que la SEMARNAT considere pertinente 18

d. ExO no ha participado plenamente en el procedimiento de TFJA a pesar de tener la oportunidad de hacerlo. 19

e. El peritaje presentado por SEMARNAT ante el TFJA es congruente con la Resolución de 2018 y forma parte del juicio pendiente ante el TFJA 20

3. El TFJA reconoció expresamente que la SEMARNAT podía emitir otra resolución que negara la MIA 2015 sujeta únicamente a una debida motivación y fundamentación 24

4. Odyssey pretende que el Tribunal realice una revisión *de novo* de la MIA 2015 27

5. Las declaraciones de *twitter* del Sr. Pacchiano respecto al sentido de la Resolución de 2018 no son inapropiadas dado

que era previsible que ésta se emitiera nuevamente en sentido negativo 30

6. Las referencias de la Demandante a la sentencia del TFJA respecto una supuesta falta de debido proceso carecen de relevancia porque este aspecto ya fue subsanado por la Resolución de 2018 31

B. La reclamación de la Demandante se basa la supuesta existencia de "órdenes de mando secretas" [redacted] 32

1. [redacted] 34

a. El [redacted] 36

b. El [redacted] en las que se abordó la estrategia legal de México en este arbitraje 38

c. El [redacted] sobre la estrategia legal de México en este arbitraje 40

2. [redacted] 41

a. [redacted] 42

b. [redacted] 44

c. [redacted] 45

3. Los [redacted] y [redacted] 46

a. La Demandante y su experto no controvierten el hecho que los [redacted] y [redacted] 48

b. [redacted] 49

4. La Demandante no ha aportado evidencia contemporánea que demuestre que los [redacted] y [redacted] las Resoluciones de 2016 y 2018.....50

5. La Demandante y ExO alegan que tuvieron conocimiento de las supuestas instrucciones del Sr. Pacchiano pero optaron por no realizar nada al respecto.....53

C. La ley es clara en establecer que la responsabilidad de las resoluciones en materia de impacto ambiental recae en el funcionario firmante.....58

1. El Secretario Pacchiano no tuvo ninguna injerencia en la evaluación técnico-científica ni en el sentido de las Resoluciones [redacted] 61

2. Los [redacted] y [redacted] 64

3. [redacted] 66

4. Las acusaciones de la Demandante y sus testigos en contra del Sr. Pacchiano son insostenibles y desproporcionales 68

D. El Procedimiento EIA y la Resolución de 2018 fueron realizadas de conformidad con la legislación ambiental.....70

1. La aplicación del artículo 35 III (b) de la LGEEPA se realizó de manera razonable y conforme a derecho.....71

2. Las alegaciones de la Demandante y sus expertos en torno a los instrumentos emitidos por el Estado mexicano para proteger a la tortuga *Caretta caretta* en el Golfo de Ulloa son confusas e incorrectas 78

3. La Resolución de 2018 analizó la posible afectación de diversas especies, incluidas tortugas marinas y cetáceos.....85

4. La Demandante busca minimizar las preocupaciones de autoridades mexicanas, ONGs y organismos internacionales en torno a Don Diego.....88

5. Los oficios notificados a ExO y las suspensiones durante los PEIA demuestran las preocupaciones de la DGIRA 91

E. Existe evidencia contemporánea que confirma que la negativa de autorización de la SEMARNAT se sustenta en una válida justificación de protección al ecosistema en el Golfo de Ulloa y a la sustentabilidad de especies marinas 93

1. Posibles impactos que habría tenido el Proyecto Don Diego en el ecosistema del Golfo de Ulloa 93

2. La información presentada por la Demandante en la MIA 2015, así como en la información adicional remitida, contenía deficiencias e imprecisiones, por lo que la Resolución de 2018 de la SEMARNAT está correctamente sustentada 97

F. La Demandante no ha sido capaz de demostrar sus alegaciones sobre haber sostenido reuniones con autoridades mexicanas [redacted] 103

1. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHMSA y ExO con el Secretario Pacchiano referidas por Odyssey 104

a. Reuniones de 2015 105

b. Reuniones de 2016 107

c. Reuniones de 2017 109

2. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHMSA y ExO con funcionarios de la CONANP, CONAPESCA y el INAPESCA 111

3. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHSMA y ExO [redacted] 112

4. El testimonio del Dr. Seminoff deja en evidencia la falta de credibilidad en las alegaciones de Odyssey y sus testigos 114

5. Personas relacionadas con AHMSA fueron los principales interlocutores del Proyecto 118

G. [redacted] 120

H. Otros países han sido escépticos y cautelosos al momento de autorizar proyectos de dragado marino similares al Proyecto Don Diego 122

III. ARGUMENTO LEGAL 125

A. La Demandante no ha cumplido la carga y el estándar probatorio necesario para demostrar las serias alegaciones formuladas en contra del Sr. Pacchiano y el Estado mexicano 125

B. Aspectos Jurisdiccionales 131

C. El Testimonio de los [redacted] y [redacted] no es creíble ni admisible.....132

D. La falta de divulgación de la Demandante sobre los incentivos económicos contingentes 142

E. Méritos 144

1. La Demandante no ha demostrado la existencia de una violación al estándar de Nivel Mínimo de Trato del artículo 1105 del TLCAN 144

a. La Demandante no ha demostrado la existencia del estándar conforme al derecho internacional consuetudinario que solicita al Tribunal aplicar 145

b. La Demandante no ha podido demostrar que su reclamación basada en "órdenes de mando secretas" constituya una violación al derecho internacional consuetudinario 148

c. La Demandante no ha establecido una conducta arbitraria ni una conducta que no sea acorde con el debido proceso 151

(1) La Demandante ha calificado erróneamente el significado de "arbitrario" conforme al derecho internacional 152

(2) La negativa de la MIA 2015 se realizó de manera totalmente razonable y transparente.....157

(3) La Demandante no ha demostrado ninguna "motivación política" 164

d. La Demandante no tiene ninguna expectativa legítima que pueda ser protegida conforme el derecho consuetudinario internacional 166

e. La Demandante no ha agotado los medios de defensa disponibles conforme al sistema jurídico de México.....168

f. La Demandante ha renunciado a su reclamo sobre "Protección y Seguridad Plenas" 172

2. La Demandante no ha sido objeto de una expropiación indirecta conforme al artículo 1110 del TLCAN 173

3. La Demandante no ha logrado demostrar haber recibido un trato menos favorable en los términos exigidos por el artículo 1102 del TLCAN 176

a. Las entidades a cargo de los Seis Proyectos no son sujetos u objetos comparables 178

b. Los Seis Proyectos no se encuentran en circunstancias similares al Proyecto Don Diego 179

c. La SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al Proyecto Don Diego 188

IV. DAÑOS 189

A. Introducción 189

B. La Demandante no ha aclarado si la reclamación se presenta por cuenta propia o en representación de ExO 191

C. Carga y estándar de prueba 192

1. Carga de la prueba 192

a. El hecho de la pérdida o daño. 197

b. Causalidad 197

c. Monto del daño 198

D. Medida de compensación 200

E. Fecha de expropiación 202

F. Casos inversionista-Estado que involucran proyectos mineros 206

1. Los casos citados por la Demandante no apoyan el uso de un DCF en las circunstancias de este caso 211

a. *Gold Reserve v. Venezuela* 212

b. *Crystallex c. Venezuela* 215

c. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Tajikistan* 216

d. *Rusoro v. Venezuela* 217

e. *Tethyan v. Pakistan* 219

2. Las críticas de la Demandante a los casos citados por la Demandada son superfluas e incorrectas 222

a. *Bear Creek c. Perú* 222

b. *South American Silver c. Bolivia* (S.A. Silver) 223

G. La determinación de daños de la Demandante continúa siendo especulativa 225

1. Las normas y directrices CIMVAL y VALMIN 225

2. El Proyecto Don Diego era un proyecto de alto riesgo en etapa de exploración 230

3. La evidencia contemporánea no demuestra la viabilidad económica y técnica del Proyecto 233

a. Propuesta de Boskalis y documentos relacionados 235

(1) La Propuesta de Boskalis 235

(2) El informe del Sr. Fuller confirma la naturaleza preliminar de la estimación de Boskalis 242

b. El Informe Técnico NI-43 101 245

c. [redacted] 247

d. Otra evidencia contemporánea relacionada 250

(1) El Memorándum Técnico del Dr. Lamb sobre el análisis preliminar del potencial de producción de roca de fosfato (C-0112) 250

(2) La prueba de ácido fosfórico de Jacobs Engineering (C-0469) 252

4. El Segundo Informe de WGM confirma que un enfoque DCF no está justificado y sería altamente especulativo 253

a. Estimación de recursos minerales 253

b. Tamaño del mercado 255

c. Clientes potenciales 256

d. Precio 258

e. Financiamiento 261

f. Consideraciones operativas 262

H. El segundo informe de Quadrant Economics 265

1. Varias empresas en el pasado han intentado sin éxito explotar el yacimiento del Proyecto Don Diego 265

2. El enfoque de mercado es el enfoque correcto dado el nivel de desarrollo del Proyecto Don Diego 266

3. La valuación ajustada de Quadrant 267

a. Valuación basada en la capitalización de mercado de Odyssey 267

b. Estimación de los costos hundidos de la Demandante 270

c. Los análisis DCF y ROV de Compass Lexecon no son razonables y sobreestiman el valor de ExO 272

I. La valuación de Agrifos debe ser desestimada 272

J. La prima de [redacted] por cuenta del presunto valor estratégico del Proyecto es completamente especulativa y carece de soporte 276

K. Los daños reclamados por la presunta "oportunidad perdida" son igualmente especulativos y carecen de soporte 277

L. Intereses 279

V. SOLICITUD DE COSTOS 280

VI. CONCLUSIÓN 281

GLOSARIO

Nombre corto	Nombre completo
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 *Eschrichtius robustus*
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
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
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 Acuacultura 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
DGCJCI	Dirección General de Consulltoría Jurídica de Comercio Internacional
DGIRA	Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental
DOF	Diario Oficial de la Federación
Don Diego, Proyecto o Proyecto Don Diego	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.

Nombre corto	Nombre completo
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.
Grupo de Expertos en Tortugas Marinas	Grupo de expertos conformado por los Dres. Agnese Mancini, Alberto Abreu, Bryan Wallave, Alan Zavala y la M. en C. Raquel Briseño, miembros activos del "Marine Turtle Specialist Group", perteneciente a la "International Union for Conservation of Nature".
IIO	Instituto de Investigaciones Oceanológicas de la Universidad Autonóma de Baja California
INAPESCA	Instituto Nacional de Pesca
IUCN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza / International Union for Conservation of Nature
IPN	Instituto Politécnico Nacional
LFRASP o LFRA	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
MTSG	Grupo de Especialistas de Tortugas Marinas (Marine Turtle Specialist Group), del Species Survival Commission, perteneciente a la IUCN.
Nasdaq	National Association of Securities Dealers Automated Quotation
NOAA	National Oceanic and Atmospheric Administration
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.
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

Nombre corto	Nombre completo
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
Resolución de 2016	Resolución DGIRA Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/2270 del 7 de abril de 2016.
Resolución de 2018	Resolución DGIRA Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/07852 del 12 de octubre de 2018.
Resoluciones	Resolución de 2016 y Resolución de 2018
Rofomex	Rofomex II, S.A. de C.V.
S.C.P.P. o 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
Solcargo	Solórzano, Carvajal, González y Pérez Correa, S.C.
Subsea Minerals	Subsea Minerals Ltd.
TFJA	Tribunal Federal de Justicia Administrativa
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, cabezona o *loggerhead*
UABCS	Universidad Autónoma de Baja California Sur
UCAJ	Unidad Coordinadora de Asuntos Jurídicos
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. Este Memorial de Dúplica contiene la respuesta fáctica, legal y de *quantum* a las reclamaciones de la Demandante presentadas en contra del Estado mexicano en torno al Proyecto Don Diego. Contrario al proceder de la Demandante, México ha aportado la evidencia necesaria para demostrar que el caso presentado por Odyssey; su descripción parcial de los hechos; y las acusaciones sin fundamento, carecen de méritos y representan un abuso al uso del mecanismo de arbitraje de inversión previsto en el Capítulo XI del TLCAN.

2. Con base en la evidencia presentada por la Demandada, el Tribunal podrá corroborar que no existió una campaña con motivaciones políticas del Sr. Pacchiano en contra del Proyecto Don Diego y, de igual forma, podrá constatar que el Proyecto Don Diego no recibió un trato menos favorable al recibido por otros proyectos. Por el contrario, la Demandada ha demostrado que las decisiones emitidas por la DGIRA fueron razonables tomando en consideración la importancia del Golfo de Ulloa y las especies marinas que habitan en esa zona.

3. Para estar en condiciones de poder iniciar el Proyecto Don Diego, la Demandante tenía que obtener una autorización de impacto ambiental por parte de la DGIRA, la cual constituye la única entidad técnica y regulatoria de todo el gobierno de México facultada para emitir dicha autorización. Aunque la Demandante presentó la "manifestación de impacto ambiental" (MIA) que dio inicio al procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Procedimiento EIA), éste culminó con la Resolución de 2016 con base en la cual la DGIRA negó la autorización ambiental del Proyecto Don Diego.

4. Consecuentemente, la Demandante impungó la Resolución de 2016 ante tribunales mexicanos (TFJA). Al respecto, los tribunales nacionales ordenaron a la DGIRA que volviera a emitir una nueva resolución con plena libertad de decisión con base en sus facultades regulatorias. Derivado de ello, y con base en los aspectos técnicos y científicos relevantes y cumpliendo con lo ordenado por el TFJA, la DGIRA emitió la Resolución 2018 con base en la cual rechazó nuevamente la solicitud de autorización de impacto ambiental del Proyecto Don Diego. Inconforme con esta decisión, ExO volvió a impugnar esa Resolución de 2018. En consecuencia, actualmente existen procesos legales pendientes de resolverse por tribunales mexicanos.

5. Este Procedimiento EIA de carácter administrativo, así como el litigio ante tribunales nacionales fueron transparentes y realizados conforme al debido proceso. Prueba de ello es que ExO y una pluralidad de partes (autoridades, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, habitantes de comunidades, entre otros) participaron de forma activa en el Procedimiento EIA en total apego al marco legal. La situación a considerar es que, con base en evidencia contemporánea e irrefutable, el Procedimiento EIA concluyó que el Proyecto Don Diego no era un proyecto sostenible, ni viable, razón por la cual no obtuvo la "autorización de impacto ambiental" por parte de la DGIRA.

6. Ahora, prácticamente tres años después de la Resolución de 2018, la Demandante y sus testigos siguen afirmando que existieron razones políticas por las cuales se negó la autorización de impacto ambiental del Proyecto Don Diego. Esto es falso y no existe evidencia que demuestre esa alegación. De hecho, las reclamaciones de las Demandante dependen en gran medida de dos [redacted] Es evidente que estas alegaciones resultan poco creibles.

7. Parte de la estrategia de la Demandante en este arbitraje ha sido ignorar o minimizar la relevancia del Golfo de Ulloa. A pesar de estos esfuerzos, Odsyssey es incapaz de refutar el hecho de que éste es un lugar único en el mundo. Por un lado, el Golfo de Ulloa forma parte de rutas migratorias de distintas ballenas provenientes de Rusia y costas norteamericanas, que se albergan en zonas aledañas consideradas como santuarios balleneros, las cuales son áreas naturales protegidas y forman parte del patrimonio natural de la humanidad. Por otro lado, el Golfo de Ulloa es un centro natural de actividad biológica que concentra una gran población de tortugas marinas, y un hábitat de alimentación primordial de la tortuga *Caretta caretta*, la cual realiza un fenómeno natural inigualable. Esta especie —en peligro de extinción— nace en las costas de Japón y migra a México para crecer y alimentarse justamente en el Golfo de Ulloa. Posteriormente, decenas de años después regresa a costas japonesas para seguir con su ciclo reproductivo. De igual forma, el Golfo de Ulloa es una zona de alimentación de varias especies amenazadas, incluido el lobo fino

de Guadalupe. Estos son unos cuantos aspectos que demuestran que el Golfo de Ulloa es un tesoro natural para México y para la humanidad.

8. La Demandante ha dejado claro que su pretensión en este arbitraje es equiparable a su otra línea de negocios: la "búsqueda del tesoro":

> That potential $2 billion judgment (of which Odyssey would be entitled to 65%, or some $1.3 billion, due to partnerships) for a publicly traded company with a market cap of about $90 million has been enticing to investors. Since the litigation started, Gordon says he's seen a new group of investors emerge who are wagering on the outcome of the litigation. To date, Odyssey Marine has raised more than $30 million for the court battle with Mexico, with $20 million coming in the form of non-recourse debt that will not have to be repaid if they lose. The company posted $2.03 million in revenue in 2020, down from $3.07 million in 2019.[1]

9. Este tipo de declaraciones restan credibilidad a las proyecciones de negocios de Odyssey y a las reclamaciones planteadas en este arbitraje. De hecho, resulta seriamente cuestionable que la Demandante pretenda que el Tribunal resuelva cuestiones técnicas y legales que están sujetas a revisión ante tribunales de México. Ante esta situación, la Demandada se ha visto en la necesidad de reiterar en este Memorial de Dúplica que el Tribunal no es la autoridad competente para: *i)* realizar una revisión *de novo* de la MIA 2015 del Proyecto Don Diego; ni *ii)* actuar como una corte de apelación. El arbitraje de inversión sencillamente no tiene esa función.

10. La Demandante tampoco ha podido refutar el hecho de que la extracción de minerales del subsuelo marino es una actividad sumamente regulada y controversial a nivel internacional debido al alto grado de incertidumbre sobre el impacto que sufre el medio ambiente y las especies que habitan en el lugar donde se realizan tales actividades. A pesar de ello, la postura de la Demandante ante los tribunales mexicanos y ante este Tribunal es que el dragado del Proyecto —a realizarse las 24 horas del día, siete días de la semana y a lo largo de 50 años— no habría causado impactos ambientales. Esta postura es simplemente absurda. Con base en los hechos, así como en los testimonios e informes de expertos aportados por la Demandada, el Tribunal podrá corroborar el alto grado de especulación en torno al Proyecto Don Diego, el cual se trata de un proyecto que únicamente llegó a una etapa meramente inicial.

---

[1] Business Observer, "Marine and mineral extraction company dive intolegal squabble with Mexico" (May 5, 2021). **R-0172**.

11. El alto grado de especulación sobre los posibles impactos ambientales que el Proyecto Don Diego podía generar y la falta de información específica que atendiera de manera de manera efectiva los cuestionamientos de la autoridad, llevaron a la DGIRA a rechazar la autorización ambiental del Proyecto. Lo anterior, con base en un análisis técnico-científico minucioso de la evidencia disponible que involucró, *inter alia*, la determinación de las claras deficiencias en la MIA elaborada por ExO y Odyssey, así como la sujeción al principio precautorio, aplicable conforme a derecho mexicano y el derecho internacional público.

12. Sin perjuicio de que la Resolución de 2018 es razonable desde el ámbito técnico, científico y jurídico, la Demandada ha demostrado que [redacted] la decisión de la DGIRA de negar la autorización ambiental no se basó en ninguna orden o instrucción por razones póliticas.

13. En este sentido, la Demandada ha podido corroborar que son falsas todas las alegaciones de Odyssey y sus testigos en torno a supuestas: *i)* reuniones con el Sr. Pacchiano; *ii)* relaciones comerciales con Pemex; *iii)* reuniones de trabajo con autoridades ambientales; y *iv)* reuniones con destacados científicos —como el Dr. Seminoff —.

14. Para beneficio del Tribunal, la Demandada resume los aspectos legales más importante de este Memorial de Dúplica:

- La Demandante es incapaz de demostrar que México no brindó un Trato Justo y Equitativo a la inversión de Odyssey de conformidad con el artículo 1105 del TLCAN. Las pruebas aportadas por la Demandante son ineficaces para demostrar, *inter alia*, que el Sr. Rafael Pacchiano ordenó negar la autorización ambiental del Proyecto Don Diego por razones políticas.

- El hecho que la Demandante no esté de acuerdo con el sentido de las Resoluciones que negaron la autorización ambiental al Proyecto Don Diego no significa que tales Resoluciones sean ilegales o arbitrarias.

- La Demandante tuvo acceso en todo momento a un debido proceso ante la DGIRA y ante los tribunales nacionales. En particular, la Demandante participó de forma activa en las

evaluaciones ambientales del Proyecto Don Diego, pero fue incapaz de demostrar que Don Diego era un proyecto viable. Resalta el hecho que la Demandante no presenta ninguna reclamación en contra de las actuaciones de los tribunales mexicanos y además que continúa litigando las mismas actuaciones de la DGIRA que son objeto de este arbitraje ante tribunales nacionales.

- Las supuestas "expectativas legítimas" de Odyssey no fueron violadas por México. La regulación ambiental y, en particular, las decisiones en torno a ésta, pueden no ser perfectas, pero eso no significa que la decisión de negar la autorización del Proyecto Don Diego no fuera razonable desde el ámbito técnico, científica y jurídico.
- La Demandante es incapaz de demostrar jurídica y fácticamente que México violó la obligación de brindar Protección y Seguridad Plena (PSP) a la inversión de Odyssey. Inclusive parece que la Demandante renunció a presentar esta reclamación en el arbitraje tomando en cuenta que el Memorial de Réplica ni siquiera hace referencia al principio de PSP conforme al TLCAN.
- La Demandada actuó con pleno y debido ejercicio sus facultades regulatorias ambientales al momento de evaluar y resolver la solicitud de manifestación de impacto ambiental. La decisión de la DGIRA no es equiparable a una medida de expropiación directa o indirecta y, por consiguiente, no es violatoria del artículo 1110 del TLCAN.
- La reclamación de la Demandante sobre Trato Nacional conforme el artículo 1102 del TLCAN es un intento desesperado de Odyssey por intentar sustentar su caso. Sin embargo, carece de méritos. En primer lugar, ninguno de los Seis Proyectos se encuentra en "circunstancias similares" a Don Diego y, en segundo lugar, resulta falso que México haya otorgado un trato menos favorable al Proyecto Don Diego en comparación al trato otrogado a otros proyectos.
- La autoridad reguladora competente determinó que el proyecto no era ambientalmente viable y no existía certeza de que no se afectaría el medio ambiente y a especies amenazadas y en peligro de extinción. Por lo tanto, lo procedente es que el Tribunal brinde deferencia a la decisión emitida por el ente regulador, *i.e.*, la DGIRA.

- El Tribunal no puede realizar una revisión de novo de la MIA 2015, ni mucho menos puede fungir como una corte de apelación para analizar los aspectos técnico-científicos de la Resolución de 2018. Nuevamente, la función del Tribunal es determinar si la decisión de la DGIRA es razonable y si fue emitida de conformidad con los principios establecidos en el Capítulo XI del TLCAN tomando en cuenta los hechos debidamente demostrados en este arbitraje.

15. En cuanto al análisis de *quantum*, la posición de la Demandada puede resumirse como sigue:

- La reclamación de daños de la Demandante es sumamente exagerada. La evidencia contemporánea demuestra que el Proyecto se encontraba aún en sus etapas iniciales y no existían los elementos necesarios para estimar los diversos componentes de los flujos de efectivo futuros con un grado de certeza razonable. A la Fecha de Valuación, la Demandante no había demostrado la viabilidad técnica ni económica de su proyecto mediante un estudio de viabilidad (FS o PFS por sus siglas en inglés) ni contaba con Reservas Minerales Probadas o Probables.

- El hecho de que la aprobación de la MIA fuese una condición necesaria para que el Proyecto avanzara a su siguiente etapa, no implica que, de haberse obtenido, el Proyecto se convertiría en el rentable negocio en el que la Demandante basa su estimación de daños. El Proyecto aún tenía que librar obstáculos importantes como: desarrollar la ingeniería básica de la operación; demostrar la existencia de Reservas; hacer pruebas para confirmar que consistentemente podría producir un producto conforme a las espeficiaciones del mercado; establecer una base de clientes o al menos demostrar que existía un mercado potencial para sus productos; conseguir financiamiento; construir el equipo y la infraestructura necesaria; y un largo etcétera.

- Lo anterior es indicativo de que el éxito que anticipaba la Demandante era una simple posibilidad y no un desenlace probable, como pretende hacer creer al Tribunal a través de los numerosos informes periciales que ha presentado en este procedimiento y que fueron elaborados específicamente para propósitos de este litigio. El hecho de que la Demandante valore el Proyecto como si se tratara de un negocio en marcha con un historial probado de operaciones rentables o como un proyecto cuya viabilidad técnica y económica ha sido

demostrada con estudios especializados contemporáneos, explica la enorme divergencia entre los resultados obtenidos por los peritos de daños de las partes.

- La Demandada ha demostrado y confirmará en este escrito que, de conformidad con los lineamientos y estándares generalmente aceptados para la valuación de proyectos mineros, las mejores prácticas de la industria y la práctica de tribunales internacionales que han resuelto controverisas relacionadas con proyectos en etapa preoperativa, un proyecto como el de Don Diego no puede valorarse a través del enfoque de ingresos (DCF o ROV), como lo hacen los peritos de la Demandante. Los proyectos que se encuentran en una etapa de desarrollo temprano equivalente a la del Proyecto, se valoran a través metodologías de costos o de mercado como las que utiliza Quadrant, el perito de la Demandada.

16. Como conclusión, la Demandada no considera procedente —ni pertinente— que en un arbitraje inversionista-Estado se re-evalúen aspectos técnicos-científicos que ya fueron sometidos al regulador nacional y autoridad experta en materia ambiental. De igual forma, la evidencia aportada por la Demandada ha demostrado que: *i)* las reclamaciones de la Demandante carecen de méritos; *ii)* las declaraciones de los testigos de Odyssey no deberían ser admitidas o, en su caso, no tienen credibilidad; y *iii)* la reclamación de daños de la Demandante carece de sustento.

17. La Demandada solicita al Tribunal que considere como punto de partida para su análisis la siguiente observación del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO sobre el Proyecto Don Diego: "the Project, located in the Gulf of Ulloa, would seriously threaten the marine species and ecosystems of the area […] an important attribute of the Outstanding Universal Value of the property […]".

II. SECCIÓN DE HECHOS

A. La Demandante pretende que el Tribunal resuelva conforme al derecho mexicano cuestiones científicas y jurídicas que son objeto de revisión por tribunales nacionales

18. En su Memorial de Réplica, la Demandante señala que "Odyssey no está buscando apelar una decisión ambiental adversa, ni tampoco le está solicitando al Tribunal que evalúe de nuevo la MIA",[2] sin embargo, también reconoce que "[l]a controversia se centra en si la evidencia científica

[2] Memorial de Réplica, ¶ 17.

y empírica demuestran que el Proyecto fue denegado ilegítimamente*"*.[3] Estas afirmaciones resultan contradictorias ya que ponen de manifiesto que la Demandante busca, de hecho, que el Tribunal analice y se pronuncie sobre aspectos técnico-científicos enmascarando su reclamación con la supuesta existencia de "órdenes de mando secretas"[4] según las cuales implicaron que la MIA 2014 fuera retirada y se negara la MIA 2015.

19. No sólo eso, la Demandante también pretende que el Tribunal se pronuncie sobre la correcta interpretación y aplicación de la ley ambiental mexicana, es decir, que funja como un tribunal nacional para determinar el alcance del artículo 35 de la LGEEPA. Esto se confirma con la siguiente aseveración de la Demandante:

> Existe una disputa en cuanto a si la DGIRA puede denegar una MIA en virtud del Artículo 35(III)(b) solo cuando las actividades propuestas afectarían negativamente a una especie en peligro como un todo (tal como afirma Odyssey), o cuando las actividades propuestas afectarían a unos pocos individuos de una especie en peligro (tal como afirma México).[5]

20. En este sentido, el Tribunal debe tener presente que los aspectos fácticos de carácter técnico-científico, así como la interpretación y aplicación de la LGEEPA están siendo objeto de revisión por el TFJA.[6] Por lo tanto, la labor del Tribunal debería centrarse en determinar si se ha presentado evidencia *prima facie* que acredite que la DGIRA actuó por mero capricho y resolvió el asunto en el sentido en el que lo hizo por una instrucción política fuera del marco de la ley. En cualquier caso, el Tribunal debe determinar si las supuestas "órdenes de mando secretas" constituyen *per se* una violación al estándar de nivel mínimo de trato o de expropiación conforme al TLCAN. Con base en la evidencia aportada por la Demandante, es evidente que el Tribunal llegará a la conclusión que la reclamación no se sostiene y la decisión de la DGIRA —en su calidad de ente especializado y regulador en cuestiones técnico-científicas— fue razonable y no genera violación alguna a las obligaciones de México previstas en el TLCAN.

---

[3] Memorial de Réplica, ¶ 19.

[4] La Demandante utilizó expresamente el concepto de "*secret marching orders*" para formular su reclamación en torno a las dos negativas de la MIA, sin embargo, México hizo notar las similitudes de ese concepto y la reclamación que se formuló en el caso *Vento Motorcycles c. México*. En consecuencia, la Demandante ahora intenta —sin éxito—, apartarse de las analogías con ese caso y en su Memorial de Réplica ha prescindido del uso de ese concepto. *Ver*, Memorial de Demanda, ¶ 221.

[5] Memorial de Réplica, ¶ 22.

[6] *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 94-98.

21. De cualquier modo, es evidente que la sentencia que se dicte en el juicio ante el TFJA afectará invariablemente la reclamación de la Demandante.[7] Esta situación es sabida por Odyssey quien omite abordar ese aspecto y, en su lugar, se limita a señalar que "México incumplió las protecciones a la inversión contenidas en el TCAN",[8] a pesar de que los hechos que subyacen su reclamación son prácticamente los mismos que en tribunales mexicanos, tal como se aborda a continuación.

1. La Demandante omite señalar que el juicio de nulidad ante el TFJA afecta los aspectos fácticos de su reclamación en este arbitraje

22. Como ya se señaló en el Memorial de Contestación, el 19 de agosto de 2019, ExO impugnó la Resolución de 2018 de la DGIRA mediante un juicio contencioso administrativo ante el TFJA.[9] ExO solicitó al TFJA "analizar la legalidad de la negativa de la autoridad demandada para autorizar la MIA de ExO, […] y condenar a la autoridad para que emita una nueva resolución […]".[10] En particular, ExO expresamente pidió al TFJA "resolver el fondo de la pretensión de ExO estableciendo los términos y lineamientos que la autoridad deberá observar", es decir, "que se resuelva sobre la autorización de la MIA".[11] Es indudable que si el TFJA resuelve la impugnación de ExO a su favor, la Demandante estaría en condiciones de obtener una doble compensación ante este Tribunal.

23. Desde ese punto de vista, la reclamación de la Demandante es prematura. Prueba de ello es que recurre a este Tribunal para que analice exactamente los mismos hechos que plantea ante tribunales nacionales.[12] Incluso, la Demandante llega al extremo de solicitar a este Tribunal —al igual que al TFJA— que se pronuncie respecto de la interpretación de la normativa ambiental mexicana.

---

7 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

8 Memorial de Réplica, ¶ 17.

9 Memorial de Contestación, ¶¶ 379-384. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

10 **C-0186**, pp. 13-14.

11 **C-0186**, pp. 14-15.

12 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

24. En efecto, en la Réplica la Demandante desarrolla diversos argumentos en torno a la interpretación del artículo 35 de la LGEEPA, en particular, señala que "[l]a interpretación del (*sic*) Demandada sobre el Artículo 35(III)(b) es manifiestamente incorrecta y contradice directamente la práctica de la SEMARNAT en su aplicación*"*.[13] Para ello, la Demandante se apoya del informe de un experto en derecho quien distingue entre los términos "especie" e "individuo" para interpretar —erróneamente—[14] el artículo 35 de la LGEEPA e incluso, cita la supuesta existencia de un estándar interpretativo adoptado por la DGIRA en el proyecto del Puerto de Manzanillo.[15] Justamente esos tres aspectos del artículo 35 de la LGEEPA que aborda el experto y cita la Demandante, a saber: (i) interpretación errónea; (ii) distinción entre individuo y especie; y (iii) supuesto precedente administrativo del proyecto "Puerto de Manzanillo", son en realidad una mera copia de lo que ExO señaló ante el TFJA:

> […] se sostiene que la autoridad demandada partió de una indebida interpretación del artículo 35, fracción III, inciso b) de la LGEEPA, cuya aplicación –bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad–exige determinar (i) si los impactos identificados son suficientes para constituir un daño, para lo cual se deben considerar variables de dimensionamiento y medidas de mitigación y compensación, y (ii) si el eventual daño trasciende a una determinada especie, y no sólo a determinados individuos o poblaciones.
>
> […]
>
> Sobre este punto, destaca que la autoridad ambiental ha asumido expresamente ese criterio, tal y como se desprende de la página 101 del oficio S.G.P.A./DGIRA.DDT.-1383.05 de 22 de noviembre de 2005, en el que se autorizó el proyecto "Puerto de Manzanillo, Programa Maestro de Desarrollo, 2000-2010", […].[16]

25. Esta similitud no es casual y se repite a lo largo de la Réplica de la Demandante. Por ejemplo, en la sección de "fundamentos de derecho" relativa a la reclamación sobre una supuesta discriminación basada en el artículo 1102 del TLCAN, la Demandante se apoya en el informe de un experto en biología para afirmar que: (i) existen otros proyectos comparables al Proyecto Don Diego; y (ii) el Proyecto Don Diego fue objeto de discriminación por parte de la Demandada por

---

13 Memorial de Réplica, ¶¶ 19-30.

14 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 12-18.

15 Segundo Informe Héctor Herrera, ¶¶ 49-67.

16 **C-0186**, pp. 51 y 53 (énfasis añadido).

no haber sido autorizado. Nuevamente, los argumentos y hechos que refiere la Demandante son prácticamente una copia de lo que ExO presentó ante el TFJA:[17]

> […] ExO expone los argumentos que acreditan la ilegalidad de la Resolución Impugnada, en la medida en la que, al negar la autorización del Proyecto, la autoridad demandada omitió considerar criterios asumidos previamente para autorizar proyectos de naturaleza análoga.
>
> […] Estas violaciones son identificables de manera autónoma, […] su entendimiento conjunto permite arribar a la conclusión de que la DGIRA debía aplicar distintos criterios al pronunciarse respecto a la MIA de ExO, siendo que al no haberlo hecho se creó una situación de hecho que supone una indebida apreciación del Proyecto y la MIA, y un trato desigual frente a titulares de proyectos que se colocan en situaciones de derecho asimilables.[18]

26. Para beneficio del Tribunal Arbitral, en la Tabla 1 se presenta un análisis comparativo que muestra las similitudes de los hechos y reclamos planteados por la Demandante ante este Tribunal *vis-á-vis* los que se presentan ante el TFJA y cuya decisión permnecen *sub judice*.

---

[17] Aunque en la demanda presentada por ExO ante el TFJA sólo 3 proyectos coinciden con los 5 que presentó en el Memorial de Réplica, ExO presentó una lista con más de 70 proyectos de dragado que considera comparables al Proyecto Don Diego. Ver. **C-0186**, pp. 149-153.

[18] **C-0186**, p. 149.

Tabla 1. Reclamaciones y argumentos de ExO ante el TFJA *vis-á-vis* las reclamaciones y argumentos de Odyssey ante el Tribunal Arbitral

Aspectos coincidentes en el Arbitraje y el TFJA	Arbitraje TLCAN	TFJA
(i) Alegaciones relacionadas con proyectos similares a Don Diego		
Trato desigual o menos favorable.	Demanda, ¶¶ 323-324, 329, 333, 340 y 348-350. Réplica, ¶¶ 308-310.	Juicio de Nulidad 2019 ("**C-0186**"), pp. 149, 167, 168 y 170. Recurso de Revisión, ("**C-0141**"), pp. 18-19.
Aprobación de diversos proyectos de dragado similares a Don Diego.	Demanda, ¶¶ 182-186, 350 y 352. Réplica, ¶¶ 268-269. Pliego IE2, ¶¶ 279-316.	**C-0186,** pp. 149, 154 y 167.
Mayor impacto y mayor densidad de tortugas marinas en las áreas de los proyectos similares a Don Diego.	Demanda, ¶¶ 330-333 y 340. Pliego IE1, ¶¶ 331-333. Réplica, ¶¶ 302 y 304.	**C-0186**, pp. 154 y 167-169.
Proyecto Veracruz, Laguna Verde y ESSA.	Demanda, ¶¶ 182, 185, 338, 342, 344 y 348. Pliego IE2, ¶¶ 149-152. Réplica, ¶¶ 280 y 298-299.	**C-0186**, pp. 154 a 159 y 164.
Medidas de mitigación en otros proyectos.	Demanda, ¶¶ 334, 335, 345 y 346. Pliego, IE1 y ¶ 275.	**C-0186,** pp. 84, 167, 169 y 170.
(ii) Alegaciones relacionadas con el Artículo 35, fracción III, inciso b) de la LGEEPA		
Denegación ilegal del Proyecto por una incorrecta interpretación y motivación.	Demanda, ¶¶ 152, 153, 161, 208 y 281. Réplica, ¶¶ 491 y 543.	**C-0186**, pp. 30, 78 y 79. **C-0141**, p. 15.
Alcances e interpretación. Solo se actualiza si se produce una afectación sobre toda la especie.	Demanda, ¶ 291. Réplica, ¶ 20-27. Herrera IE2, ¶ 49.	**C-0186**, pp. 51 y 52.
Criterios aplicados al Proyecto Puerto Manzanillo.	Réplica, ¶ 25-26. Herrera IE1, ¶ 56. Herrera IE2, ¶¶ 62-64.	**C-0186**, pp. 53, 160 y 161.
Poca probabilidad de que el Proyecto afecte a la C. *Caretta*.	Demanda, ¶107 (f). Réplica, ¶¶ 31, 45 y 50. Clarke DT1, ¶ 74.5. S. Flores IE1, ¶¶ 29 y 113.	**C-0186**, p. 54.
Diferencia entre "especie" e "individuos".	Réplica, ¶ 24. Herrera IE1, ¶ 56. Herrera IE2, ¶ 58. C-0453. [redacted] IP, pp 23, 28-32.	**C-0186**, pp. 74 y 75. **C-0141**, p. 31.
Autoridad debió haber emitido autorización condicionada.	Demanda, ¶ 251. Réplica, ¶¶ 17, 73. [redacted] DT1, ¶ 11. [redacted] DT2, ¶ 30. [redacted] DT1, ¶ 7	**C-0186,** pp. 6, 13,197. **C-0140,** pp. 29 y 38.
(iii) Alegaciones relacionadas con la densidad y afectación de la Tortuga C. *Caretta*		
Incorrecta apreciación de la densidad de la *C. caretta* por parte de la autoridad.	Demanda, ¶¶ 161, 272, 273 y 275. Réplica ¶¶ 18, 58-63 y 228. C-0453, [redacted] pp. 28-31 y 40.	**C-0186,** pp. 23-28, 32, 33, 56, 132 y 145.

Aspectos coincidentes en el Arbitraje y el TFJA	Arbitraje TLCAN	TFJA
Indebida delimitación y definición del hábitat de la *C. caretta*.	Demanda, ¶¶ 159, 260, 271, inciso c. C-0453, [redacted] IP, p. 17, [redacted] DT2, ¶ 15.	**C-0186,** pp. 15, 22 y 23.
Poca probabilidad de coincidencia del Área del Proyecto con la *C. caretta*, dada la profundidad y temperatura.	Demanda, ¶¶ 159 y 267. Réplica, ¶ 51. Douglas Clarke DT1, ¶ 74.5. Sergio Flores IE1, ¶¶ 28, 113 y 128. Deltares IE1, p. 4.	**C-0186**, pp.17, 18, 74 y 93.
Fuente de alimentación, langostilla y organismos bentónicos.	Demanda, ¶¶ 154, 159 y 274-275. [redacted] DT2, ¶¶ 14, inciso b. y d. y 19-22. Réplica, ¶ 45 inciso h.	**C-0186,** pp. 39-41, 44-48., **C-0140,** pp. 23- 25.
Los impactos del Proyecto, considerando sus dimensiones y medidas de mitigación, no afecta a la *C. caretta*.	Demanda, ¶107 inciso f. Réplica, ¶¶ 31, 45 y 50.	**C-0186,** pp. 51, 54 y 56.
El Proyecto no afectaría a la pesca.	Demanda, ¶ 107, inciso g. Réplica, ¶ 55.	**C-0186,** 50, 94 y 115.
Técnica de succión en marcha minimiza impacto.	Demanda, ¶¶ 66 y 67. Deltares IE, Secc. 3.1- 3.2 y pp. 13-14. Douglas Clarke DT1, ¶¶ 34-37. Richard Newell DT1, ¶¶ 25 y 26.2.	**C-0186**, pp. 59, 71 y 73.
Retorno de sedimentos afecta especies protegidas.	Demanda, ¶¶ 96, 99 y 107 incisos b y c.	**C-0186,** p. 50.
Diseño del Proyecto y medidas de mitigación.	Réplica, ¶¶ 6, 31, 32, 43 y 54-56	**C-0186,** pp. 92 y 93.
(iv) Alegaciones relacionadas con el uso de evidencia científica		
México ignora evidencia científica.	Réplica, ¶¶ 6,8, 40, 44, 207 y 325.	**C-0186,** pp. 22, 26, 32 y 98.
La denegatoria de la MIA no estuvo basada en evidencia científica.	Réplica, ¶¶ 39, 40, 206 y 228.	**C-0186,** pp.38 y 144.
Incorrecto análisis de la evidencia científica.	Réplica, ¶¶ 358, inciso c y 383.	**C-0186,** pp.15, 29-30, 33 y 180.

27. La Tabla 1 permite constatar que cualquiera que sea el resultado del juicio de nulidad ante el TFJA, éste tendrá invariablemente un efecto en la reclamación de la Demandante.[19] Además, se pone en evidencia que la única diferencia sustancial entre los hechos, argumentos y reclamaciones de ExO ante el TFJA y los planteados por la Demandante ante este Tribunal, es que en el presente arbitraje la Demandante alega la supuesta existencia de "órdenes de mando secretas" que [redacted][20] A juicio de México, este aspecto, junto con las declaraciones testimoniales del propio Sr. Pacchiano, la evidencia que obra en el expediente y significativamente [redacted], constituye un elemento que demuestra que la Demandante ha tenido que recurrir a crear una teoría de "órdenes de mando secretas" para poder presentar su reclamación en este arbitraje.

2. La Demandante intenta circunscribir indebidamente la jurisdicción del Tribunal a los aspectos que son objeto de revisión por el TFJA, lo cual demuestra que recurre a este arbitraje como una instancia de apelación

28. En el Memorial de Réplica, la Demandante ha señalado que "[…] el debate sobre las cuestiones ambientales que no afectan a las tortugas marinas es irrelevante, dado que no fueron los motivos por los cuales las SEMARNAT rechazó la MIA de ExO en virtud del Artículo 35(III)(b) de la LGEEPA".[21] Esta afirmación confirma que la Demandante busca que el Tribunal circunscriba su análisis a los aspectos técnico-científicos que justamente son objeto de revisión por el TFJA. Además, la Demandante pretende que el propio Tribunal funja como una corte nacional y revise la evidencia científica contrastándola con las determinaciones de la DGIRA, lo cual se demuestra con la siguiente afirmación:

> México ha ignorado, y por lo tanto no cuestiona, los informes de expertos y las pruebas de biólogos experimentados y otros científicos presentadas por Odyssey que abordan de modo integral los posibles impactos ambientales descritos por la SEMARNAT en su Denegatoria de 2018.[22]

---

19 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

20 Memorial de Demanda, ¶ 221.

21 Memorial de Réplica, ¶ 21.

22 Memorial de Réplica, ¶ 44.

29. De hecho, la Demandante reclama que "México ataca ahora la solidez ambiental del Proyecto basándose en Opiniones Técnicas y presentaciones que no fueron parte del razonamiento de la Denegatoria […]".[23] Sin embargo, esta afirmación resulta contradictoria ya que, por un lado, la Demandante pretende restringir los temas de revisión del Tribunal, así como los argumentos de México, a aquellos aspectos expresados por la DGIRA en la Resolución de 2018[24] y, por el otro lado, ella misma presenta evidencia nueva que no fue objeto del análisis realizado por la DGIRA que condujo a la Resolución de 2018. Por ejemplo, la Demandante señala que "México no cuestiona el Informe Pericial redactados por Deltares, […]",[25] no obstante, éste no formó parte del PEIA y es hasta ahora que lo presenta en este procedimiento arbitral, lo cual confirma que, en el fondo, la Demandante pretende que el Tribunal se pronuncie sobre la viabilidad del proyecto Don Diego.[26]

30. Conforme a lo anterior, es evidente que la Demandante pretende que el Tribunal se limite a analizar los aspectos técnicos y científicos que son objeto de revisión por el TFJA y que se pronuncie sobre si la negativa de la autorización por parte de la DGIRA está sustentada en la evidencia científica adicional que se presenta en este arbitraje. México considera que, en el fondo, la Demandante solicita al Tribunal que realice una función que no le corresponde. Debido a esta insistencia de la Demandante, y con objeto de bridar un contexto objetivo al Tribunal sobre la supuesta sustentabilidad ambiental del Proyecto Don Diego, México se ha visto obligada a tener que presentar junto con este Memorial de Dúplica, tres informes de experto que permitirán al Tribunal sopesar la evidencia presentada en este arbitraje y confirmar que la decisión de la autoridad ambiental fue técnica, científica y jurídicamente razonable. Además, tal como se aborda *infra*, con dichos informes también se constata que la DGIRA resolvió correctamente que el Proyecto Don Diego representa una amenaza seria al ecosistema de la región del Golfo de Ulloa y a la sustentabilidad de especies marinas como las ballenas y otras tortugas, incluidas la tortuga *Caretta caretta*.

---

[23] Memorial de Réplica, ¶¶ 64-76.

[24] Memorial de Réplica, ¶¶ 64-76.

[25] Memorial de Réplica, ¶ 45.

[26] "Deltares concluyó que el Proyecto habría usado tecnología con técnicas bien establecidas para reducir al mínimo los posibles impactos ambientales (los cuales son conocidos y pueden ser abordado), […]". Memorial de Réplica, ¶ 45.

a. Es falso que la Resolución de 2018 no haya abordado el impacto del Proyecto Don Diego en las ballenas

31. Resulta cuestionable que la Demandante afirme que "Odyssey no presentó junto con su Memorial un informe de experto sobre el efecto del Proyecto en las ballenas, ya que dicho impacto no forma parte de las Denegatorias de 2016 y 2018".[27] Esta afirmación es falsa. La Resolución de 2018 sí refleja las preocupaciones de la DGIRA en torno a las ballenas y, de hecho, constituye una de las razones que condujo a la DGIRA a negar la autorización de la MIA 2015.[28] En efecto, en la Resolución de 2018 se hace referencia expresa a los grandes mamíferos marinos en los siguientes términos:

> […] 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, […], 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 […], 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 "*Dermochelys coriácea*" o tortuga laud, "*Chelonia mydas*" o tortuga verde y la "*Eretmochelys imbricata*" o tortuga carey, respecto de las cuales no hay análisis específicos, […], 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, […] asimismo, las medidas de mitigación propuestas por la promovente, […], no garantizan que los efectos del proyecto no afectarán a las especies marinas […], y que se han señalado en el Considerando XVII del presente instrumento.[29]

32. Adicionalmente, en el propio Considerando XVII de la Resolución de 2018 se examina el "Golfo Ulloa" como "hábitat de otras especies" y, de hecho, la DGIRA señaló lo siguiente:

> Respecto a mamíferos marinos, esta autoridad ambiental replica y hace suya la información transcrita en párrafos precedentes en relación a que, de las 47 especies que se conocen en México, 35 se han reportado en la costa occidental de la península de Baja California. Entre ellas, se pueden mencionar a la ballena azul (*Balaenoptera musculus*), ballena de aleta, (*B. physalus*), rorcual tropical (*B. edeni*), cachalote (*Physeter macrocephalus*), delfín tornillo (*Stenella longirostris*), delfín de riso (*Grampus griseus*), delfín listado (*Stenella coeruleoalba*), orca (*Orcinus orca*) y lobo marino de California (*Zalophus californianus*), el delfín común de rostro corto (*Delphinus delphis*), el delfín de costados blancos del Pacífico (*Lagenorhynchus obliquidens*), la ballena jorobada (*Megaptera novaeangliae*) y la ballena gris

---

27 Memorial de Réplica, ¶ 85.

28 Informe Urbán-Viloria, ¶ 44.

29 **C-0009**, pp. 515-516 (énfasis añadido).

> (*Eschrichtius robustus*), todas estas especies de mamíferos se encuentran sujetas a protección especial en la norma mexicana.[30]

33. Inclusive ExO ha reconocido ante el TFJA que la DGIRA sí abordó el impacto del proyecto en las ballenas, y específicamente, señaló que: "[e]n el considerando XVII. GOLFO DE ULLOA, HÁBITAT DE OTRAS ESPECIES, visible en las páginas 295 a 316 de la Resolución Impugnada, la DGIRA incluye múltiples referencias a especies que habitan el Golfo de Ulloa y que se incluyen en la NOM 059. Concretamente, la DGIRA se refiere a diversas especies de ballenas, aves y tortugas distintas de la *Caretta caretta*; consideraciones que retoma en las páginas 472 y 473".[31] Por lo tanto, es inexplicable que la Demandante considere que el impacto en las ballenas constituye un "[e]jemplo adicional […] sobre cómo la Demandada busca apoyarse en nuevas razones para justificar las Denegatorias".[32]

b. La postura de la Demandante en torno al impacto del Proyecto Don Diego en las ballenas demuestra que su reclamación es prematura ya que se funda en las mismas alegaciones presentadas ante tribunales nacionales

34. La postura de la Demandante en torno al tema de las ballenas ante el Tribunal parece replicar la misma argumentación que ExO adoptó ante el TFJA, *i.e.*, la supuesta "ausencia de motivación en cuanto a la […] afectación de especies distintas a la tortuga Caretta caretta".[33] Particularmente, ExO argumentó lo siguiente:

> "[l]a DGIRA hizo referencia a diversas especies de ballenas, […]; sin embargo, los datos que incluye de manera genérica, destacadamente dentro del Considerando XVII e igualmente en otras porciones de la Resolución Impugnada, se presentan de manera inconexa, aislada y descontextualizada".[34]

35. Esta línea argumentativa coincide precisamente con lo señalado por la Demandante en la Réplica, a saber, "[l]a Denegatoria de 2018 se refiere al impacto en las tortugas y otras especies protegidas de tortugas marinas […] pero no da ninguna razón para rechazar el Proyecto basándose en el impacto sobre las ballenas, […]".[35] Nuevamente se puede constatar que la reclamación de la Demandante se basa en los mismos hechos y alegaciones que plantea a nivel doméstico ante

---

30 **C-0009**, p. 316 (énfasis añadido).

31 **C-0186**, p. 79.

32 Memorial de Réplica, ¶¶ 77-87.

33 **C-0186**, p. 78.

34 **C-0186**, pp. 80-81.

35 Memorial de Réplica, nota al pie 204.

tribunales nacionales, por lo cual el Tribunal deberá ser cuidadoso en evitar pronunciarse sobre aspectos técnico-científicos relativos a la viabilidad del Proyecto, ya que se trata de una cuestión que le corresponde primordialmente a las autoridades mexicanas especializadas, (*i.e.*, a la DGIRA) y, en su caso, al TFJA.

c. Existe la posibilidad de que el TFJA emita otra decisión que permita abordar y subsanar cualquier aspecto adicional que la SEMARNAT considere pertinente

36. Aunque ExO solicitó al TFJA resolver en definitiva la autorización de la MIA, es decir, ordenar a la DGIRA que autorice la MIA de forma condicionada,[36] el propio TFJA tiene la potestad para ser deferente a la DGIRA y determinar que sea ésta quien resuelva "con plena libertad en el uso de sus facultades y atribuciones",[37] al igual que lo hizo respecto de la Resolución de 2016. Efectivamente, el TFJA reconoció que no debía susituirse en las facultades propias de la DGIRA, autoridad especializada y con capacidad técnica para analizar los aspectos científicos objeto de la *litis*, en particular, el TFJA explicó lo siguiente:

> […] este Tribunal tiene facultades para analizar la legalidad de la resolución de negativa de autorización de la IA (resolución recurrida) pudiendo condenar a la autoridad a que otorgue o no a autorización de la MIA a la actora, sin embargo, lo cierto es que la ley exige que este Órgano Jurisdiccional cuente con los elementos suficientes para esto, lo que se estima que no ocurre en el caso concreto.
>
> Lo anterior, porque este Tribunal no cuenta con medios de prueba suficientes para analizar la MIA, y tampoco cuenta con los recursos técnicos necesarios para analizar si las propuestas de mitigación del proyecto serían eficaces o no para evitar que se dañara el hábitat de las tortugas caguamas y las 4 especies en peligro de extinción, que es materia del juicio, ni podría técnicamente determinar cuáles medidas podrían resultar suficientes para tal efecto.
>
> […], -como ya se dijo- 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).[38]

37. De los párrafos anteriores se desprende que, en el procedimiento que se encuentra *sub judice*, el TFJA podría determinar nuevamente que no cuenta con la capacidad técnica ni con los elementos suficientes para ordenar la autorización de la MIA. De ser el caso, el TFJA podrá otorgar

---

36 **C-0186**, p. 197.

37 **C-0170**, p. 212. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

38 **C-0170**, pp. 186-187 (énfasis añadido).

otra vez la debida deferencia a la DGIRA para que resuelva lo que considere conducente.[39] Conforme a este supuesto, la DGIRA podría, incluso, abordar otros efectos que pudiera tener el Proyecto en otras especies y subsanar, con la debida fundamentación y motivación, cualquier aspecto adicional que hubiera sido identificado por el TFJA,[40] tal como aconteció y se reconoció en la sentencia respecto a la Resolución de 2016:

> 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 pudieran ser afectadas con el proyecto, como por ejemplo: la ballena gris, delfines, tiburones, peces, moluscos, ales migratorias, entre otras, y esta Juzgadora no cuenta con los recursos técnicos para realizar un análisis en ese sentido.
>
> Aimismo, 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.[41]

38. Por lo tanto, y a pesar de que la Demandante ha omitido abordarlo, es evidente que existe la posibilidad de que el TFJA resuelva que sea la propia DGIRA quien nuevamente determine la viabilidad de la autorización de la MIA.[42]

d. ExO no ha participado plenamente en el procedimiento de TFJA a pesar de tener la oportunidad de hacerlo.

39. En el procedimiento por el cual se resolvió la impugnación de ExO en contra de la Resolución de 2016, el TFJA reconoció que requería de diversas pruebas periciales en materia ambiental para poder verificar la viabilidad de las medidas de mitigación propuestas por ExO a efecto de que la MIA 2015 fuera autorizada.[43] De hecho, el TFJA fue claro en señalar que para resolver sobre la autorización de la MIA 2015 habría necesitado diversas opiniones técnicas respecto de todos los temas objeto de análisis durante el PEIA. En particular, el TFJA señaló lo siguiente:

---

39 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

40 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 94-98.

41 **C-0170**, p. 187 (énfasis añadido).

42 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102 y 104.

43 **C-0170**, p. 187.

> […] este Cuerpo Colegiado considera que, para valorar la *causa petendi* que expresa la parte actora, es necesaria la opinión técnica y especializada de expertos en la ciencia ambiental, en todas y cada una de las disciplinas implicadas en el asunto que nos ocupa.[44]

40. Si bien, el juicio de nulidad se encuentra aún pendiente de resolver,[45] ExO presentó únicamente una prueba pericial en biología marina, por lo cual México considera que este ofrecimiento no se apega a lo señalado y reiterado por el TFJA, *i.e.*, que "a efecto de estar en condiciones de entrar al estudio de dicha propuesta, se requiere de la opinión de expertos en las diversas ciencias implicadas en el asunto de mérito".[46] Es extraño que Odyssey y Exo optaron por no aprovechar la oportunidad para presentar informes periciales a la TFJA, sino que los presentaron al Tribunal en este procedimiento. Esto sugiere que la propia Demandante no cree que sus pruebas sean lo suficientemente convincentes para satisfacer los requisitos legales internos mexicanos. En su lugar, espera que el Tribunal sea quien resuelva sobre su pretensión pronunciándose sobre cuestiones técnicas ajenas a su competencia.

e. El peritaje presentado por SEMARNAT ante el TFJA es congruente con la Resolución de 2018 y forma parte del juicio pendiente ante el TFJA

41. La Demandante pretende hacer creer al Tribunal la existencia de una supuesta contradicción por parte de la SEMARNAT con relación a la densidad de las tortugas en el área del Proyecto, sin embargo, esa acusación se basa en una lectura equivocada de las Resoluciones.[47] Efectivamente, la Demandante afirma que "[e]n ambas Denegatorias, la SEMARNAT justificó erróneamente su conclusión de que la *Caretta caretta* sería impactada como especie sobre la base de que la literatura académica demuestra que hay entre 1 y 28 tortugas *Caretta caretta* por km^2 […] y de 54 a 85 tortugas Caretta caretta por km^2".[48] Al respecto, se debe precisar que, si bien la Resolución de 2016 refirió a esas cifras, dicha referencia se hizo para apoyar la conclusión de que el Golfo de Ulloa es el hábitat de la especie *Caretta caretta*.[49] En ese sentido, aún y cuando esas

---

44 **C-0170**, p. 188.

45 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 98, 102 y 106.

46 **C-0170**, p. 192.

47 Memorial de Demanda, ¶¶ 272-273 y 275. *Ver* Memorial de Réplica, ¶¶ 58-62.

48 Memorial de Réplica, ¶ 59.

49 Dentro de la superficie del AP y en específico en los tres primeros polígonos, se identificó que existe una abundancia de 1-28 tortugas por km^2, y en los polígonos 4 y 5, la abundancia es de 54 a 85

cifras fueran incorrectas, eso no alteraría el hecho indiscutible de que el Golfo de Ulloa es hábitat de la tortuga *Caretta caretta*.[50] Además, esta situación fue aclarada en la Resolución de 2018 en los siguientes términos:

> Con base en la información contenida en la figura 2, construida por parte de la DGIRA y la sobreposición del polígono del área del proyecto se determina que la superficie del AP se ubica dentro del Golfo de Ulloa, mismo que es considerado como un hábitat crítico de la tortuga Caretta caretta y que, en específico en los tres primeros polígonos, se identificó la existencia de una abundancia de 1 a 28 tortugas por km^2, y en los polígonos 4 y 5 la abundancia es de 54 a 85 tortugas por km^2.
>
> Ahora bien, para atender a las directrices indicadas por la autoridad jurisdiccional, esta DGIRA procedió a analizar la información científica más fidedigna disponible para precisar que la existencia de un hábitat no depende sólo de la presencia de determinadas especies, sino también del uso que las mismas hacen de ese Hábitat.[51]

42. Como se desprende de la cita anterior, aunque en el primer párrafo la DGIRA cita nuevamente las cifras respecto a las cuales la Demandante argumenta una supuesta contradicción, es evidente que lo hizo únicamente para aclarar su alcance. Esto se confirma precisamente en el segundo párrafo, en el que la autoridad señala que "procedió a analizar la información […] para precisar que la existencia de un hábitat no depende sólo de la presencia de determinadas especies […]".[52] De hecho, en los párrafos subsecuentes la DGIRA explica el estudio de *Peckham et. al., 2007*, precisando que en la Figura 1 que se muestra aborda <u>las posiciones</u> (no la densidad), así como "la distribución y uso del espacio de las tortugas caguamas juveniles dentro de la Península de Baja California":[53]

Figura 1. Posiciones y porcentaje de uso de hábitat determinado para 43 tortugas caguamas monitoreadas por telemetría satelital entre 1996 y 2006. (Peckham et al., 2007)

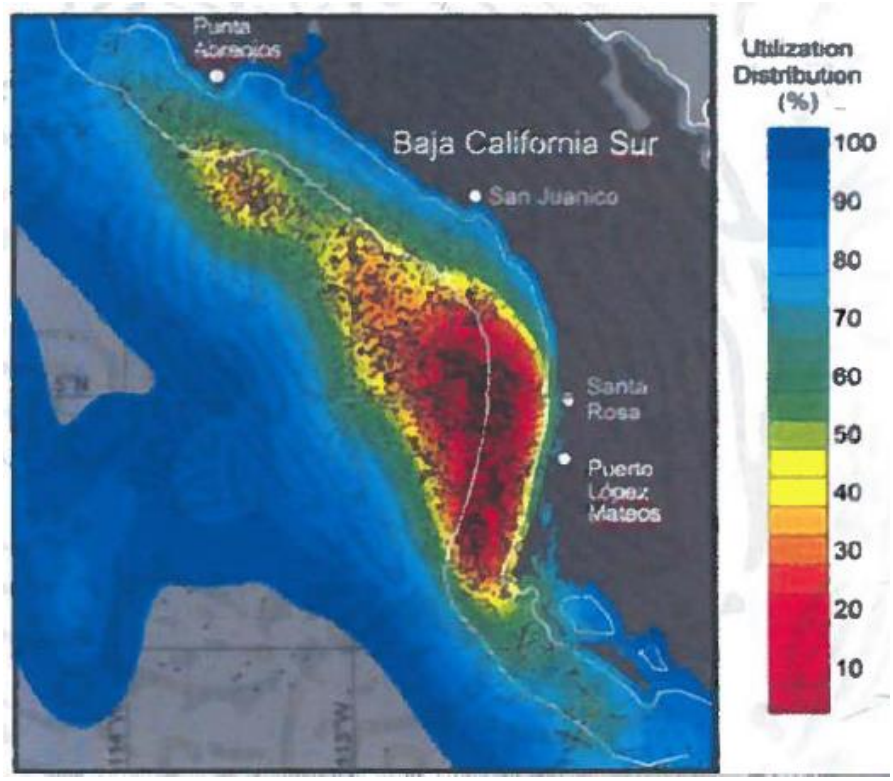
<u>tortugas por km^2, por lo que esta autoridad concluye que</u>, conforme al artículo 3, fracción XXIII, de la Ley General de Vida Silvestre, <u>el Golfo dé Ulloa: es hábitat para la-especie *Caretta caretta*</u>. *Ver* **C-0008**, p. 220.

50 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 27. Informe Verónica Morales, ¶¶ 76 y 89.

51 **C-0009**, pp. 290-291.

52 **C-0009**, p. 291.

53 **C-0009**, p. 291.



Fuente: C-0009, p. 291.

43. Con base en la Figura 1, queda claro que, a diferencia de la Resolución de 2016, en la que se mezcló erróneamente el término "posición" por el de "abundancia", en la Resolución de 2018 se aclaró este aspecto,[54] lo cual coincide con lo declarado por [redacted] en su declaración pericial.[55] Para beneficio del Tribunal, en la Tabla 2 se presenta un análisis comparativo de la Resolución de 2018 y el informe pericial de [redacted] en torno a la supuesta densidad de la tortuga *Caretta caretta* en el área del Proyecto.

---

[54] En la Resolución de 2016 la Figura 1 se denominaba erróneamente "Abundancia de Tortugas amarilla Caretta caretta" (**C-0008**, p. 221), mientras que en la Resolución de 2018 se corrigió el título de la Figura 1 por el de "Densidad de Kernel del Uso de hábitat de la Tortuga Caretta caretta en el Pacífico Norte". *Ver* **C-0009**, p. 289. Aunque en las pp. 295 y 467 se menciona que existe "una abundancia de individuos entre 28 a 85 tortugas *Caretta caretta* por km^2", esta referencia parece tratarse de un error involuntario de la DGIRA ya que estas cifras y su alcance son aclarados previamente y de manera exhaustiva a partir de las páginas 291 a la 294 de la Resolución de 2018. Conforme a lo anterior, México considera deleznable que la Demandante pretenda aprovecharse de esta situación para hacer creer al Tribunal que existe un actuar incongruente de la DGIRA.

[55] **C-0453**, pp. 38-40.

Tabla 2. Análisis comparativo que muestra la congruencia entre la Resolución de 2018 y el informe pericial de [redacted] respecto a la supuesta densidad de la tortuga *Caretta caretta*

Resolución de 2018 objeto de impugnación ante el TFJA	Pericial de [redacted] ante el TFJA
En esta figura Peckham de acuerdo a los resultados de telemetría muestra el uso que se le da superficialmente al hábitat de la tortuga Caretta caretta, es decir el porcentaje de uso y posición dentro del hábitat en dónde se desplazan el mayor tiempo para llevar a cabo las actividades de forrajeo. El rango de colores representa el porcentaje de uso y posición en el hábitat que van desde 0 hasta 100%, así cada color representa un porcentaje, en general la gama de rojos representa del 0 al 20% mientras que la de naranjas muestran un porcentaje 20 al 30%, la de amarillos del 30-40, la de verdes del 40 hasta el 50%, la azul claro desde el 50 hasta el 80%, la ázul cielo del 70 al 80% y la azul obscuro del 80 al 100%. Con base en la información contenida en la figura 4, construida por parte de la DGIRA y la sobreposición del polígono del área del proyecto se determina que la superficie total de los cinco polígonos que forman el AP están dentro del hábitat de la especie Caretta caretta, la cual le da un uso del AP entre el 10-30%.	7. El perito analizará la siguiente transcripción de la Resolución Impugnada (visible a las páginas 289 y 467 de la misma), que contienen una inferencia que hace la SEMARNAT en relación con la densidad poblacional de la tortuga Cartetta caretta en la Bahía de Ulloa. Al respecto, el perito determinará si las conclusiones que se desprenden de la transcripción coinciden con las conclusiones del artículo científico de Peckham (2007) y explicará las razones de su dicho. […] El mapa se interpreta de la siguiente forma: Dos de los polígonos de maniobras del proyecto se ubican en parte dentro del área que corresponde al 50% de la estudiada por Peckham 2007 con el mayor uso del hábitat de la tortuga Caretta caretta dentro del Golfo de Ulloa, con un índice de posiciones de tortugas por km^2 de 85 a 130 aproximadamente; los otros tres polígonos se ubican dentro del 75% y 95% del área en los que se detectó un índice de 28 a 85 posiciones de tortugas por km^2.
e) Los resultados obtenidos para densidad de la tortuga Caretta caretta fueron para el año 2005 de 0.643, para el año 2006 de 0.747 y para el año 2007 de 0.577 de *Caretta caretta* por km^2. La abundancia para el año 2005 fue de 42,786, para el año 2006 fue de 49,712 y para el año 2007 fue de 38,396 tortugas *Caretta caretta*. […] f) Según Seminoff et. al, 2007. la densidad de las tortugas *Caretta caretta* encontradas en el Golfo de Ulloa (0.650/ km2), es el segundo mayor esfuerzo aéreo de encuestas para cualquier tipo de forrajeo […]	8. En relación con la pregunta anterior, ¿el valor de 1 a 85 tortugas por km^2 de la Resolución Impugnada, es válido para reflejar la densidad de población de la tortuga *Caretta caretta* en la Bahía de Ulloa? No. De conformidad con Seminoff 2014, la densidad de población de la tortuga *Caretta caretta* en el Golfo de Ulloa es de 0.577 a 0.747 tortugas por Km^2, con una media de 0.650 tortugas *Caretta caretta* por km^2.
Fuente: C-0009, pp. 285, 286, 292 y 293 y **C-0453**, pp. 38-40.	

44. Conforme a la Tabla 2, el Tribunal podrá constatar que, contrario a lo señalado por la Demandante, no existe ninguna incongruencia entre lo señalado por la SEMARNAT en la Resolución de 2018 y lo declarado por [redacted]. Por el contrario, la DGIRA fue exhaustiva en abordar el punto principal que buscó sustentar con las cifras referidas por la Demandante respecto al índice de posiciones (erróneamente referidas como densidad) de tortugas por km^2, *i.e.*, que el Golfo de Ulloa es el hábitat de la tortuga *Caretta caretta*.

45. En cualquier caso, la Demandante parece pasar por alto un hecho científico indiscutible, a saber, que la estimación de abundancia de la tortuga *Caretta caretta* en la península de Baja California es de hasta ~30,000 tortugas sin incluir otras especies de tortugas.[56] Esta cifra contrasta con los 3 escasos avistamientos reportados por la Demandante derivado de una campaña de campo que realizó por 13 días, y que difiere significativamente en temporalidad y tiempo de recolección de datos de los estudios realizados por el Dr. Seminoff.[57] Esta divergencia de información se puede explicar por el poco rigor y metodología científica por parte de ExO y la Demandante,[58] así como los pocos días dedicados al estudio pesar de la magnitud del proyecto.

46. Cabe señalar que la propia Demandante ha reconocido que la cifra sobre la abundancia de la tortuga *Caretta caretta* en la Península de Baja California ha sido actualizada por el Dr. Seminoff, quien en un artículo posterior al citado por la DGIRA en la Resolución de 2018, establece que "[*t*]*he mean annual abundance of 43,226 loggerhead turtles […] represents the first abundance estimate for foraging North Pacific loggerheads based on robust analytical approaches*".[59] Con esta cifra, resulta poco serio que la Demandante pretenda cuestionar que "el Golfo de Ulloa es un área que durante mucho tiempo se ha considerado un hábitat crítico para los juveniles de tortuga *Caretta caretta*" y que "es un área de vital importancia para una proporción importante de toda la población de la tortuga *Caretta caretta* del Pacífico Norte".[60]

3. El TFJA reconoció expresamente que la SEMARNAT podía emitir otra resolución que negara la MIA 2015 sujeta únicamente a una debida motivación y fundamentación

47. En la Réplica, la Demandante señala que "nunca sostuvo […] que el TFJA le ordenó a la SEMARNAT que aprobara la MIA".[61] Esta afirmación es falsa. Tanto en la Notificación de

---

56 **C-0009**, p. 251. Seminoff, Jeffrey A. et. al, *Loggerhead turtle density and abundance along the Pacific Coast of the Baja California Peninsula, Mexico determined through Aerial surveys: A preliminary assessment* en 26th Annual Symposium on Sea Turtle Biology and Conservation, 2006, p. 321. **R-0208.** *Ver* DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

57 **C-0009**, p. 287 y **R-0208**, p. 321.

58 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 20, 115, 144. Informe Verónica Morales, ¶ 80.

59 *Ver* **C-0072**. *Ver* DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

60 **C-0009**, p. 287. *Ver* DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

61 Memorial de Réplica, ¶ 120.

Intención, como en la Notificación de Arbitraje, e incluso en el Memorial de Demanda, la Demandante señaló que "[e]n desacato a la orden del Tribunal de marzo de 2018, la segunda decisión negativa emitida por la SEMARNAT falló nuevamente en evaluar la propuesta técnica de ExO, […]".[62] Para la Demandante, el único resultado aceptable para que la DGIRA cumpliera con lo ordenado por el TFJA era emitir una resolución que autorizara el Proyecto Don Diego. Esto se confirma con lo señalado por su experto legal, el Sr. Herrera quien afirma lo siguiente:

> Efectivamente, si se hubiese reconsiderado el supuesto para negar la AIA prevista Art. 35, fracción III, b) de la LGEEPA, la autoridad ambiental debió haber autorizado la MIA de manera lisa y llana; o debió haber otorgado la autorización condicionada, estableciendo las condiciones correspondientes (a las que se refiere el Art. 28 de la LGEEPA) en la resolución, si la autoridad ambiental quería requerir medidas de mitigación, en vez de negar la autorización con base en causal del Art. 35 de la LGEEPA, que no se actualizó, como se acredita en el numeral III.C. de este dictamen.[63]

48. Tal como la Demandada lo señaló en su comunicación al Tribunal del 30 de agosto de 2021, la Demandante —y su experto— suponen erróneamente que el TFJA ordenó a la SEMARNAT que debía otorgar la Autorización de la MIA 2015. Por el contrario, la decisión del TFJA deja ver que el otorgar la autorización condicionada era una mera posibilidad hipotética que dependía únicamente de la determinación de la DGIRA,[64] tal como lo establece la propia sentencia:

> […] lo procedente es declarar la NULIDAD de la resolución impugnada […], para el efecto de que la autoridad, […] <u>emita una nueva resolución</u>, que resuelva la solicitud de autorización de la MIA […], en la que analice todos y cada uno de los aspectos que fueron expuestos en la solicitud y su alcance por la actora, […], <u>así como también</u> analice, <u>en su caso,</u> 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, <u>para que en el caso de que la autoridad determine autorizar de manera condicionada el proyecto</u> —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 este fallo, […], dejando a salvo las facultades de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para resolver lo que en derecho corresponda.[65]

---

62 Notificación de Intención, 4 de enero de 2019, ¶ 104, *ver* también, ¶¶ 7, 103-104 y 120; Notificación de arbitraje, 5 de abril de 2019, ¶¶ 7, 115-118 y 133; y Memorial, ¶ 220.

63 Segundo Informe de Héctor Herrera, ¶ 80.

64 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99-101.

65 **C-0170**, pp. 211-212 (énfasis añadido).

49. Del párrafo anterior se desprende que: *i)* el TFJA dejó a salvo las facultades de la SEMARNAT, *i.e.*, ordenó que resolviera con plena libertad en el uso de sus atribuciones; y *ii)* la fundamentación y motivación de la DGIRA debía versar sobre los aspectos comentados y precisados en la sentencia, es decir, aquellos puntos en los que se determinó que "la autoridad fue omisa en analizar en su integridad y dar contestación".[66] Por lo tanto, esto refuerza el hecho de que no solamente era posible sino previsible que nuevamente se negara la autorización ya que se reconoció que su determinación únicamente estaba sujeta a que subsanara las omisiones que motivaron la nulidad de la Resolución de 2016, tal como aconteció. Este escenario era incluso el más probable considerando que el propio TFJA, al utilizar las frases "en su caso" y "para que en el caso de que",[67] reconoció como una mera posibilidad hipotética el resolver sobre la autorización del proyecto de manera condicionada.[68]

50. Conforme a lo anterior, resulta entendible, nada sorpresivo, ni mucho menos arbitrario, el hecho de que "[d]e la lectura de la nueva resolución, se desprend[a] que la agencia ambiental buscó robustecer la decisión negativa que ya había tomado de antemano".[69] De hecho, a pesar de que ExO impugnó la Resolución de 2018 ante el TFJA argumentando "[q]ue la citada resolución al negar nuevamente el otorgamiento de la autorización de la Manifestación de Impacto Ambiental [era] "groseramente ilegal","[70] el propio TFJA rechazó ese argumento y reconoció que "al emitir la nueva resolución […] <u>la autoridad efectivamente, atendió todos los puntos señalados en la sentencia que resolvió el presente juicio</u>".[71] En particular, el TFJA reconoció que su decisión implicó que la DGIRA tenía la facultad para resolver en el sentido que decidiera con la única condición de que su decisión estuviera debidamente fundada y motivada:

> […] 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 constriñó 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,

---

66 **C-0170**, p. 183. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99-101.

67 **C-0170**, p. 212.

68 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99-101.

69 Segundo Informe de Héctor Herrera, ¶ 80.

70 **R-0140**, p. 32.

71 **R-0140**, p. 81 (énfasis añadido). *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99-101.

> en la que la autoridad analizara los aspectos que indebidamente omitió hacer en su primera resolución -precisados en el fallo respectivo y resolviera lo que en derecho correspondiera.[72]

51. Por lo tanto, es evidente que el TFJA determinó expresamente que la SEMARNAT podía emitir otra resolución que subsanara los aspectos que se omitieron analizar en la Resolución de 2016 y que fueron identificados por el propio TFJA, esto es, que se reconoció que se podía negar nuevamente la MIA 2015 sujetando esa decisión a una debida motivación y fundamentación para hacerlo.[73]

4. Odyssey pretende que el Tribunal realice una revisión *de novo* de la MIA 2015

52. La Demandante argumenta insistentemente en su Réplica que "México ha ignorado […] la evidencia cientifica de Odyssey"; "Mexico ha ignorado, […], los informes de expertos y las pruebas de biólogos experimentados y otros científicos presentadas por Odyssey";[74] y "México no objeta la evidencia experta".[75] Este tipo de afirmaciones contradice la postura de la Demandante según la cual "Odyssey no está buscando apelar una decisión ambiental adversa, ni tampoco le está solicitando al Tribunal que evalúe de nuevo la MIA".[76] Para México, la pretensión de la Demandante es clara porque busca que el Tribunal evalúe *de novo* la decisión de la DGIRA. Esto se refleja a lo largo del Memorial de Réplica tal como se evidencia en los siguientes párrafos.

53. En primer lugar, la Demandante reclama que *"*México no cuestiona el Informe Pericial redactados (*sic)* por Deltares"[77] y argumenta que "Deltares explica por qué las actividades de extracción descriptas en los artículos sobre la minería profunda del lecho marino referidas por la SEMARNAT en su Denegatoria de 2018 son irrelevantes para el Proyecto de ExO".[78] Al respecto, Deltares señala que las actividades cubiertas por dichos artículos se enfocan en "la minería en el fondo del mar con el uso de diferentes técnicas, en hábitats diferentes […]".[79] El pasaje anterior

---

72 **R-0140**, p. 113.

73 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99-101.

74 Memorial de Réplica, ¶ 44.

75 Memorial de Réplica, ¶ 53.

76 Memorial de Réplica, ¶ 17.

77 Memorial de Réplica, ¶ 45.

78 Memorial de Réplica, ¶ 46.

79 Memorial de Réplica, ¶¶ 45-46.

constituye un claro ejemplo de que la Demandante pretende que el Tribunal examine las constataciones formuladas por la DGIRA y las contraste con los informes de experto presentados en el arbitraje por Odyssey, es decir, que el Tribunal analice nuevamente la MIA 2015. Lo anterior, a pesar de que la Resolución de 2018 es resultado de lo ordenado por el TFJA, a saber, una nueva resolución que "fund[a] y motiv[a] adecuadamente su determinación, con base en los datos científicos más fidedignos disponibles".[80]

54. En este sentido, y para abordar el tema relativo a la actividad de minería en los fondos marinos, la DGIRA señaló:

> […] esta DGIRA, procedió a considerar la información contenida en los diversos estudios realizados por Kathryn A. Miller, Kirsten F. Thompson, Paul Johnstonl and David Santillo, "An Overview of Seabed Mining lncluding the Current State of Development, Environmental lmpacts, and Knowledge Gaps, 201824", los cuales por su especifidad, conocimiento, publicidad y datos recientes, es considerada como la información científica más fidedigna, por lo que la hace- suya y adopta como sustento técnico para la evaluación del proyecto.[81]

55. Con base en lo anterior, el Tribunal podrá constatar que la Demandante cuestiona en este arbitraje los artículos científicos utilizados por la DGIRA para realizar su análisis y determinación y, en consecuencia, pretende que el Tribunal se pronuncie sobre su relevancia y aplicabilidad, lo cual resulta insostenible. Para beneficio del Tribunal, en la Tabla 3 se presenta un análisis comparativo respecto de las constataciones formuladas por la DGIRA en la Resolución de 2018 y los cuestionamientos que sobre dichas conclusiones plantea la Demandante en este arbitraje. Llama la atención que, en la MIA 2015, ExO presentó los informes de experto de los Sres. Newell y Clarke los cuales fueron analizados en la Resolución de 2018. Sin embargo, ahora en el marco de este arbitraje, la Demandante presenta las declaraciones testimoniales de estas dos personas para refutar el análisis contenido en la Resolución de 2018.

Tabla 3. Análisis comparativo de la Resolución de 2018 y los argumentos de la Demandante en este arbitraje, los cuales demuestra que la Demandante pretende que el Tribunal formule un análisis *de novo* de la MIA

Resolución de 2018	Reclamaciones de Odyssey en el arbitraje
EL AP se localiza en el Golfo de Ulloa, el cual es considerado como hábitat crítico de la tortuga *Caretta caretta.* Asimismo, es el hábitat de	En segundo lugar, México no cuestiona el Informe Pericial entregado por el Profesor Flores-Ramírez, […]

80 **C-0170**, p. 212.

81 **C-0009**, p. 318.

Resolución de 2018	Reclamaciones de Odyssey en el arbitraje
otras tres especies de tortuga en peligro de extinción. Proponer medidas de mitigación para prevenir impactos sobre las tortugas *Caretta caretta* indica que ExO consideró posibles impactos por las actividades de dragado. Debido a las características del Golfo de Ulloa, este permite una alta concentración de langostilla, fuente principal de alimento de la tortuga *Caretta caretta* en esta región. No existen medidas de mitigación probadas que puedan regresar a su condición original el hábitat de la tortuga *Caretta caretta*. **(C-0009, p. 235, 239, 286, 287, 290, 293, 472 503, 515)**	• muy baja probabilidad de que la Caretta caretta u otras tortugas marinas puedan verse afectadas por el dragado o las operaciones del Proyecto en la superficie, • el dragado no se llevaría a cabo en un área frecuentada por tortugas marinas, ni donde se encuentran sus fuentes de alimento. • la efectividad de las medidas de protección y mitigación establecidas para la protección de tortugas **(Réplica, ¶ 50)**
A pesar de no constar en el expediente de la MIA, la DGIRA analizó el dictamen del Dr. Douglas Clarke, *Comentarios a las medidas propuestas en el proyecto de dragado Don Diego para la protección de las tortugas referente al resolutivo de SEMARNAT*, presentado ante TFJA, y determinó que este no era consistente con la información científica disponible. **(C-0009, p. 469, 471)**	En tercer lugar, México no objeta la evidencia presentada por el Dr. Clarke […]La opinión del Dr. Clarke es que el paquete de medidas propuesto por ExO para proteger a las tortugas marinas representa un "estándar de oro para otros proyectos" y era "un paquete de medidas tan integral como cualquier otro en el mundo", incluso cuando "la evaluación científica determinó que las tortugas serían encontradas rara vez o nunca, porque el dragado del Proyecto ocurriría en aguas en las que es improbable que se encuentren tortugas". **(Réplica, ¶ 52)**
De la forma en que ExO realizó los estudios no era posible obtener datos suficientes para calcular la abundancia y distribución de las tortugas *Caretta caretta*, asimismo, los programas propuestos no resultaban suficientes al no establecer medidas específicas a realizar una vez provocado el impacto ambiental. **(C-0009, p. 472, 502, 509)**	En cuarto lugar, México no objeta la evidencia experta […] proporcionada por el Sr. Pliego, […] Concluye que la MIA de ExO es "mucho más completa y detallada, especialmente respecto a las medidas de mitigación, que cualquier otra MIA o programa de mitigación que he conocido […]las medidas de mitigación propuestas serían efectivas y podrían ser monitoreadas adecuadamente por la SEMARNAT […] Considera también que el Proyecto no causaría impacto alguno sobre especies protegidas, organismos pelágicos o la pesca. **(Réplica, ¶¶ 53, 54)**
Las medidas de prevención y mitigación propuestas por ExO no demuestran que el proyecto no causará un peligro de daño grave o irreversible. Asimismo, la DGIRA analizó la información presentada con base en estudios realizados por el Dr. Newell como el Programa de Restauración del Fondo Marino y la diversidad bacterial presente en el área de dragado. **(C-0009, p. 104, 142, 504, 512, 520)**	En quinto lugar, Mexico no cuestiona […] la Declaración Testimonial del Dr. Richard Newell [quien] consideraba que la MIA de ExO "identificó integralmente y abordó los impactos ambientales relevantes, y presentó una amplia gama de medidas de monitoreo y mitigación que cumplen con los más altos estándares y prácticas internacionales" y concluyó: "[…] sé claramente cuando un proyecto tendrá un impacto no mitigable sobre el ambiente. Este Proyecto no tendrá un impacto así."

Resolución de 2018	Reclamaciones de Odyssey en el arbitraje
	(Réplica, ¶¶ 56, 57)

56. Conforme a lo descrito en este apartado y el contenido de la Tabla 3, es evidente que la Demandante pretende que el Tribunal realice un análisis *de novo* de la MIA, lo cual resulta insostenible y debe ser rechazado por el Tribunal.

5. Las declaraciones de *twitter* del Sr. Pacchiano respecto al sentido de la Resolución de 2018 no son inapropiadas dado que era previsible que ésta se emitiera nuevamente en sentido negativo

57. Contrario a lo que afirma la Demandante, la declaración del Sr. Pacchiano sobre el sentido de la Resolución de 2018 no resulta sopresiva, inapropiada, ni demuestra que la denegatoria de la MIA 2015 respondió a la determinación del Sr. Pacchiano de "pulir sus credenciales con el público que [,] estuvo dispuesto a violar el derecho mexicano anunciando públicamente que el Proyecto Don Diego sería nuevamente rechazado antes de que se emitiera la decisión real".[82]

58. La Resolución de 2018 se emitió atendiendo a lo ordenado en la sentencia del 21 de marzo de 2018 del TFJA,[83] *i.e.*, emitir una nueva resolución que se encontrara debidamente fundada y motivada, lo cual no implicaba que la SEMARNAT debiera volver a evaluar la MIA 2015.

59. En ese sentido, la declaración de *twitter* del Sr. Pacchiano resultaba congruente y atendía al análisis técnico-científico previamente realizado por la DGIRA, el cual únicamente debía robustecer la fundamentación y motivación de algunos aspectos ordenados por el TFJA (*e.g.*, analizar las medidas de prevención y mitigación propuestas por ExO), dejando a salvo las facultades de decisión de la DGIRA. Por lo tanto, el sentido de la sentencia del TFJA contemplaba la posibilidad de que, en ejercicio de sus facultades como autoridad técnica, la DGIRA de nueva cuenta negara la MIA 2015.[84]

60. Al respecto, el propio Sr. Pacchiano ha aclarado lo siguiente:

> Aunque la Demandante argumenta de nueva cuenta que supuestamente ordené que se informara a la prensa que Don Diego sería negado por segunda ocasión y que supuestamente "promocioné" la segunda denegatoria a través de mi cuenta de Twitter quisiera destacar que el manejo de mi cuenta de Twitter lo controlaba tanto un servidor como la Unidad de Comunicación Social de la SEMARNAT, y ésta aprovechaba el

82 Memorial de Réplica, ¶ 113.

83 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 4, inciso o, 101 y 103.

84 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 107 y 108.

> alcance de mi cuenta para poder compartir los comunicados de la SEMARNAT y de otras dependencias de gobierno y funcionarios públicos. Por ello, era totalmente normal que desde mi cuenta se dieran *retweets* a diferentes comunicaciones de las actuaciones en general de la SEMARNAT y del gobierno federal del cual era parte.[85]

61. Por lo tanto, el hecho de que la cuenta oficial de *Twitter* del Sr. Pacchiano fuera usada para comentar sobre el sentido de la MIA 2015 es una práctica común, pues como titular de la SEMARNAT, debe de pronunciarse sobre temas ambientales sensibles o de interés público, sin que ello implique una conducta inapropiada o arbitraria.[86]

6. Las referencias de la Demandante a la sentencia del TFJA respecto una supuesta falta de debido proceso carecen de relevancia porque este aspecto ya fue subsanado por la Resolución de 2018

62. La Demandante argumenta que "[e]l propio TFJA de México confirmó el rechazo de la SEMARNAT al debido proceso",[87] sin embargo, Odyssey omite aclarar que esta determinación se realizó respecto de la Resolución de 2016, la cual fue subsanada conforme a lo ordenado por el TFJA con la emisión de la Resolución de 2018.[88] De hecho, los extractos sobre la supuesta falta de debido proceso citados en la Réplica corresponden a la decisión del TFJA respecto a la primera impugnación de ExO en contra de la Resolución de 2016. No obstante, en una segunda impugnación —ahora en contra de la Resolución de 2018—, la Demandante únicamente reclamó dos aspectos que nada tuvieron que ver con una falta de debido proceso, a saber: i) supuesta omisión de la DGIRA en dar cumplimiento a lo ordenado por el TFJA en la sentencia de 2018 sobre la Resolución de 2016;[89] y ii) una supuesta repetición del acto por parte de la DGIRA al

---

85 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 36 (énfasis añadido).

86 Tal como la Demandada lo señaló en su comunicación del 30 de agosto de 2021, "es común que la postura de la SEMARNAT se exprese a través de comunicados de prensa cuando se trata de temas ambientales sensibles o que son de interés para el público general. Por ejemplo, recientemente, la SEMARNAT se ha pronunciado en contra del uso del glifosato y continúa manifestándose en ese sentido, a pesar de que existen impugnaciones judiciales en curso". *Ver* **R-0165**, **R-0166**, **R-0167**, **R-0168** y **R-0169**.

87 Memorial de Réplica, Sección II.D., p. 55.

88 *Ver* **C-0009**. Cabe señalar que el TFJA rechazó la impugnación que interpuso ExO por una supuesta repetición del acto por parte de la DGIRA, al emitir la Resolución de 2018. Al respecto, el TFJA señaló que: "[…] en la medida en que al cumplir la sentencia definitiva la autoridad ambiental demandada no emitió una resolución en idénticos términos que la anulada, por las consideraciones hasta aquí expuestas; de ahí lo INFUNDADO de la queja por repetición que nos ocupa". *Ver* R-**0140**, p. 113.

89 **R-0140**, pp. 3, 11-20.

negar nuevamente la autorización de la MIA 2015 mediante la Resolución de 2018.[90] El TFJA rechazó ambas reclamaciones en los siguientes términos:

> Por lo tanto, es claro que a la fecha de interposición de la queja por omisión, es decir, el 4 de octubre de 2018, no había transcurrido el término de cuatro meses, […], para dar cumplimiento a la sentencia de 21 de marzo de 2018, dictada por esta Sala Superior, de ahí que la QUEJA POR OMISIÓN resulte improcedente.
>
> […] si bien es cierto, tanto la resolución anulada como la que se emitió en cumplimiento a la sentencia de este Pleno Jurisdiccional, resolvieron medularmente negar la autorización de la MIA solicitada por la actora, en razón de que las obras y actividades del proyecto sujeto a estudio, afectarían a especies declaradas en peligro de extinción, concretamente a la tortuga caguama, amarilla, o Caretta caretta; lo cierto es que la nueva resolución de 12 de octubre de 2018 incorporó nuevos fundamentos y motivos para efecto de sustentar tal negativa, los cuales no fueron expresados por la autoridad en la resolución anulada de fecha 7 de abril de 2016.
>
> […] por lo tanto, no puede decirse que exista repetición del acto anulado, en la medida en que al cumplir la sentencia definitiva la autoridad ambiental demandada no emitió una resolución en idénticos términos que la anulada, por las consideraciones hasta aquí expuestas; de ahí lo INFUNDADO de la queja por repetición que nos ocupa.[91]

63. De este modo, dado que las reclamaciones de ExO fueron rechazadas por el TFJA, la empresa interpuso una tercera impugnación —nuevamente en contra de la Resolución de 2018—, la cual permanece *sub judice.*[92] Al respecto, en esta tercera impugnación, al igual que en la segunda, ExO no planteó ninguna reclamación en torno a alguna supuesta falta de debido proceso. Por lo tanto, es evidente que los hechos citados por la Demandante en relación a una supuesta falta de debido proceso[93] resultan irrelevantes porque ya han sido corregidos por la DGIRA con la emisión de la Resolución de 2018.

B. La reclamación de la Demandante se basa la supuesta existencia de "órdenes de mando secretas" [redacted]

64. Como ya se demostró en la sección anterior, la Demandante presenta en este arbitraje las mismas reclamaciones que ExO ante tribunales nacionales, con lo cual es evidente su intención de que este Tribunal actúe como una instancia de apelación y que incluso realice una evaluación *de novo* de la MIA. Debido a que el TLCAN no permite este curso de acción, la Demandante también

---

90 **R-0140**, pp. 27-117.

91 **R-0140**, pp. 20, 112-113 (énfasis añadido).

92 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102-106.

93 *Cfr.* **C-0170,** pp. 108, 192-211 y Memorial de Réplica, 120-121.

ha basado su reclamación en [redacted], alegando la existencia de supuestas "órdenes de mando secretas" [redacted].[94] Sin perjuicio de hacer notar que la Demandante ha abandonado cualquier referencia a la frase "órdenes de mando secretas" ("*secret marching orders*"), debido a que evocaba la misma reclamación del caso *Vento Motorcycles c. México* que fue rechazada por el tribunal —y cuya similitud con los hechos del presente caso es significativa—, [redacted].

65. En las siguientes subsecciones se elaboran detalladamente algunos aspectos que permitirán al Tribunal tener mayor claridad sobre la falta de credibilidad de los [redacted] y [redacted] [redacted];[95] [redacted] *iii)* que los [redacted] y [redacted]; *v)* que ni Odyssey, ni los [redacted] y [redacted]; y *vi)* no existe evidencia documental conteporánea que demuestra que los [redacted] y [redacted].

---

94 Memorial de Demanda, ¶ 221.

95 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 203-204.

1. Los [redacted] y [redacted]

66. Resulta incontrovertible el hecho de que los [redacted] y [redacted] [redacted][98] El [redacted] el [redacted].[99] [redacted].[100]

67. Los [redacted] y [redacted]. Al respecto, el Reglamento Interior de la SEMARNAT establece que la DGIRA tiene la obligación de evaluar las manifestaciones de impacto ambiental.[101] El propio Reglamento Interior dispone que es el Director General, quien está a cargo de la DGIRA, quien asume su dirección técnica y aministrativa y es el responsable ante las autoridades superiores de su correcto funcionamiento.[102]

---

96 Para mayor claridad, los argumentos formulados por México en torno a las alegaciones de [redacted] y [redacted] contenidas en sus testimoniales no implican una aceptación de su contenido. Por el contrario, y únicamente a efectos de argumentación, la Demandada parte de la premisa general de que "suponiendo sin conceder" que lo que afirman los [redacted] y [redacted] en su testimonial fuera cierto —lo cual se niega— [redacted].

97 Artículo 4, fracción I de la LGRA, **R-0057** y Artículo 2 de la LFRASP, **R-0058.**

98 Primera DT [redacted], ¶2. Primera DT [redacted], ¶ 3.

99 Artículo 7 de la LGRA, **R-0057** y Artículo 7 de la LFRASP, **R-0058**.

100 Artículo 7 de la LGRA, **R-0057** y Artículo 7 de la LFRASP, **R-0058**.

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

102 Artículo 18 del RISEMARNAT, **R-0053**.

68. En su segunda declaración testimonial el [redacted] señala que "[redacted]", en tanto que el [redacted] declara que el "[redacted]".[103] Suponiendo sin conceder que fueran verdad sus declaraciones —lo cual México niega y la evidencia presentada por la Demandada lo confirma —, ambas afirmaciones implican [redacted]".[104] Incluso, el [redacted] afirma que [redacted]".[105] De hecho, él reconoce que [redacted],[106] y aún así, [redacted].

69. También causa extrañeza que en el supuesto de [redacted] los [redacted] y [redacted] [redacted][107] [redacted]. La Demandante no puede culpar a la Demandada por evidencia que estaba o debio haber estado [redacted] y [redacted] y que [redacted].

70. Aunque la Demandante pretende victimizar a los [redacted] y [redacted] argumentando que [redacted]".[108] La Demandada, respetuosamente, difiere, ya que lo que resulta sorprendente es que la Demandante pretenda justificar [redacted] y

---

103 Segunda DT [redacted], ¶ 34 (énfasis añadido).

104 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 166.

105 Segunda DT [redacted], ¶ 32.

106 Primera DT [redacted], ¶ 32 y Segunda DT [redacted], ¶ 32.

107 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 212.

108 Memorial de Réplica, ¶ 166.

[redacted].

71. Además, para la Demandada es claro que también se trata de una cuestión de principios éticos, considerando que los [redacted] y [redacted].[109] El actuar de una persona ante una aparente disyuntiva de esa naturaleza dice mucho de su probidad y honor.

72. Con base en las alegaciones de la Demandante, suponiendo sin conceder que lo que dicen los [redacted] y [redacted] fuera cierto —lo cual se niega—, [redacted].[112] Para México es claro que si las declaraciones de [redacted] y [redacted] fueran ciertas —lo cual se rechaza— significaría que [redacted].[113]

a. El [redacted]

73. En el Memorial de Contestación, la Demandada señaló que "en las reuniones de trabajo se externó incluso la clara posibilidad de que el [redacted]

---

109 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 16.

110 Segunda DT [redacted], ¶¶ 11 y 22 y Segunda DT [redacted], ¶¶ 32-34.

111 Memorial de Réplica, ¶ 166.

112 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

113 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 212.

[redacted]".[114] A pesar de ello, el [redacted] afirma que "[redacted]".[115] Esto es falso. El Sr. Romero ha presentado una declaración testimonial en la que confirma que como anterior representante del Gobierno de México externó la posibilidad de que [redacted]:

> Mientras explicaba las generalidades del arbitraje, señalé que [redacted]. Si bien, es posible afirmar que esto no constituye una solicitud formal, lo cierto es que esta posibilidad sí fue mencionada. [redacted].[116]

74. Esta declaración coincide con lo señalado por el Sr. Hernández quien también participó en dicha reunión [redacted]. En particular, el Sr. Hernández ha manifiestado lo siguiente:

> El claro ejemplo de ello es la reunión del 7 de febrero de 2019, en la que los funcionarios de la Secretaría de Economía plantearon la posibilidad de que, si el caso avanzaba, el [redacted].[117]

75. Si bien es cierto que en esas primeras reuniones con SEMARNAT el equipo de defensa de México (DGCJCI) difícilmente podía identificar con claridad quiénes serían sus testigos[118] —salvo por el Sr. Pacchiano considerando las acusaciones directas de la Demandante—, [redacted]

---

114 Memorial de Contestación, ¶ 209. Primera DT Salvador Hernández, ¶ 7.

115 Segunda DT [redacted], ¶ 32.

116 DT Hugo Romero, ¶ 17.

117 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 11 (énfasis añadido).

118 DT Hugo Romero, ¶ 18 (énfasis añadido).

[redacted].

76. En cualquier caso, el [redacted]

b. El [redacted]

77. Aunque la Demandada ha señaldo que [redacted]",[119] el [redacted].[121] En particular, el [redacted].[122] Esta apreciación es incorrecta.

78. El Sr. Romero ha procedido a aclarar el alcance [redacted] En particular, el Sr. Romero ha explicado lo siguiente:

> También me llama la atención que el [redacted]

---

119 Memorial de Contestación, ¶ 388.

120 Segunda DT [redacted], ¶ 25.

121 Segunda DT Salvador Hernández, ¶¶ 7-8.

122 Segunda DT [redacted], ¶ 26.

> [redacted] Si bien el área jurídica de SEMARNAT era el punto de contacto, lo era para efectos de tener un solo canal de comunicación como el coordinar reuniones, entregar información, pero no era, en mi entendido, únicamente para permitir a un funcionario del área jurídica tomar un posicionamiento. De haber sido esto así, únicamente nos habríamos reunido con el área jurídica de SEMARNAT. Por ello, considero que la declaración en el sentido de que [redacted] es incorrecta.[123]

79. El [redacted][124] No obstante, el Sr. Hernández ha testificado que en la reunión del 7 de febrero de 2019 —que [redacted] a los abogados de Economía, que, desde el punto de vista técnico y ambiental, y conforme al marco legal aplicable, el proyecto Don Diego no podía obtener la autorización ambiental por las razones que ya estaban expuestas en las resoluciones emitidas por la DGIRA".[125] Si bien, el Sr. Hernández ha señalado que "[redacted]", también ha precisado que "nunca objetó lo que en éstas se decía y, cuando llegó a formular comentarios, éstos consistieron precisamente en referir al razonamiento técnico y científico de las resoluciones".[126] Este recuento de los hechos coincide con lo expresado por el Sr. Romero, quien también participó en la reunión del 7 de febrero de 2019. De hecho, en esa reunión la SEMARNAT explicó que el sentido de las Resoluciones de la DGIRA obedeció a cuestiones puramente técnico-científicas, [redacted], tal como lo explica el Sr. Romero:

> En la reunión los funcionarios de SEMARNAT explicaron que el rechazo era por cuestiones técnicas, tales como el impacto en la fauna en el Golfo de Ulloa -tortuga *Caretta caretta* y ballenas, o el alimento para ellas-, el impacto desconocido en el ecosistema, la novedad del proyecto. También nos informaron dichos funcionarios que en otros países se habían negados proyectos similares. Siempre como abogados de la defensa mi interés era conocer a detalle y darles deferencia a las autoridades, en esa ocasión en SEMARNAT no fue la excepción.
>
> No recuerdo que el [redacted]

---

123 DT Hugo Romero, ¶ 13 (énfasis añadido).

124 Segunda DT [redacted], ¶ 27.

125 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 12.

126 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 12.

> [redacted], no había lugar a dudas de que era un tema técnico el motivo del rechazo.[127]

80. Conforme a lo anterior, es falso que el [redacted].[128] El [redacted].

c. El [redacted] sobre la estrategia legal de México en este arbitraje

81. Independientemente del [redacted], también existe evidencia de que el [redacted].[129] En dicho documento se manifestó la postura de la SEMARNAT respecto del contenido de la notificación de intención presentada por Odyssey.[130] El referido documento se entregó físicamente a los abogados de la Secretaría de Economía en una reunión de 1° de abril de 2019,[131] [redacted].[132] Estos hechos coinciden con lo referido por el Sr. Romero en su declaración testimonial:

> […] al término de la reunión fui informado por mis entonces colegas de la Secretaría de Economía de un documento preparado por la Unidad Coordinadora de Asuntos Jurídicos (UCAJ) y la DGIRA en la que se manifestaban la postura de la SEMARNAT respecto del contenido de la notificación de intención presentada por Odyssey. [redacted]

82. Aunque el Sr. Romero no participó en la reunión del 1 de abril de 2019, los abogados que sí participaron presenciaron la entrega del referido documento mencionado por el Sr. Hernández,

---

127 DT Hugo Romero, ¶¶ 20-21 (énfasis añadido).

128 Segunda DT [redacted], ¶ 27.

129 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 13. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 22 y **HGRM-001**.

130 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 13. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 22 y **HGRM-001**.

131 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 13. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 22 y **HGRM-001**.

132 Segunda DT [redacted], ¶ 29.

lo cual se confirma con el propio correo por el cual uno de los abogados que estuvo en la reunión compartió ese documento al resto del equipo de la DGCJCI que también asistió a esa reunión:

> Estimados.
>
> Les comparto adjunto el memo escaneado que nos compartió hoy la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales sobre el caso de Odyssey.
>
> Saludos.
>
> Antonio.[133]

83. El Tribunal podrá constatar que el contenido del Memorándum elaborado por la UCAJ y el [redacted],[134] coincide con la postura que manifestaron los funcionarios de la SEMARNAT en las reuniones sostenidas con los abogados de la DGCJCI,[135] así como con el contenido mismo de las Resoluciones emitidas por la DGIRA.[136] Por lo tanto, es evidente que el [redacted].[139]

2. [redacted]

84. [redacted]

---

133 **HGRM-001**.

134 **HGRM-001**.

135 Segunda DT Salvador Hernández, ¶¶ 9, 10, 11 y 12. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 12, 20, 21 y 25.

136 **C-0008** y **C-0009**.

137 "En este sentido, en abril de 2019, el Sr. Orlando Pérez, Director General de la DGCJCI, informó al grupo de la SEMARNAT sobre la propuesta de Odyssey de sostener una reunión a nivel de técnicos con la finalidad de buscar posibles soluciones". Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 15. Correo electrónico del 12 de abril de 2019, **R-0069**. Correo electrónico del 31 de mayo de 2019, **R-0071.**

138 "Con motivo de la notificación de arbitraje, el 5 de abril de 2019, el Director General remitió esa notificación y [redacted] DT Hugo Romero, ¶ 24 y **HGRM-003.**

139 Segunda DT [redacted], ¶ 26.

140 Artículo 4.5 (a) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. **RL-0004.**

[redacted].

85. [redacted].

a. [redacted]

86. [redacted]:

---

141 RP1, ¶ 19.2.3.

142 RP3, Anexo B, Solicitud, justificación y objeción a la Solicitud No. 17, pp. 92-93.

143 Memorial de Réplica, ¶ 147.

144 Los únicos gastos que México cubre a los testigos son el costo de los boletos de avión, el hospedaje y los viáticos necesarios para comparecer a las audiencias presenciales. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 193- 197.

145 En este sentido, es razonable el pago por hora de trabajo dedicada a brindar o preparar su Declaración Testimonial. *Ver* Informe de Sergio Huacuja, ¶ 96.

146 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 217-220.

[redacted]

87. [redacted]

[redacted][149]

88. [redacted]:

[redacted]

89. [redacted]

147 **C-0364**, ¶¶ 2.c y 2.d y **C-0365**, ¶¶ 2.c. y 2.d (énfasis añadido).

148 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 194- 197.

149 **C-0364**, ¶ 5 y **C-0365**, ¶ 5 (énfasis añadido).

150 Segunda DT [redacted], ¶ 5.

151 Segunda DT [redacted], ¶ 3.

152 **C-0364**, ¶ 2.b y **C-0365**, ¶ 2.b.

153 **C-0364**, ¶ 2.a y **C-0365**, ¶ 2.a.

[redacted]

b. [redacted]

90. [redacted]

91. [redacted]

[redacted].[158]

92. [redacted]

---

154 **C-0364**, ¶ 2.d y **C-0365**, ¶ 2.d.

155 **C-0364**, ¶ 2.c y **C-0365**, ¶ 2.c.

156 Memorial de Contestación, ¶ 430.

157 Segunda DT [redacted], ¶ 5.

158 Segunda DT [redacted], ¶ 3.

159 **C-0364**, ¶ 5 y **C-0365**, ¶ 5.

160 **C-0364**, ¶ 2.a y **C-0365**, ¶ 2.a.

93. [redacted]

c. Los contratos entre Odyssey y los Sres. Flores y Villa confirman que ambos decidieron testificar por el beneficio económico que ello significa

94. [redacted][165]

95. [redacted]

---

161 **C-0364**, ¶ 4 y **C-0365**, ¶ 4.

162 **C-0364**, ¶ 8 y **C-0365**, ¶ 8.

163 Primera DT [redacted], ¶ 37.

164 Segunda DT [redacted], ¶ 3.

165 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

[redacted].

3. Los [redacted] y [redacted]

96. Como se mencionó en el Memorial de Contestación,[166] tanto la LFRSP (vigente y aplicable para la Resolución de 2016), como la LGRA (aplicable para la Resolución de 2018), establecen que los funcionarios públicos tienen la obligación de "[d]enunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir faltas administrativas".[167] Además, si bien los servidores públicos también tienen la obligación de "[a]tender las instrucciones de sus superiores", esta obligación se sujeta a que dichas órdenes "sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público".[168] Es incontrovertible que [redacted].[169]

97. Los [redacted] y [redacted] México entiende que esto se debe a que la propia Demandante no lo consideró necesario [redacted].[170] En su lugar, la Demandante presentó el informe del Sr. Huacuja, quien en lugar de reconocer la existencia de una obligación de denuncia de probables faltas administrativas, [redacted]".[171] "[redacted][172] [redacted]

---

166 Memorial de Contestación, ¶¶ 187-196.

167 Artículo 49 fracción II de la LGRA. **R-0057**. *Ver* también artículo 8 fracción XVIII de la LFRSP. **R-0058.** *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, Sección XIII.A, ¶¶ 189-190.

168 Artículo 49 fracción III de la LGRA. **R-0057**. *Ver* también artículo 8 fracción VII de la LFRSP. **R-0058.** Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 190.

169 Artículo 49 fracción III de la LGRA. **R-0057**. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 190-191.

170 **C-0364**, ¶ 2.a y **C-0365**, ¶ 2.a.

171 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 30.

172 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 31.

[173] [174] lo cual ha sido rechazado por el Sr. Pacchiano.[175]

98. Por su parte, la Demandante justifica la omisión de los y .[176] Sin perjuicio de que el Sr. Pacchiano ha precisado que “”,[177] lo que resulta irreal es que la Demandante pretenda basar su reclamación en el dicho . También resulta sorprendente que la Demandante defienda la credibilidad del .[180]

99. Independientemente de las justificaciones que la Demandante y su experto señalen en torno ,[181] y , tanto la Demandante como su experto parecen coincidir en que existe una obligación de denuncia conforme a la normativa mexicana,[182] tal como se explica en el siguiente apartado.

---

173 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 31.

174 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 32.

175 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 7.

176 Memorial de Réplica, ¶ 166.

177 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 7.

178 Segunda DT , ¶ 31.

179 Memorial Réplica, ¶ 166.

180 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 203-204.

181 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 10.

182 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 19.

a. La Demandante y su experto no controvierten el hecho que [redacted] y [redacted]

100. Con base en la opinión del Sr. Huacuja, la Demandante señala que "[e]l régimen vigente al momento de la Primera Denegatoria en 2016, la […] ("LFRASP"), no está estructurada para alentar a los servidores públicos a denunciar irregularidades" porque supuestamente "resultaba imposible para el funcionario alertador mantenerse anónimo".[183] Asimismo, afirma que a pesar de que "la [l]a LRGA regía […] al tiempo que la SEMARNAT emitió su Segunda Denegatoria en octubre de 2018 […], no fue sino hasta 2019, […] que la posibilidad de presentar denuncias anónimas se convirtió en una realidad".[184]

101. Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, es evidente que la Demandante y el Sr. Huacuja no controvierten el hecho de que los [redacted].[185]

102. Para México resulta cuestionable que la Demandante afirme que "[redacted]"[186] ya que se basa en una mera suposición. De hecho, esa afirmación se contradice con los hechos que demuestran que [redacted].[187]

103. [redacted]

183 Memorial de Réplica, ¶ 167.

184 Memorial de Réplica, ¶ 168.

185 Memorial de Réplica, ¶ 169 y 171. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 191-195 y 199-200.

186 Memorial de Réplica, ¶ 171.

187 *Ver* **R-0177- R-0187.** *Ver* también Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 207- 208.

[redacted]

b. [redacted]

104. [redacted].

105. [redacted]

188 Memorial de Réplica, ¶ 171. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 201-206.

189 Artículo 55 de la LGRA**. R-0057**.

190 Memorial de Réplica, ¶ 152.

191 Memorial de Réplica, ¶ 151.

192 Primera DT [redacted], p. 5.

193 **C-0365**, p. 1.

[redacted][195]

106. [redacted][197]

107. [redacted].[198]

108. [redacted].

4. La Demandante no ha aportado evidencia contemporánea que demuestre que los [redacted] y [redacted]

109. El [redacted][199] Por su parte, el [redacted]. [200] Aunque la Demandante

---

194 Artículo 55. Incurrirá en utilización indebida de información el servidor público que adquiera para sí o para las personas a que se refiere el artículo 52 de esta Ley, bienes inmuebles, muebles y valores que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, así como obtener cualquier ventaja o beneficio privado, como resultado de información privilegiada de la cual haya tenido conocimiento.

Artículo 56. 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. (énfasis añadido) *Ver* **R-0057.** *Ver* también Memorial de Contestación, ¶¶ 410-412.

195 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 79.

196 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 79.

197 Informe de Sergio Huacuja, ¶ 79. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 221-224.

198 **C-0364**, p. 1.

199 *Ver* Segunda DT [redacted], ¶¶ 11 y 21.

200 *Ver* Segunda DT [redacted], ¶¶ 13 y 14.

argumenta que [redacted].[201]

110. En cualquier caso, [redacted] A la Demandada no le corresponde cumplir con la carga de la prueba de la Demandante, y no puede estar obligada a producir documentos que son inexistentes. [redacted]

111. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal debe tener en cuenta que la exhibición de documentos en el arbitraje internacional "comparison with Anglo-American practice has been variously described as "conservative", o como un procedimiento destinado a "filling in the gaps" "as opposed to building up the factual record".[202] Efectivamente, "in arbitration is that a party will establish its case based largely (if not entirely) on the documents within its own possession".[203] [redacted].

112. El Tribunal debe tener en cuenta que es común que los funcionarios públicos realicen respaldos de sus correos e información que elaboran en el ejercicio de sus funciones. De hecho, los funcionarios públicos tienen la obligación de transmitir a quienes los sustituyan en sus funciones, los archivos organizados e instrumentos de consulta y control archivístico que se encontraban bajo su custodia.[204]

---

201 Carta de México a los representantes de la Demandante, 18 de mayo de 2021. **R-0160.**

202 O'Malley, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*: Lloyd's Arbitration Law Library. Taylor and Francis, p. 39. **RL-0078.**

203 O'Malley, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*: Lloyd's Arbitration Law Library. Taylor and Francis, p. 40. **RL-0078.**

204 Artículo 23 de la Ley Federal de Archivos. **R-0175.**

113. [redacted] y [redacted].

114. [redacted] Los correos electrónicos del Sr. Narvaez no demuestran que [redacted] y [redacted] De hecho, el correo del 22 de marzo de 2016 únicamente reporta información de oídas de lo que el Sr. Limón —asesor legal de ExO y Odyssey— "dijo que se comentó" en una supuesta reunión con SEMARNAT, *i.e.*, "los arrebatos del Sr. Ancira le van a costar bien caro". Cabe señalar que un correo del 10 de agosto de 2016 —posterior a la Resolución de 2016— el propio Sr. Narvaez refiere a esa situación como "*whatever that means*",[205] es decir, desconocía lo que ello significaba.

115. Por otra parte, la declaración testimonial del Sr. Lozano únicamente da cuenta de sus impresiones [redacted][206] La misma situación ocurrió con la reunión de noviembre de 2015 que el Sr. Lozano comenta haber sostenido con funcionarios de la CONANP, cuyas impresiones describe de la siguiente forma: "[n]os retiramos de la reunión con una sensación de extrema confianza en que habíamos abordamos correctamente todas las preocupaciones ambientales de la CONANP y que el Proyecto sería pronto autorizado".[207] Las impresiones del Sr. Lozano no

205 **C-0416**

206 Primera DT Claudio Lozano, ¶ 39.

207 Primera DT Claudio Lozano, ¶ 64.

coinciden con la opinión oficial de la CONANP que se manifestó en contra del Proyecto, tal como consta en las Resoluciones.[208]

116. Conforme a lo anterior, [redacted].

5. La Demandante y ExO alegan que tuvieron conocimiento de las supuestas instrucciones del Sr. Pacchiano pero optaron por no realizar nada al respecto

117. La Demandante pretende sustentar la credibilidad de los [redacted] y [redacted] [redacted].[209] [redacted] México desconoce las razones por las cuales la Demandante decidió no denunciar al Sr. Pacchiano de cualquier supuesta irregularidad y [redacted].

118. Para la Demandada resulta problemático el curso de acción adoptado por la Demandante, [redacted], lo cual resulta insostenible e incluso cuestionable. En este sentido, [redacted] rechazar la MIA por haberse sentido personalmente insultado por el Sr. Ancira —quien por cierto ha incumplido un acuerdo reparatorio con el Gobierno de México derivado del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita

---

208 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 16.

209 Memorial de Réplica, ¶ 88.

en la venta de Agro Nitrogenados—;[210] y *ii)* que la supuesta orden del Sr. Pacchiano estuvo motivada por la preocupación de afectar su posición política.[211]

119. Para ello, algunos de los "elementos" aportados por la Demandante consisten en lo siguiente:

- Correo electrónico del Sr. De Narváez al Sr. Longley del 22 de marzo de 2016 en el que mencionó que los supuestos "arrebatos del Sr. Ancira le van a costar bien caro'".[212] Este correo sólo refleja información de oídas por parte del Señor Narvaéz. Al parecer reporta lo que supuestamente dijo en una reunión un tercero (Mauricio Limón) quien fungía como representante de ExO, basándose en una mera suposición de algo que podría acontecer. También destaca el hecho de que, supuestamente un día antes de la emisión de la Resolución de 2016, [redacted].[214]

- Correo electrónico del Sr. De Narváez a Mark Gordon y otros representantes de Odyssey del 10 de agosto de 2016. Sin perjuicio de que se trata de un correo que la Demandante presentó de forma incompleta seleccionando revelar ciertas oraciones y ocultando otras, con base en un supuesto *attorney-client privillege* a pesar de que el Sr. Narvaez no es el abogado de Odyssey, la nota parece dar cuenta de la mera opinión del Sr. Narvaez quien señala "la resolución negativa de nuestra MIA fue de naturaleza política y no técnica […]", culpando de ello a "los arrebatos de Alonso con Pacchiano",[215] pero sin saber realmente lo que ello singnificaba, al referirse a esta situación como "*whatever that means*". [216] En cualquier caso, en ese correo el Sr. Narvaez sostiene que "[e]s muy claro para nosotros que

---

210 Forbes, Sin incumple el acuerdo firmado con Pemex, Alonso Ancira perderá su empresa y hornos, 2 de septiembre de 2021. **R-0176.**

211 Memorial de Réplica, ¶ 88.

212 Memorial de Réplica, ¶ 88 a. *Ver* **C-0416**.

213 Primera DT [redacted], ¶26 y Segunda DT [redacted], ¶ 30.

214 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 13.

215 **C-0416.**

216 **C-0416.**

[redacted] [*sic*]) no son la fuerza que retiene nuestro proyecto, es el Secretario Pacchiano".[217] Sin perjuicio de que el Sr. Pacchiano ha rechazado el haber sido confrontado por el Sr. Ancira,[218] es evidente que los representantes de Odyssey omitieron presentar cualquier denuncia ante las supuesta claridad de una aparente irregularidad.[219] También es claro que la supuesta existencia de "órdenes de mando" nunca ha sido parte de los alegatos de ExO en el juicio de nulidad ante el TFJA. Es decir, solo en este arbitraje la Demandante busca basar su reclamación en la alegación de una supuesta existencia de "órdenes de mando".

- Declaración de Sr. Claudio Lozano por el que supuestamente la CONANP y la DGIRA "habían avalado el proyecto con anterioridad".[220] Las reuniones referidas por el Sr. Lozano fueron previas a la emisión de la primera resolución, esto es en abril 2015 [redacted],[221] y el 18 de febrero de 2016 con la CONANP.[222] Lo que los [redacted] resulta irrelevante porque los hechos pesaron más que sus palabras, [redacted]. Lo mismo acontece con la CONANP que presentó una opinión técnica, la que consideró que Don Diego era un proyecto ambientalmente inviable.[223]

- Testimonio del Dr. Lozano en el que afirma que el [redacted][224] Esta supuesta reunión se realizó un día antes de la emisión de la Resolución de 2016, lo cual deja ver la percepción propia del Sr. Lozano sobre el alcance del Proyecto por lo que hace a la protección de las tortugas. De hecho, para sustentar su dicho refiere a una reunión con la NOAA. Sin embargo, como se verá *infra*, el propio Dr. Seminoff ha presentado una declaración en la que confirma que lo señalado por los

---

217 Memorial de Réplica, ¶ 88 b. *Ver* **C-0416**.

218 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 30.

219 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 13. Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 4 y 209.

220 Memorial de Réplica, ¶ 88 c.

221 Primera DT Claudio Lozano, ¶ 39.

222 Primera DT Claudio Lozano, ¶¶ 62-64. Segunda DT Claudio Lozano, ¶ 19.

223 Segunda DT Benito Bermúdez, ¶¶ 33 y 35.

224 Memorial de Réplica, ¶ 88 d. *Ver* Primera DT Claudio Lozano, ¶ 70.

representantes de Odyssey respecto de las reuniones que sostuvo con ellos, en realidad fue exagerado.[225] México considera que el entusiasmo del Sr. Lozano respecto del proyecto era tal, que probablemente su juicio se encuentra nublado y sus opiniones no necesariamente reflejan la realidad. Por otra parte, resulta revelador que los representantes de Odyssey se conformaran [redacted][226]

- El video del Sr. Pacchiano del 12 de septiembre de 2018 en el que aparentemente señala que el Proyecto sería rechazado.[227] El Sr. Pacchiano ya ha declarado que el [redacted],[228] por lo cual para el Sr. Pacchiano era claro que la segunda resolución se emitiría en el mismo sentido que la primera. Además, el hecho de que el Sr. Pacchiano se hubiera pronunciado sobre el sentido de la Resolución, [redacted].[229] [redacted].[230]

- Artículos periodísticos que refieren a una "*tarjeta informativa*" que recibieron de la SEMARNAT declarando que el Proyecto sería negado.[231] Como ya se mencionó en la comunicación del 30 de agosto de 2021, la Demandante pretende dar a la tarjeta informativa un alcance que no tiene.[232] Efectivamente, la argumentación de la Demandante

---

225 DT Jeffrey Seminoff, ¶¶ 9-17.

226 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 13.

227 Memorial de Réplica, ¶ 88 e. **C-0176.**

228 *Ver* Primera DT Rafael Pacchiano, ¶ 42 y Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 10 y 12.

229 "[…], resultaría muy cuestionable que un Secretario de Estado fuera responsable de realizar las funciones técnicas de una evaluación de impacto ambiental. Además, [redacted]". Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 7.

230 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 33-35.

231 Los representantes de México me han mostrado una "ficha informativa" que supuestamente se proporcionó en abril de 2018 a medios de comunicación relacionada con el Proyecto Don Diego. Es la primera vez que veo tal documento y manifiesto que no conocía su existencia, aunque no destaco ninguna información que pueda ser considerada "sensible" o "inapropiada". Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 37.

232 Comunicación del 30 de agosto de 2021 de la Demandada. **R-0209**.

respecto a la tarjeta normativa parte de una suposición errónea de la decisión del TFJA. El hecho de que la DGIRA haya manifestado días después de la decisión del TFJA que negaría nuevamente la autorización de la MIA no tiene nada de ilegal ni mucho menos sorpresivo.[233] De hecho, la propia decisión del TFJA reconoció que la DGIRA era la autoridad técnica facultada para resolver sobre las preocupaciones que esgrimió y permitió que fuera ella quien resolviera con la debida fundamentación y motivación.[234] Esta decisión contrasta con la percepción errónea que tenía la Demandada y ExO quienes suponían que con su estrategia legal adoptada a través del juicio de nulidad, el TFJA autorizaría el Proyecto.[235] Esto no acontenció y ello confirma que no se trataba de "un pretexto",[236] sino de una preocupación ambiental real que todavía hoy persiste.

120. A México le parece extraño y absurdo que, si la Demandante sabía sobre una supuesta irregularidad en el PEIA del Proyecto, no haya hecho nada al respecto. Esta omisión de denunciar una potencial ilegalidad no es menor ya que supone que no existían elementos [redacted] Esta situación es abordada por el Sr. Pacchiano quien niega [redacted] y hace notar la ausencia de denuncias en su contra:

> Finalmente, si [redacted]. Además me parece inverosímil que el [redacted] También me parece insólito que sabiendo esta información, los representantes de ExO tampoco hayan procedido a formular una denuncia en mi contra. [redacted]

---

233 "[L]a Semarnat dará cumplimiento a la sentencia con la convicción de que dicho proyecto representa una amenaza para la integridad del ecosistema, por lo cual reforzará la justificación técnica y científica para confirmar la resolución original, es decir, negar la autorización". **C-0470.**

234 **C-0170,** p. 212.

235 "The beauty of the annulment case in the courts, in our view, is that it would make life very easy for Pacchiano since consent would be given not by a SEMARNAT decision but by a court ordered decision, it would have no political toll for him which was apparently his motivation in the refusal decision of consent". *Ver* **C-0416**.

236 Memorial de Réplica, ¶ 8, 43, 212, 225, y Primera DT [redacted], ¶ 25.

[redacted].[237]

121. Independientemente de lo cuestionable que pudieran resultar las constantes reuniones [redacted] la omisión de denuciar una posible ilicitud por parte de ExO parece tener una explicación relacionada con estas reuniones. Efectivamente, dicha omisión de ExO se explica porque posiblemente siguió una estrategia [redacted],[238] *i.e.*, obtener una resolución del TFJA que confirmara y autorizara el Proyecto Don Diego, sin embargo, la decisión del TFJA deja ver que las preocupaciones ambientales de la DGIRA sí eran legítimas. Incluso, resulta extraño que la Demandante haya consentido en dos ocasiones [redacted]

C. La ley es clara en establecer que la responsabilidad de las resoluciones en materia de impacto ambiental recae en el funcionario firmante

122. En su segunda declaración testimonial, el [redacted] ha señalado que no está de acuerdo con la "[redacted]",[239] en particular, con el hecho de que "sólo la DGIRA determina si se aprueban las MIAs sin intervención alguna del Secretario o el Subsecretario".[240] Sin embargo, el propio [redacted] reconoce, en párrafos posteriores a dicha afirmación, que "las <u>responsabilidades de aprobar los Proyectos</u>, evaluar la información de la MIA y los documentos de apoyo, y responder a solicitudes de información adicional y opiniones de terceros <u>recaen en la DGIRA</u>".[241]

123. El propio [redacted] también está de acuerdo en que [redacted]".[242] Esto es un hecho incontrovertible aunque los [redacted] y [redacted] pretendan matizarlo señalando que la DGIRA no es una dirección independiente y que depende jerárquicamente del Subsecretario

---

237 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 13.

238 "[redacted])". **C-0363.**

239 Segunda DT [redacted], ¶ 12.

240 Segunda DT [redacted], ¶ 12.

241 Segunda DT [redacted], ¶ 15.

242 Segunda DT [redacted], ¶ 10.

de Gestión para la Protección Ambiental y del Secretario de la SEMARNAT. La estructura jerárquica en la cadena de mando es irrelevante para efectos de determinar la responsabilidad de un acto conforme a las atribuciones y facultades que la ley otorga a los funcionarios públicos.

124. [redacted]. Como se muestra en la Tabla 4, [redacted].

Tabla 4. [redacted]

NO. DE EXPEDIENTE	SUJETO	QUEJA
[redacted]	[redacted]	[redacted]
[redacted]	[redacted]	[redacted]
[redacted]	[redacted]	[redacted]
[redacted]	[redacted]	[redacted]
[redacted]	[redacted]	[redacted]
[redacted]	[redacted]	[redacted]

NO. DE EXPEDIENTE	SUJETO	QUEJA
		[ ]

Fuente: **R-0177, R-0178, R-0179, R-0180, R-0181, R-0182, R-0183, R-0184** y **R-0185**.

125. Por ejemplo, [redacted]:

> [...] [redacted].[243]

126. El razonamiento antes señalado aplica *mutatis mutandis* para el caso de las atribuciones que el RISEMARNAT [redacted]

---

243 [redacted] p. 21. **R-0186.**

244 Artículo 28 fracción II del RISEMARNAT. **R-0053**.

[redacted].

1. El Secretario Pacchiano no tuvo ninguna injerencia en la evaluación técnico-científica ni en el sentido de las Resoluciones [redacted] y [redacted]

127. El Sr. Pacchiano ya ha declarado que no tuvo ningún involucramiento en el PEIA ni mucho menos en el sentido de las Resoluciones del Proyecto Don Diego. De hecho, ha manifestado que siempre fue respetuoso de las determinaciones de carácter técnico-científico que emitía la DGIRA:

> Como lo mencioné en mi primera declaración testimonial, siempre fui respetuoso de la ley por lo que respecta a las atribuciones, competencias y facultades de cada área administrativa de la SEMARNAT y jamás me entrometí en el trabajo técnico-científico realizado por la DGIRA.[245]

128. Lo anterior, coincide con el marco jurídico aplicable y que regía las funciones del Sr. Pacchiano en su carácter de Subsecretario y Secretario de la SEMARNAT. Como ya se ha mencionado anteriormente, [redacted] el hecho de que la DGIRA era la responsable de evaluar y aprobar o rechazar las MIA,[246] sin embargo, sugieren que la relación jerárquica del Secretario implica que éste sea también responsable de la conducta de sus subordinados. Esto es falso y, aunque la Demandante intenta controvertir esta situación, se basa en el informe pericial del Sr. Herrera, quien realiza un análisis general de RISEMARNAT sin entrar a detalle sobre las disposiciones específicas que regulan el actuar de los diversos funcionarios involucrados. No es casual que la Demandante realice las siguientes afirmaciones erróneas basadas en el análisis del Sr. Herrera:

- *El Secretario de la SEMARNAT es responsable de la aprobación de manifestaciones de impacto ambiental*.[247] Esto es falso, si bien el Secretario es la más alta autoridad de la Secretaría, ello no significa que sea responsable de todos los actos que realizan los funcionarios a su cargo. De hecho, el experto omite analizar la facultad extraordinaria que la RISEMARNAT confiere al Secretario para resolver las solicitudes de MIA cuando expresamente así lo solicita debido al interés del tema. Aceptar la postura de la Demandante

---

245 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 8.

246 Segunda DT [redacted], ¶ 10 y Segunda DT [redacted], ¶ 15.

247 Memorial de Réplica, ¶ 90 a.

y su experto de que el Secretario es en general responsable de la resolución de las MIA implicaría que esta disposición en comento careciera de sentido, lo cual es insostenible.

- *El Secretario tiene el derecho a ejercer directamente los poderes que goza, a pesar de que también pueda delegarlos, incluyendo la aprobación de las MIA*.[248] La propia Demandante reconoce que el Secretario es asistido por sus subordinados para la realización de las labores que le competen a la SEMARNAT. En este sentido, el RISEMARNAT es claro en señalar que la determinación de carácter técnico-científico que implica la evaluación de una MIA corresponde al Director General de la DGIRA. Como se mencionó *supra*, el Secretario puede ejercer esa facultad, pero se trata de un supuesto extraordinario que se debe apegar a lo que expresamente prevé la ley y que no acontenció en ese caso.

- *El Secretario es responsable de todas las acciones llevadas a cabo por la SEMARNAT*.[249] Esta proposición resulta absurda porque implicaría que cualquier acto realizado por un funcionario de la SEMARNAT sería responsabilidad del Secretario, es decir, jurídicamente no habría distinción entre la conducta del Secretario y las de cualquier otro subordinado.[250] Esto significaría que las leyes en materia de responsabilidad administrativa resultaran irrelevantes, lo cual es incongruente con la aplicación misma de éstas. [redacted]

- *La DGIRA no es una autoridad independiente, sino una unidad administrativa de la SEMARNAT a cargo del Secretario y Subsecretario cuyos subordinados deben seguir sus instrucciones*.[251] México no controvierte que la DGIRA no sea una unidad administrativa independiente, la cuestión a considerar es que jurídicamente existe una distribución de facultades y atribuciones para el debido ejercicio de las labores que le compete a la SEMARNAT. La proposición de la Demandante [redacted].

---

248 Memorial de Réplica, ¶ 90 b.

249 Memorial de Réplica, ¶ 90 c.

250 *Ver* Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 6.

251 Memorial de Réplica, ¶ 90 d.

[redacted]. Precisamente la distribución de competencias y la existencia de leyes en materia de responsabilidad administrativa implican el reconocimiento de que es jurídicamente imposible responsabilizar a una sola persona por las conductas de sus subordinados.

- *El Director General de la DGIRA debe acordar con su inmediato superior la resolución de los temas, tal como la evaluación y determinación de las MIA, además, el Director General y Subsecretario deben seguir sus instrucciones*.[252] Esta afirmación es engañosa ya que el hecho de que el Director General deba reportar sobre los temas a su superior jerárquico, no es sinónimo de que tenga que "acordar" el sentido de la resolución de una MIA. Esa determinación le corresponde únicamente al Director General en su carácter de experto que cubre el perfil técnico-científico para adoptar tal determinación. Por lo tanto, es falso que el Director General de la DGIRA deba seguir instrucciones respecto del sentido que debe resolver una MIA. Una afirmación de esa naturaleza contradice el marco jurídico legal aplicable. [redacted]

- *La DGIRA debe mantener informados al Secretario y Subsecretario sobre la evaluación de cualquier MIA importante*.[253] México tampoco controvierte este aspecto, de hecho, el Sr. Pacchiano ha señalado que las veces que [redacted] Además, el hecho de que el Director General deba mantener informado a sus superiores jerárquicos, de ninguna manera lo exime de la responsabilidad legal que a su cargo recae sobre el sentido que dara a las resoluciones en materia de impacto ambiental con base en la información que obre en el expediente de cada asunto en particular.

- *El Secretario y Subsecretario de la SEMARNAT tienen el poder para confirmar, modificar o revocar las autorizaciones de las MIA en virtud de un recurso de revisión, y tienen el deber de resolverlos*.[254] Como la Demandante señala, la revisión es un recurso de carácter

---

252 Memorial de Réplica, ¶ 90 e.

253 Memorial de Réplica, ¶ 90 f.

254 Memorial de Réplica, ¶ 90 g.

extraordinario que implica que el superior jerárquico resuelva alguna decisión de su subordinado con la cual el gobernado no esté de acuerdo. Este hecho confirma justamente que la responsabilidad de resolver una MIA en recae sobre el Director General. Además, la Demandante omite señalar que en los juicios de nulidad que interpuso, [redacted]

129. En este sentido, los expertos legales de México también discrepan respecto de la interpretación que el Sr. Herrera realiza sobre el alcance y atribuciones del Director General conforme a la ley. En particular, los expertos legales de México han señalado:

> Como se indicó en el Primer Informe, contrario a lo sostenido por la Demandante, el Director General de la DGIRA es la autoridad superior en el PEIA, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (la "LOAPF"). Las facultades de la DGIRA están previstas en el artículo 28 del Reglamento Interior de la SEMARNAT y aquellas vinculadas con un procedimiento de evaluación de impacto ambiental de las características del de Don Diego se encuentran en las fracciones I, II, IV, V, VI, VII, VIII, XIII, XV, XIX, XX del Artículo 28 del RISEMARNAT.
>
> El Experto de la Demandante cita erróneamente al artículo 18 del RISEMARNAT para señalar que dicho reglamento "establece una relación de responsabilidad de los superiores (tales como el Secretario y Subsecretario) respecto del correcto funcionamiento de los inferiores (tales como la DGIRA)" […]
>
> [El artículo 18 del RISEMARNAT] no menciona ni al Secretario ni al Subsecretario. En realidad, la errónea fundamentación por parte del Experto de la Demandante sólo encuentra explicación en su pretensión de responsabilizar jurídicamente al Secretario y al Subsecretario de los resultados del PEIA, misma que no encuentra asidero en la normatividad aplicable, ni se desprende de las documentales exhibidas.
>
> En otras palabras, las aseveraciones del Experto de la Demandante en el sentido de que el Subsecretario y el Secretario fueron responsables de las Resoluciones Negativas, además de carecer de fundamento legal conforme al derecho mexicano, son contrarias a la conducta observada por la misma Demandante, por medio de ExO, en las impugnaciones de dichas Resoluciones Negativas.[255]

130. Por lo tanto, resulta evidente que, contrario a lo argumentado por la Demandante, el Sr. Pacchiano no tenía la facultad jurídica de interferir en la resolución de la MIA del Proyecto Don Diego —y de hecho no lo hizo—.

2. Los [redacted] y [redacted]

[255] Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 19, 20, 21 y 35.

[redacted]

131. Los [redacted] y [redacted]”.[256] [redacted][257] Evidentemente la Demandante no consideró necesario [redacted] y por ello, prefirió presentar un informe de experto para respaldar su posición de que “[e]l Secretario Pacchiano tenía el poder para hacer que la MIA fuera denegada”.[258]

132. Sin perjuicio de abordar las imprecisiones de la Demandante y su experto en la sección siguiente, basta señalar que sus premisas se basan en considerar erróneamente que el mero hecho de que el Secretario de la SEMARNAT sea el funcionario con mayor jerarquía en la cadena de mando dentro de la SEMARNAT, es suficiente para responsabilizarlo de todas las decisiones que adopten sus subordinados en el desempeño de sus atribuciones y funciones.[259]

133. Esta afirmación resulta absurda ya que sería tanto como afirmar que el Presidente de México es responsable de todas y cada una de las conductas que desempeñen los funcionarios de la APF sin importar las facultades y atribuciones que la propia ley les confiere. Aceptar esa suposición harían nugatorias e irrelevantes las leyes que rigen la distribución de competencias, el actuar de los funcionarios, así como las leyes sobre responsabilidad de servidores públicos. Esta situación resulta insostenible.

---

256 *Ver* Segunda DT [redacted], ¶¶ 10.

257 **C-0364**, ¶ 2.a y **C-0365**, ¶ 2.a.

258 Memorial de Réplica, ¶¶ 88-119.

259 *Ver* Segunda DT Salvador Hernández, ¶¶ 4-6.

134. Por lo anterior, [redacted],[260] [redacted]. Esto resulta sencillamente inverosímil.

3. [redacted] responsable de las resoluciones en materia de evaluación de impacto ambiental

135. Contrario a lo afirmado por la Demandante [redacted][261]

136. [redacted]:

> Así las cosas y en virtud de lo anterior, es de destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 27 en su fracción II del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales vigente durante la época en que se suscitaron los hechos denunciados, la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental es la autoridad facultada para evaluar y resolver las Manifestaciones de Impacto Ambiental […].[262]

137. [redacted],[263] [redacted]

---

260 *Ver* Primera DT [redacted], ¶ 2. Primera DT [redacted], ¶ 2. Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 40-43.

261 Memorial de Contestación, ¶¶ 179 y 180.

262 [redacted] (énfasis añadido). **R-0181.**

263 [redacted]".

[redacted].[265]

138. [redacted].

139. [redacted]:

> [redacted] […].[266]

140. Al respecto, es claro que [redacted].[267]

141. Llama la atención de la Demandada el hecho de que sea común que [redacted]

---

264 [redacted].

265 [redacted]. **R-0185.**

266 [redacted] (énfasis añadido). **R-0187.**

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

[redacted]

[redacted].[269]

142. Lo anterior, [redacted]

4. Las acusaciones de la Demandante y sus testigos en contra del Sr. Pacchiano son insostenibles y desproporcionales

143. La Demandante destina más de 15 páginas para señalar que el Sr. Pachiano tenía interés en emitir una resolución negativa con el objeto de no "afectar su posición política"[270], e intenta fortalecer sus reclamaciones argumentando que las aspiraciones políticas del Sr. Pachiano no se limitaban a buscar un cargo electoral, sino que "también incluye la permanencia como el designado

---

268 [redacted] **R-0185.**

269 [redacted] (énfasis añadido). **R-0186.**

270 Memorial de Réplica, ¶ 88.

político de una administración presidencial."[271] Sus afirmaciones son meras suposiciones que buscan apoyar su teoría sobre la supuesta existencia de órdenes de mando.

144. Tal como ha sido reconocido por el propio Sr. Pacchiano —y por la Demandante—, en 2014 el proyecto denominado Los Cardones fue autorizado e [redacted] A pesar de la reacción pública que se generó en contra de la autorización del proyecto Los Cardones y del Sr. Pacchiano, él siempre fue respetuoso del trabajo de la DGIRA y del sentido de esa resolución, sin importar la posible afectación a su imagen. El Sr. Pacchiano ha dado cuenta de ello:

> [redacted] […] En primer lugar, a todos los proyectos evaluados durante el tiempo en que fui Secretario de la SEMARNAT se les brindó la misma importancia, ya que la ley no permite hacer ninguna distinción entre promoventes y tipo o relevancia de proyectos que sean sometidos a aprobación de autorizaciones de impacto ambiental. En segundo lugar, nunca puse mi "imagen pública" ni mi "carrera política" por encima de mi responsabilidad como Secretario de Estado. Como lo mencioné en mi primera declaración testimonial, siempre fui respetuoso de la ley por lo que respecta a las atribuciones, competencias y facultades de cada área administrativa de la SEMARNAT […].
>
> El caso de "Los Cardones" es el mejor ejemplo de que mi postura siempre se basó en la primacía de las cuestiones técnicas y científicas determinadas por la DGIRA y que nunca intervine en sus decisiones, ni busqué influenciarlas por cuestiones políticas o de imagen pública. Como en todos los proyectos durante mi cargo, la DGIRA resolvió conforme a la ley y, aunque el proyecto Don Diego también fue un proyecto que generó preocupaciones, no cedí de ninguna forma ante presiones y/o la opinión pública.
>
> […] considero que el argumento de la Demandante carece de lógica ya que, si los exhortos, opiniones mediáticas o puntos de acuerdo tuvieran algún efecto jurídico en la resolución técnica-científica de la DGIRA (que claramente no lo tienen), el proyecto de Los Cardones también habría sido negado considerando su relevancia mediática. Sin embargo, esto no ocurrió debido a que precisamente las determinaciones de la DGIRA se basan en aspectos técnico-científicos y obedecen a una evaluación de esa naturaleza en la que ni el Secretario, ni el Subsecretario de la SEMARNAT, ni mucho menos los diputados o senadores tienen injerencia alguna conforme al marco legal que rige el actuar de la DGIRA (Reglamento Interior de la SEMARNAT).[272]

---

271 Memorial de Réplica, ¶ 95.

272 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 8, 9 y 22. *Ver* Primera DT Rafael Pachianno, ¶¶ 46 y 47.

145. La Demandante llega al extremo de recurrir a cualquier artificio para intentar convencer al Tribunal de que el sentido de las resoluciones es atribuible al Sr. Pacchiano. Incluso, involucra indebidamente y sin sustento a su esposa para intentar apoyar sus alegaciones, lo cual resulta desproporcional e insostenible, y de igual forma inapropiado.[273] Efectivamente, como lo menciona el Sr. Pacchiano, su esposa fue elegida como Senadora plurinominal, lo cual significó que su elección no estaba sujeta al voto ciudadano:

> La Demandante ahora señala que otra supuesta razón por la que ordené negar la autorización de la MIA del Proyecto de Don Diego se debió a los riesgos que esto significaba a la candidatura de mi esposa como Senadora de la República. Sin perjuicio de que este postulado también es falso y carente de todo sentido, me parece una falta de respeto que ahora la Demandante involucre la reputación de mi esposa y mi familia para sustentar sus dichos en mi contra y en contra del Estado mexicano. Además, mi esposa, Alejandra Lagunes, fue elegida como Senadora plurinominal, es decir, su candidatura y su designación como Senadora no requirieron campañas para promover el voto ciudadano, ni aparecer en las boletas de elección, ni mucho menos competir contra candidatos de otros partidos políticos. Por esa razón, es insostenible afirmar que la aprobación del Proyecto Don Diego afectaría su postulación y designación como Senadora de la República.[274]

146. Lo anterior da cuenta de la desesperación de la Demandante por sustentar su caso y hacer creer al Tribunal que el Sr. Pacchiano fue el responsable de que la MIA 2015 del Proyecto Don Diego fuera negada, sin embargo, es un hecho que, como cuestión de derecho mexicano, el [redacted].[275] Esa decisión fue producto del razonamiento técnico-científico de la DGIRA. Por lo tanto, es falso que las Resoluciones de la DGIRA hayan atendido una supuesta aspiración o protección de la imagen política del Sr. Pacchiano.

D. El Procedimiento EIA y la Resolución de 2018 fueron realizadas de conformidad con la legislación ambiental

147. Como ya se ha señalado anteriormente, las alegaciones de Odyssey son confusas y contradictorias ya que, por un lado, afirma que sus reclamaciones no buscan "apelar una decisión ambiental adversa, ni tampoco le está solicitando al Tribunal que evalúe de nuevo la MIA",[276] sin embargo, por otro lado, la Demandante afirma que la controversia de este arbitraje "se centra en si

---

273 Memorial de Réplica, ¶ 111.

274 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 20.

275 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 4 d) y 19. Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 80-81.

276 Memorial de Réplica, ¶ 17.

la evidencia científica y empírica demuestran que el Proyecto [Don Diego] fue denegado ilegítimamente".[277] Independientemente de la pretensión de Odyssey, la función del Tribunal no consiste en fungir como un tribunal de apelación, ni realizar un análisis *de novo* de la solicitud MIA 2015 de ExO y de la Resolución de 2018 de la DGIRA.[278]

148. Aunque Odyssey busca impugnar diversos aspectos de la Resolución de 2018 —la cual es una decisión administrativa de índole técnica, jurídica y científica de más de 500 páginas—, es de explorado derecho en arbitraje de inversión conforme al TLCAN que la insatisfacción de un inversionista con el resultado de una decisión emitida por una autoridad pública no significa que ésta sea violatoria al Tratado.[279]

149. En este sentido, la Demandada refutará las críticas formuladas por Odyssey, sus peritos y sus testigos en contra de la Resolución de 2018, pero es enfática en que el hecho de que no se aborde alguna de ellas no significa que México las consiente. Por el contrario, al tratarse de cuestiones que ya fueron analizadas por la DGIRA —el ente técnico-científico especializado y facultado en decidir en materia de solicitudes de manifestación de impacto ambiental—,[280] el Tribunal debería otorgarle el margen de deferencia apropiado por ser la entidad administrativa y reguladora facultada en pronunciarse sobre cuestiones técnicas y científicas.[281]

1. La aplicación del artículo 35 III (b) de la LGEEPA se realizó de manera razonable y conforme a derecho

150. Odyssey alega que la Resolución de 2018 es violatoria del TLCAN debido a que, a su consideración, la DGIRA aplicó de forma incorrecta el artículo 35 III (b) de la LGEEPA. Como ya ha sido señalado anteriormente, esta disposición establece las causales por las cuales la DGIRA puede negar una solicitud MIA. Al respecto, la parte relevante de dicha disposición establece:

> ARTÍCULO 35. Una vez presentada la manifestación de impacto ambiental, la Secretaría iniciará el procedimiento de evaluación, para lo cual revisará que la solicitud se ajuste a las formalidades previstas en esta Ley, su Reglamento y las normas oficiales

---

277 Memorial de Réplica, ¶ 19.

278 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 2, 5, 469.

279 *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo, 1º de noviembre de 1999, ¶ 83. **RL-0009**

280 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 2, 5, 469.

281 *Joshua Dean Nelson and Jorge Blanco v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo, 5 de junio de 2020, ¶257, **CL-0127**. S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2001, ¶ 263, **CL-0103**.

> mexicanas aplicables, e integrará el expediente respectivo en un plazo no mayor de diez días.
>
> […]
>
> Una vez evaluada la manifestación de impacto ambiental, la Secretaría emitirá, debidamente fundada y motivada, la resolución correspondiente en la que podrá:
>
> […]
>
> III. Negar la autorización solicitada, cuando:
>
> […]
>
> b) La obra o actividad de que se trate pueda propiciar que una o más especies sean declaradas como amenazadas o en peligro de extinción o cuando se afecte a una de dichas especies, […][282]

151. De conformidad con el Artículo 35 III (b) de la LGEEPA, la DGIRA tiene la facultad de rechazar la AIA de un proyecto cuando sus obras o actividades *i)* pueden dar lugar a que una o más especies se declaren amenazadas o en peligro de extinción; o *ii)* afecten a una especie amenazada o en peligro de extinción. La redacción y el propósito de la ley ambiental en México es clara pues regula dos supuestos, a saber, *i)* la mera declaración y *ii)* la afectación de especies en dos categorías de riesgo perfectamente identificables, *i.e.*, especies amenazadas o en peligro de extinción.[283] De hecho, la DGIRA ya ha interpretado de esta forma dicha disposición,[284] tal como se aborda más adelante.

152. Así, de conformidad con el primer supuesto, si la obra o actividad de un proyecto puede provocar la declaración de amenaza o peligro de extinción de una o más especies, entonces el proyecto debe negarse. Con mayor razón, y conforme al segundo supuesto, basta la mera afectación de una o más especies amenazadas o en peligro de extinción para que el proyecto sea susceptible de negarse. Es obvio que la afectación de una especie —que ya está amenazada o en peligro de extinción— puede darse cuando la obra o actividad afecta incluso a un individuo de la especie.

153. A pesar de lo anterior, la Demandante busca generar controversia en la aplicación e interpretación de esta disposición legal. Por un lado, Odyssey alega que la DGIRA puede rechazar

---

282 LGEEPA, **C-0014.**

283 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 84.

284 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99 y 100.

una MIA cuando el proyecto en cuestión afecte a toda una especie en peligro de extinción.[285] Por otro lado, la postura adoptada por la DGIRA en la Resolución de 2018 —y compartida por Solcargo-Rábago — consiste en que la DGIRA podrá rechazar la MIA de un proyecto cuando éste afecte a toda una especie o a individuos que conforman poblaciones de una especie en peligro de extinción.[286]

154. Sin perjuicio de que en el texto de la ley no se califica de ninguna manera la afectación (significativa, mínima, etc.),[287] ni se encuentra el término "toda", que la Demandante y su experto utilizan para formular la distinción superflua entre especie e individuo, la Demandada considera ociosa esta discusión. El hecho de que una especie se considere en peligro de extinción se debe justamente a que existe una crítica mortandad de individuos y poblaciones de una especie. La propia Resolución de 2018 explica esta situación:

> Esta DGIRA advierte que, pese a que en otros apartados de la IF [información faltante] e incluso en la IA la promovente señala que el proyecto no afecta en forma alguna a las tortugas marinas, particularmente la Caretta caretta que, en su fase juvenil, tiene como hábitat el Golfo de Ulloa y que también se encuentra en la AP, pues según indica estas se hayan a veinte metros de profundidad, mientras que las actividades de dragado se realizarán a mayores profundidades, el proponer medidas de mitigación de impactos sobre las tortugas Caretta Caretta pone de manifiesto que la promovente sí prevé impactos directos sobre individuos de tortugas, derivados de las actividades de dragado, razón por la que, sin importar si la afectación se dé sobre un individuo o varios, es claro que tratándose de una especie clasificada en peligro de extinción cualquier afectación merece especial atención, de ahí que no sea aceptable lo señalado por la promovente en el sentido de que las potenciales muerte de tortugas marinas por el proyecto no sean relevantes […][288]

155. Afirmar que la aplicación del Artículo 35 III (b) de la LGEEPA está limitada a la afectación de toda una especie volvería nugatoria la inclusión de especies en protecciones especiales conforme a clasificaciones nacionales e internacionales.[289]

156. La Demandante y sus expertos han evitado hacer mención a la NOM-59-SEMARNAT, la cual enlista a varias especies en peligro de extinción, incluidas la tortuga *Caretta caretta* y la

---

285 Memorial de Réplica, ¶¶ 22-25. Segundo Informe Héctor Herrera, ¶¶ 56, 57 y 62.

286 *Ver* Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 515-516, **C-0008**. Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 89.

287 Artículo 35 III (b) de la LGEEPA, **C-0014.**

288 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 503-504, **C-0008.**

289 Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶ 190.

ballena gris. La NOM-059-SEMARNAT también establece metodologías y estándares para determinar las distintas categorías de riesgo de especies en peligro de extinción.[290] Algunos de estos criterios incluyen factores reales y potenciales que producen la disminución del tamaño de poblaciones de especies, *e.g.*, deterioro genético; modificaciones en el hábitat; rareza (*i.e.*, aquellas cuyas poblaciones son escasas de manera natural), singularidad o relevancia taxonómica, ecológica, o atributos intrínsecos de una especie.[291]

157. Parte de los problemas de la MIA del Proyecto Don Diego se debe a que incluyó información deficiente con relación al número de individuos de tortuga *Caretta caretta*, sin dejar a un lado el hecho de que el Golfo de Ulloa es un hábitat crítico para esta especie en peligro de extinción.[292] El siguiente fragmento de la Resolución de 2018 es relevante:

> En conclusión, de conformidad a la mejor información científica disponible con base en los resultados obtenidos de Seminoff et al. (2006), el Golfo de Ulloa es un área que durante mucho tiempo se ha considerado un hábitat crítico para los juveniles de tortuga Caretta caretta. Conforme a los estudios de Peckham et al. (2007, 2008) y Koch et al. (2013) retomados por Seminoff 2014, es un área de vital importancia para una proporción importante de toda la población de la tortuga *Caretta caretta* del Pacífico Norte.[293]

158. Si bien el ejemplo de la vaquita marina referido por Odyssey y el Dr. Sergio Flores es ilustrativo, éste es utilizado de forma incorrecta. La vaquita marina efectivamente es una especie animal en peligro de extinción, y la afectación de un individuo de esta especie claramente reduce su población y la sobrevivencia de toda la especie.[294] La población de la tortuga *Caretta caretta* no se encuentra en la misma situación crítica que la vaquita marina, pero eso no significa que la autoridad pueda autorizar de forma permisiva el incremento de la mortandad de individuos de este tipo de tortuga marina. El Programa de Ordenamiento Ecológico Marino y Regional del Pacífico Norte (Programa OEMR-PN), publicado en 2018 por la SEMARNAT, brinda mayor contexto:

> Los escenarios tendencial y contextual revelaron cambios profundos de la población de ballena gris en las UGA. Estos cambios consisten en que en ambos escenarios se llega a un punto a partir del cual el número de individuos decrece de forma súbita.

---

290 *Ver* NOM-059-SEMARNAT, p. 19, **R-0038.**

291 NOM-059-SEMARNAT, p. 8, **R-0038**.

292 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 29, 67, 132 y 133. Informe Verónica Morales, ¶¶ 6 y 19. Informe Urbán-Viloria, ¶ 13.

293 Resolución de 2018, p. 287, **C-0009** (énfasis añadido).

294 Memorial de Réplica, ¶ 29. Segundo Informe de Sergio Flores, ¶¶ 32-33.

> […]
>
> Los escenarios tendencial y contextual sugieren que la población de tortuga amarilla puede permanecer viable, siempre y cuando no se capture más allá de cierto número de individuos.[295]

159. Resulta preocupante que Odyssey, el Dr. Herrera y el Dr. Sergio Flores minimicen las características de la tortuga *Caretta caretta* y su clasificación como especie en peligro de extinción. Esta especie animal realiza un fenómeno natural, consistente en un ciclo migratorio que comprende a las aguas del Golfo de Ulloa, donde permanece varios años en la etapa juvenil y subadulto, para posteriormente regresar a playas de Japón para reproducirse y anidar.[296] Como explicó el Biólogo Bermúdez, el Estado mexicano ha realizado esfuerzos significativos para lograr la conservación de esta especie dado su alto grado de vulnerabilidad.[297]

160. De manera desesperada, la Demandante y el Dr. Herrera realizan ejercicios numéricos y comparativos con base en nueve AIAs en las que, a su consideración, la DGIRA interpretó el Artículo 35 III (b) de la LGEEPA conforme a su posición en este arbitraje.[298] La pretensión de Odyssey y el Dr. Herrera es incorrecta.

161. *Primero*, ninguna de las AIAs identificadas por Odyssey y el Dr. Herrera están relacionadas con proyectos de dragado en el Golfo de Ulloa y el impacto de éste en, *inter alia*, tortugas *Caretta caretta* y ballenas grises.[299]

162. *Segundo*, la interpretación de la Demandante y del Dr. Herrera a estas nueve AIAs se realiza de manera aislada y sin brindar ningún elemento adicional que sustente su posición conforme el Artículo 35(III)(b) de la LGEEPA. Además, como fue señalado *supra*, la protección de especies en peligro de extinción sería fútil si la prohibición de autorizaciones de impacto ambiental dependiera de si el proyecto en cuestión afecta o puede afectar a <u>toda</u> una especie.[300]

---

295 Programa OEMR-PN, p. 20, **C-0438**.

296 Primera DT Benito Bermúdez, ¶ 15. Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 31, 32, 33 y 131. Informe Verónica Morales, ¶ 47.

297 Primera DT Benito Bermúdez, ¶ 24.

298 Memorial de Réplica, ¶¶ 25-26.

299 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 118. 122, 123 y 151.

300 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 84, 150 y 151.

163. *Tercero,* [redacted]. [redacted] y [redacted].[301] Los [redacted] y [redacted].[302] [redacted].[303] Con ello, el [redacted] pretende [redacted] lo cual es falso. Anteriormente la DGIRA ha utilizado el artículo 35(III)(b) de la LGEEPA como fundamento jurídico para negar una autorización de MIA, *i.e.*, en el caso "Central Termoeléctrica Rosarito".[304] De hecho, la aplicación e interpretación de dicha disposición en ese caso coincide con la interpretación de la Demandada y de Solcargo-Rábago, tal como se refleja en las dos denegatorias del Proyecto Don Diego.

164. La Demandante y el Dr. Herrera no han identificado un fundamento legal —ya sea en una ley nacional o en algún tratado internacional suscrito por México— en el que expresamente se establezca que las autorizaciones de proyectos ambientales deben ser rechazadas cuando pongan en riesgo a <u>toda</u> una especie en peligro de extinción, el cual claramente no encontrarán porque sencillamente no existe.[305]

165. Nuevamente, el artículo 35(III)(b) de la LGEEPA no contiene el término "toda" con el cual la Demandante pretende hacer la distinción superflua entre "individuo" y "especie" a fin de sustentar su interpretación *ad hoc* a dicha disposición. La lógica detrás de este artículo es la misma *i.e.*, la protección de las especies amenazadas y peligro de extinción, evitando que una especie cuya categoría de riesgo ya es amenazada sea eventualmente declarada en peligro o bien, que una especie que ya está en peligro de extinción sufra una afectación, lo cual evidentemente puede

---

301 *Ver* AIA de la MIA "recinto minero El Concheño", p. 74, **C-0345**; AIA de la MIA "recinto minero Tayaha", p. 66, **C-0346**; AIA de la MIA "Recinto Minero Ana Paula", p. 98, C-0348; AIA de la MIA "Proyecto de Explotación Minera Los Gatos", p. 114, **C-0348**; AIA de la MIA "Central La Jacaranda", p. 55, **C-0350**; AIA de la MIA "Plantas Metalúrgicas", pp. 85-86, **C-0351**, y AIA de la MIA "Planta CIL Los Filos", p. 61, **C-0352.**

302 Primera DT [redacted], ¶ 2. Primera DT [redacted], ¶ 2.

303 Primera DT [redacted], ¶ 34 y Segunda DT [redacted], ¶ 27.

304 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 99 y 100.

305 Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶ 189.

ocurrir cuando se afecta a un individuo de la especie, sin que sea necesario afectar a todos los individuos de toda la especie,[306] como erróneamente lo sugiere la Demandante.

166. En todo caso, es de hacer notar que en 2019 ExO impugnó ante el TFJA la legalidad de la Resolución de 2018 argumentando, *inter alia*, la forma en la que DGIRA aplicó el artículo 35(III)(b) de la LGEEPA.[307] Inclusive, ExO hizo mención a la AIA del Proyecto Manzanillo, justamente como el Dr. Herrera lo realizó en su segundo informe pericial.[308] Con esto se confirma que la Demandante busca que el Tribunal se pronuncie sobre cuestiones interpretativas del derecho ambiental mexicano que son propias de los tribunales domésticos.

167. La Demandante y el [redacted] pretenden hacer creer al Tribunal que la Resolución de 2018 negó la AIA del Proyecto Don Diego porque la muerte de un solo individuo de tortuga *Caretta caretta* ponía en riesgo la viabilidad biológica de la especie, conforme el Artículo 35(III)(b) de la LGEEPA.[309] Esa postura es incorrecta. El problema no es la muerte de un solo individuo de tortuga *Caretta caretta*, sino que ExO no aportó evidencia científica suficiente en la MIA 2015 para determinar cuántos ejemplares podían verse afectados por las actividades del Proyecto Don Diego.[310] La siguiente transcripción da muestra de ello:

> Cabe mencionar, que la promovente levantó datos de campo bajo una campaña de avistamiento de tortugas del 1 al 13 de agosto de 2013 conforme a la IF proporcionada por la promovente, cuya campaña solo fue de 13 días y que difiere en temporalidad y tiempo de recolección de datos con los estudios de avistamiento de Seminoff et al. (2006), <u>sin que los resultados de los estudios de prospección y exploración de la promovente muestrén un análisis estadístico con rigor y metodología científica debido</u>

---

306 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 89 y 90.

307 Demanda de nulidad presentada el 19 de agosto de 2019 por ExO ante el TFJA, pp. 51, 74 y 78, **C-0186** ("Esta situación implica que la DGIRA negó la autorización aun y cuando no se reúnen los elementos de la hipótesis normativa del artículo 35, fracción III, inciso b), de la LGEEPA; y, en paralelo, que la DGIRA aplicó incorrectamente dicho precepto, a partir de la incorrecta concepción de que individuo, población y especie son conceptos intercambiables […] es claro que la DGIRA fundó su determinación de negar la autorización de la MIA partiendo de un indebido entendimiento del artículo 35, fracción III, inciso b), de la LGEEPA, el cual encuentra como límite que la afectación se genere a toda una especie entendida como el conjunto de individuos– y, en todo caso, que los impactos sean tales que puedan traducirse en una afectación en sí misma.").

308 Demanda de nulidad presentada el 19 de agosto de 2019 por ExO ante el TFJA, p. 51y 53, **C-0186**. Memorial de Réplica, ¶¶ 25 y 26. Primer Informe Héctor Herrera, ¶ 56. Segundo Informe Héctor Herrera, ¶¶ 63-64.

309 Segundo Informe de Sergio Flores, ¶ 25.

310 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 24, 26, 113, 116 y 145.

> a que solo observó tres individuos de tortugas marinas. Lo cual crea incertidumbre a esta DGIRA la falta de información y colecta de datos en el AP.
>
> […]
>
> Al respecto, esta DGIRA de la información analizada en los párrafos que anteceden, puede concluir que científicamente el hábitat corresponde a toda la columna de agua desde la superficie hasta el fondo marino, sin que puedan hacerse distinciones, ni técnicas ni jurídicas, en el sentido de que un hábitat se circunscribe solo a determinados porciones dentro de una superficie. Una aseveración en ese sentido, favorecería interpretaciones que tendrían como consecuencia la fragmentación del hábitat.[311]

168. Cabe precisar que el Dr. Seminoff en su Declaración Testimonial presentada junto con el Memorial de Dúplica, confirma que, con base en su trabajo de investigación como experto en el estudio del comportamiento de la especie de tortuga *Caretta caretta*, la presencia de ésta especie se da en todo el Golfo de Ulloa. Consecuentemente, y al tratarse de criaturas curiosas, incluso con la implementación de los mecanismos más exigentes de mitigación, no se puede afirmar que el Proyecto Don Diego no impactará en la población de esta especie, particularmente si se considera que hay más de 40,000 tortugas en esa área.[312]

169. En cualquier caso, la Demandada considera inapropiado e improcedente que se reclame la interpretación de una disposición de la LGEEPA como una violación al TLCAN, especialmente cuando también presenta esa misma reclamación ante un tribunal nacional cuyo procedimiento permanece *sub judice*.

2. Las alegaciones de la Demandante y sus expertos en torno a los instrumentos emitidos por el Estado mexicano para proteger a la tortuga *Caretta caretta* en el Golfo de Ulloa son confusas e incorrectas

170. Resulta desconcertante que la Demandante, los [redacted] y [redacted] y el Dr. Sergio Flores confundan el contenido de la Resolución de 2018 y el contenido de ordenamientos jurídicos emitidos por la SAGARPA y la SEMARNAT para proteger a las poblaciones de tortuga *Caretta caretta* que habitan en el Golfo de Ulloa, con el único propósito de alegar que "[redacted]

311 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 287, 291-295. **C-0009** (énfasis añadido).

312 DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

[redacted]".[313]

171. Como punto de partida, no hay duda de que el Proyecto Don Diego hubiera afectado a la tortuga *Caretta caretta*.[314] A pesar de que Odyssey lo califica como "extremadamente conservador", en la propia MIA 2015, ExO, *motu proprio,* reconoció que las actividades de dragado del Proyecto Don Diego podían matar ejemplares de esta especie.[315] Eso significa que existía un riesgo de que el dragado del Proyecto Don Diego podía ocasionar la muerte de ejemplares de tortuga *Caretta caretta*, siendo así una causa antropogénica (*i.e.*, por causas humanas) que elevaría la mortalidad de dicha especie.[316]

172. Dada la relevancia del Golfo de Ulloa, el Estado mexicano, efectivamente, ha decretado diversos instrumentos para proteger el Golfo de Ulloa y las especies en peligro de extinción que habitan en él, incluido: *i)* el Acuerdo de Refugio Pesquero publicado en 2015 por la SAGARPA; *ii)* el Acuerdo de Refugio Pesquero publicado en 2016 por la SAGARPA; *iii)* el Acuerdo de Refugio Pesquero publicado en 2018 por la SAGARPA; *iv)* el Acuerdo que establece al Golfo de Ulloa como refugio para la tortuga *Caretta caretta* publicado en 2018 por la SEMARNAT, y *iv)* el Programa OEMR-PN publicado en 2018 por la SEMARNAT.[317]

173. La pesca es una actividad que puede afectar especies en peligro de extinción.[318] Al parecer la Demandante busca criticar el hecho que autoridades mexicanas han establecido un límite de mortalidad de tortuga *Caretta caretta* como consecuencia de actividades pesqueras. Esto se debe

---

313 Primera DT [redacted], ¶¶ 35-36. Primera DT [redacted], ¶ 13. Memorial de Réplica, ¶¶ 43, 225.

314 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 16, 42, 87, 127, 140, 142, y 149. Informe Verónica Morales, ¶¶ 51-68.

315 Memorial de Réplica, ¶ 32.

316 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 86.

317 Acuerdo de Refugio Pesquero de SAGARPA del 10 de abril de 2015. **R-0035**. Acuerdo de Refugio Pesquero de SAGARPA del 23 de junio de 2016, pp. 1-9. **C-0010.** Acuerdo por el que se amplía la vigencia de la zona de refugio pesquero y nuevas medidas de SAGARPA del 25 de junio de 2018. **C-0011**. Acuerdo por el que se para la tortuga amarilla de SEMARNAT del 5 de junio de 2018, **R-0040**. Acuerdo que establece el área de refugio para la tortuga amarilla de SEMARNAT del 5 de junio de 2018. **R-0040**. Programa de Ordenamiento Ecológico Marino y Regional del Pacífico Norte publicado el 9 de agosto de 2018 por la SEMARNAT. **C-0438**.

318 *Ver* Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶ 188.

a que la pesca es una importante fuente de recursos en la zona de Baja California Sur, justamente como fue explicado en el Memorial de Contestación.[319] Las preocupaciones de los habitantes y pescadores de Comondú sobre el Proyecto Don Diego manifestadas durante el PEIA de la MIA 2015 dan prueba de ello.[320] No es inusual que un gobierno autorice la "captura incidental" de tortugas y mamíferos marinos en operaciones de pesca, junto con evaluaciones de poblaciones animales. De hecho, el Departamento de Pesca de la NOAA de EE. UU. emite dichos permisos.[321]

174. Los Acuerdos de Refugio Pesquero emitidos por la SAGARPA (una Secretaría de Estado distinta a la SEMARNAT) tienen como objeto resolver los efectos que actividades de pesca producen en especies que se encuentran sujetas a regímenes de protección (*e.g.*, la tortuga *Caretta caretta*) y reducir la posible interacción de la pesca con estas especies.[322] A través de los Acuerdos de Refugio Pesquero, el Estado mexicano estableció un límite de mortalidad de 90 ejemplares de tortugas *Caretta caretta* al año por consecuencia de actividades pesqueras y, en caso de superarse este límite, se deben suspender las operaciones de pesca comercial con la finalidad de no afectar más ejemplares.[323]

175. Los Acuerdos de Refugio Pesquero y los límites de mortalidad establecidos en ellos forman parte de una política pública de conservacionismo encaminada a ponderar las actividades de pesca (una actividad económica esencial para miles de personas que habitan en las costas de Baja California Sur) y la protección de una especie en peligro de extinción.[324] Los propios Acuerdos de

---

319 Memorial de Contestación, ¶ 299.

320 Memorial de Contestación, ¶¶ 299-301.

321 *Ver* Permiso No. 16230 que autoriza la captura incidental de cinco especies de tortugas marinas amenazadas y en peligro de extinción en la pesquería con redes de enmalle. **R-0210**. Certificado de diciembre 29, 2020 que autoriza a los pescadores de la pesquería de atún del Pacífico Sur con redes de cerco a matar y herir a los mamíferos marinos. **R-0211**.

322 Acuerdo de Refugio Pesquero del 23 de junio de 2016, p. 2. **C-0010**.

323 Acuerdo de Refugio Pesquero del 23 de junio de 2016, pp. 2 y 5. **C-0010**.

324 Durante el Procedimiento EIA de Don Diego, el INAPESCA presentó una opinión técnica ante la DGIRA, [redacted], en la que enfatizó la importancia comercial de la pesca en la Zona del Golfo de Ulloa, identificó deficiencias en la MIA 2015 y resaltó sus preocupaciones sobre un proyecto a largo plazo y el efecto del cambio climático ("Se ha revisado detalladamente la MIA, así como la información adicional proporcionada por el promovente. En la documentación revisada no se encuentra ningún análisis cuantitativo sobre el efecto de las operaciones de dragado en las pesquerías, tan sólo aseveraciones cualitativas […] Adicionalmente, y dado que el promovente manifiesta su interés de continuar con actividades directas de extracción por un plazo de 50 años (hasta al menos el año 2065); es de particular atención considerar de manera formal lo siguiente: Los efectos potenciales del cambio

Refugios Pesqueros establecen que solo serán cuantificados ejemplares de tortuga *Caretta caretta* que hayan muerto por actividades pesca y no por causas naturales o por otras causas antropogénicas como, por ejemplo, minería marina.[325]

176. Durante la producción de documentos, la Demandada exhibió dos opiniones técnicas elaboradas en 2015 y 2016 por el INAPESCA, referidas en el Acuerdo de Refugio Pesquero de 2016 de SAGARPA.[326]

177. Estas opiniones técnicas no están relacionadas con actividades de minería marina y mucho menos con el Proyecto Don Diego.[327] El análisis del INAPESCA tuvo como finalidad confirmar que el INAPESCA no tenía objeción alguna en que se decretara como refugio pesquero la costa occidental de Baja California Sur, y explicó las metodologías mediante las cuales determinó el límite de mortalidad de 90 ejemplares de tortuga *Caretta caretta* con la ayuda de centros de investigación y de conformidad con metodologías científicas.

> Bajo la coordinación de la Comisión Nacional de Áreas Naturales, dependiente de la SEMARNAT, los Centros de Investigación CICIMAR, CIBNOR y la Universidad Autónoma de Baja California Sur iniciaron en 2013 un estudio interinstitucional e interdisciplinario con el objetivo de conocer las causas de las muertes de la tortuga amarilla en el Golfo de Ulloa. Los resultados del informe final del "Estudio sobre las causas de muerte de la tortuga amarilla "(Caretta caretta) en la costa occidental de Baja California Sur (Golfo de Ulloa)", presentados por tres Centros de investigación no fueron concluyentes, dada la multiplicidad de factores identificados como causantes de la muerte de tortugas amarillas encontradas en las playas.
>
> […]
>
> Con el fin de aportar una posible solución al conflicto entre el sector conservación y la pesca en esa zona […] se presenta un análisis usando como herramientas la combinación de un modelo geoespecacial con uno de simulación dinámica, a través de los cuales se

---

climático. Para el año 2050 la mayoría de los efectos del cambio climático serán palpables en la mayor parte del planeta. En la región de la costa occidental de Baja California, estos efectos son ya medible en este momento y han comenzado a alterar los patrones de distribución y abundancia de importantes poblaciones de interés pesquero […] Se deberán minimizar los potenciales conflictos en el largo plazo entre el proyecto presentado [Don Diego] y la industria de maricultura a gran escala."), pp. 6 y 10. **R-0133.**

325 Acuerdo de Refugio Pesquero del 10 de abril de 2015, p. 5. **C-0035**. Acuerdo de Refugio Pesquero del 23 de junio de 2016, p. 5. **C-0010**.

326 Opinión técnica del 3 de junio de 2016 del INAPESCA. **C-0347**. *Ver* Resolución Procesal 3, p. 37. Acuerdo de Refugio Pesquero publicado el 23 de junio de 2016 por la SAGARPA, p. 2. **C-0010** ("Que el Instituto Nacional de Pesca ha recomendado mediante su opinión técnica establecida con oficio número RJL/INAPESCA/DGAIPP/0790/2016, ratificar el límite de mortalidad por pesca, para la especie de tortuga amarilla o caguama (*Caretta caretta*) de 90 ejemplares por año en toda la Zona de Refugio Pesquero, considerando el enfoque precautorio.").

327 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 23-24.

> estimó la vulnerabilidad de la población de juvéniles de tortuga amarilla en términos de riesgo o probabilidad de reducción del tamaño población en 100 años.
>
> […]
>
> Como recomendación [del estudio] se señala que "[...] la captura incidental en el Golfo de Ulloa no debe superar un total de 200 individuos por temporada", por lo que se recomienda que "… la captura incidental total de tortuga amarilla en el Golfo de Ulloa no podrá sobrepasar 200 individuos por año. Al sobrepasarse este número, todas las actividades de aprovechamiento pesquero […] deberán suspenderse hasta el siguiente año", ya que "… de sobrepasarse este límite máximo de captura incidental total por año, el riesgo de perder el 25% de la población de tortuga amarilla en el Golfo de Ulloa es inaceptable".
>
> Esta recomendación es análoga a la establecida por Estados Unidos […] donde la pesca se cierra con 34 interacciones con la tortuga amarilla.
>
> Sin embargo, considerando que [...] la especie se encuentra en peligro de extinción, bajo un enfoque precautorio orientado hacia la recuperación de la población de la tortuga amarilla, el valor de *c*. debe ser menor que uno.
>
> Por lo anterior, se propone como valor aceptable para favorecer la recuperación de esa especie y al mismo tiempo permitir la pesca como actividad económica un máximo de 90 tortugas por temporada, equivalente 0.45 tortugas por embarcación por temporada, en lugar de las 200 propuestas en el estudio analizado.[328]

178. Como se puede observar, en ningún momento la SEMARNAT o el INAPESCA propusieron que la captura incidental de tortuga *Caretta caretta* se limitara a 200 individuos, como afirma la Demandante.[329] Las opiniones técnicas del INAPESCA únicamente hicieron referencia a un estudio que recomendó no sobrepasar la mortalidad de 200 individuos por año. Sin embargo, debido al carácter de la tortuga amarilla como especie en peligro de extinción, el INAPESCA determinó un límite de mortalidad menor, *i.e.*, 90 ejemplares.

179. Al parecer la Demandante pretende comparar actividades de pesca con las operaciones de dragado del Proyecto Don Diego, con la finalidad de argumentar que el impacto del Proyecto Don Diego sobre la tortuga *Caretta caretta* fue adecuadamente abordado en la MIA 2015, situación que no es comprable, ya que el proyecto sería una fuente adicional de mortandad a la previamente analizada y considerada por la SEMARNAT y el INAPESCA.[330]

180. Nuevamente, la decisión de declarar el Golfo de Ulloa un refugio para la tortuga *Caretta caretta* y limitar la mortandad de esta especie bajo una permisión excepcional limitada a 90

---

328 Opiniones técnicas de INAPESCA del 23 de marzo de 2015 y 3 de junio de 2016, pp. 8-9. **C-0347.**

329 Memorial de Réplica, ¶ 38.

330 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 86.

ejemplares al año forma parte de una política pública de conservacionismo.[331] Lo anterior es un ejemplo del ejercicio soberano de un Estado de regular e implementar medidas y políticas de naturaleza ambiental, de conformidad con el Artículo 1106.6 del TLCAN, el Artículo IV de la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (CIT)[332], y los Artículo 3 y 6 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).[333]

181. Por otro lado, la Demandante critica que ni la Resolución de 2016 ni la Resolución de 2018 hicieron referencia al Programa OEMR-PN, el cual ha sido denominado como "el estudio no divulgado de la SEMARNAT".[334] Este instrumento fue publicado el 9 de agosto de 2018, *i.e.*, dos años después de la Resolución de 2016 y dos meses antes de la emisión de la Resolución de 2018. Por cuestiones obvias, la DGIRA no pudo plasmar el contenido textual del Programa OEMR-PN en las Resoluciones de 2016 y 2018.

182. Sin embargo, la Demandante ignora que dentro del Procedimiento EIA de la MIA 2015, [redacted] la opinión técnica de la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial de la SEMARNAT (Dirección de Política Ambiental) para que determinara si el Proyecto Don Diego era congruente con el Programa OEMR-PN, en ese entonces

---

331 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 23-24.

332 Artículo IV de la CIT ("IV. 1. Cada Parte tomará las medidas apropiadas y necesarias, de conformidad con el derecho internacional y sobre la base de los datos científicos más fidedignos disponibles, para la protección, conservación y recuperación de las poblaciones de tortugas marinas y de sus hábitats […] 2. c. En la medida de lo posible, la restricción de las actividades humanas que puedan afectar gravemente a las tortugas marinas […] h. La reducción al mínimo posible de la captura, retención, daño o muerte incidentales de las tortugas marinas durante las actividades pesqueras, mediante la regulación apropiada de esas actividades […] 3.a. Cada una de las Partes podrá permitir excepciones al inciso 2(a) para satisfacer necesidades económicas de subsistencia de comunidades tradicionales,"). **RL-0080.**

333 Convenio sobre la Diversidad Biológica, ("Artículo 3. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. **RL-0081.**
Artículo 6. Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares:
a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica […] b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales.")

334 Memorial de Réplica, ¶¶ 39-40.

aún pendiente de ser finalizado y publicado.[335] El 19 de octubre de 2015, la Dirección de Política Ambiental emitió la opinión técnica [redacted] y concluyó que Don Diego no era congruente con lo establecido en el Programa OEMR-PN.[336]

183. La Demandante también critica que el Memorial de Contestación y el Primer Informe de Solcargo-Rábago no analizaron el Programa OEMR-PN porque, a su consideración, "el estudio [Programa OEMR-PN] […] demuestra inequívocamente que la Denegatoria del Proyecto de parte de la SEMARNAT sobre la base del supuesto impacto sobre la *Caretta caretta* era completamente infundado e ignoró la evidencia contemporánea que demostraba que el Proyecto no tendría impacto alguno".[337]

184. Al parecer, la Demandante olvida que el Biólogo Bermúdez hizo énfasis en la importancia de este instrumento para la protección del Golfo de Ulloa y la tortuga *Caretta caretta*.

> Debido a la relevancia del Golfo de Ulloa en el ciclo de vida de la tortuga amarilla y para asegurar su protección, el sitio fue declarado como "área de refugio de vida silvestre para la tortuga amarilla" en el año 2018.
>
> En 2018 se finalizó el Programa de Ordenamiento Ecológico Marino y Regional del Pacífico Norte, incluyendo también el área que comprende el Golfo de Ulloa. Este documento es producto de años de trabajo y tiene como finalidad preservar las condiciones ambientales que soportan una población mínima viable de tortuga amarilla; prevenir los efectos subletales sobre especies prioritarias ocasionados por actividades de aprovechamiento; prevenir los desequilibrios ecológicos generados por impactos ambientales directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos del aprovechamiento pesquero y de actividades mineras en fondo marino; preservar la integridad funcional de las zonas de alta productividad biológica de los ecosistemas neríticos (bajos) y del Centro de Actividad Biológica del Golfo de Ulloa, que soportan el hábitat de especies prioritarias y el aprovechamiento de especies objetivo para la pesca.[338]

185. El Programa OEMR-PN y el Acuerdo de Refugio de la tortuga amarilla son dos instrumentos de la SEMARNAT publicados en 2018 y encaminados a proteger la tortuga *Caretta caretta*, la cual está sujeta a "fuertes presiones antropogénicas, lo que ha propiciado el diseño y aplicación de políticas de conservación cuyo objetivo fundamental es la recuperación de las

---

335 Resolución de 2019 de la DGIRA, p. 5. **C-0009**. [redacted] **R-0078** ("[…] en virtud de que existe el proyecto de "Programa de Ordenamiento Ecológico Marino y Regional del Pacífico Norte", y que se encuentra en proceso de gestión para su publicación y entrada en vigor y por lo tanto no es jurídicamente aplicable al proyecto").

336 Opinión técnica de la Dirección de Política Ambiental del 19 de octubre de 2015, p. 4. **R-0131.**

337 Memorial de Réplica, ¶ 40.

338 Primera DT Benito Bermúdez, ¶¶ 16-17 (énfasis añadido).

poblaciones de los citados quelonios".[339] Muestra de ello son los siguientes extractos del Programa OEMR-PN:

- Privilegiar la protección del hábitat de la tortuga *Caretta caretta* sobre las actividades mineras del fondo marino.[340]
- Disminuir la tasa de mortalidad de las poblaciones de tortuga amarilla – evidentemente conformadas por individuos de esta especie – a través de un aprovechamiento pesquero sustentable.[341]
- Al igual que los Acuerdos de Refugio Pesquero, establece un límite de mortalidad de 90 individuos de tortuga *Caretta caretta* por captura incidental de pesca.[342]
- Reconoce que una mortalidad mayor a 200 individuos al año por acciones antropogénicas en el Golfo de Ulloa consiste en un nivel de riesgo inaceptable para la viabilidad de la especie a largo plazo.[343]
- Identifica a la minería marina y su infraestructura, y en específico la extracción de fosforita, como un problema y conflicto ambiental con la conservación y pesca.[344]

186. La realidad es que las alegaciones de la Demandante sobre los Acuerdos de Refugio Pesquero, las opiniones técnicas de 2015 y 2016 del INAPESCA y el Programa OEMR-PN en nada apoyan sus reclamaciones, y tampoco demuestran la supuesta "poca probabilidad" de impactos de mortalidad en tortugas *Caretta caretta* durante las actividades del Proyecto Don Diego.

3. La Resolución de 2018 analizó la posible afectación de diversas especies, incluidas tortugas marinas y cetáceos

187. La Demandante afirma que la Resolución de 2018 no tomó en consideración el impacto del Proyecto en ballenas debido a que las preocupaciones de ONGs, autoridades nacionales, internacionales y centros de investigación fueron atendidos por ExO mediante la información

339 Acuerdo de refugio para la tortuga amarilla de SEMARNAT, p. 1. **R-0040**.

340 Programa OEMR-PN, p. 70. **C-0438**.

341 Programa OEMR-PN, p. 70. **C-0438**.

342 Programa OEMR-PN, p. 140. **C-0438**.

343 Programa OEMR-PN, p. 140. **C-0438**.

344 Programa OEMR-PN, p. 149. **C-0438**.

adicional que presentó durante el Procedimiento EIA.[345] Además, el Dr. Sergio Flores afirma que la Resolución de 2018 no sustenta científicamente ningún impacto negativo del Proyecto en ballenas que habitan el Golfo de Ulloa.[346] Ambas alegaciones son incorrectas.

188. La Resolución de 2018 describe con detenimiento los posibles efectos negativos del Proyecto Don Diego en especies en peligro de extinción y vulnerables, y realizó énfasis en la tortuga *Caretta caretta* y en la ballena gris.

189. Como fue explicado *supra*, la Resolución de 2018 consideró que 35 de 47 mamíferos marinos existentes en México, incluida la ballena azul, orca, lobo marino de californio, ballena jorobada y claramente la ballena gris (*ver* Imagen 1) y sujetas a protecciones especiales habitan el Golfo de Ulloa.[347]

Imagen 1. Ballena gris y Ballena jorobada

Fuente: Conanp, "100 años de conservación en México, 1917-2017". **R-0194**.

190. La Resolución de 2018 también consideró que cuatro tortugas marinas en peligro de extinción adicionales a la tortuga *Caretta caretta* habitan el Golfo de Ulloa.[348]

191. En lo que respecta a ballenas marinas, la Resolución de 2018 cuenta con una sección específica denominada "Golfo de Ulloa, Hábitat de Otras Especies", en la que se analizó

345 Memorial de Réplica, ¶¶ 72(d), 85.

346 Segundo Informe de Sergio Flores, ¶ 12(a).

347 Resolución de 2018 de la DGIRA, p. 473. **C-0009**.

348 Resolución de 2018 de la DGIRA, p. 473. **C-0009.**

información científica y fuentes académicas, con lo cual se determinó que las características ambientales del Golfo de Ulloa y su alta productividad y biodiversidad lo hacen un hábitat único de alimentación, refugio y reproducción de varias especias marinas vulnerables, tanto residentes como estacionales, lo cual fue considerado por la DGIRA al momento de negar la AIA del Proyecto Don Diego.[349]

192. Un aspecto no refutado por la Demandante es que el Golfo de Ulloa es un santuario ballenero reconocido internacionalmente.[350] Ante esta situación, algunas especies de cetáceos que habitan en el Golfo de Ulloa están protegidos por la NOM-059-SEMARNAT y la NOM-131-SEMARNAT, las cuales establecen lineamientos y especificaciones sobre la protección y conservación de su hábitat.[351]

193. Además, contrario a lo que la Demandante pueda señalar – incluidas las alegaciones *ex post facto* del Dr. Sergio Flores –, la CONANP consideró que la MIA 2015 no contenía información científica sobre la contaminación sonora producida por las actividades de dragado y su impacto en la ballena gris y otros mamíferos marinos, y sobre impactos directos, acumulativos y residuales en el comportamiento de la ballena gris.[352]

194. Asimismo, la Demandante ha omitido explicar que el Programa OEMR-PN hace énfasis en que las actividades de dragado constituyen un conflicto ambiental que afecta el hábitat de reproducción y crianza de ballena gris:

> Las ballenas (misticetos) tienen comportamientos acústicos complejos para llevar a cabo actividades vitales como la búsqueda de alimento, crianza de ballenatos, la migración, y la selección de compañero. Por lo tanto, el aumento de los niveles de ruido de fondo dentro de las bandas de frecuencia utilizadas por las ballenas puede disminuir su capacidad para enviar y recibir información, afectando negativamente a sus actividades vitales (Hatch, *et al.*, 2012). Se ha documentado que el ruido incrementa el riesgo del abandono de hábitat de las ballenas.[353]

---

349 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 295-317, 474-475, 507-508. **C-0009.**

350 Informe Urbán-Viloria, ¶¶ 11, 13 y 14.

351 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 87-88. NOM-0031-SEMARNAT. **R-0031**. NOM-059-SEMARNAT. **R-0038.**

352 Primera DT Benito Bermúdez, ¶ 22. Opinión técnica de la CONANP, pp.15-17, 15 y 32. **C-0006.**

353 Programa OEMR-PN, pp. 48, 53, 143. **C-0438**.

195. La Resolución de 2018 contiene más de 25 páginas dedicadas a analizar la situación de las ballenas en el Golfo de Ulloa y los posibles impactos causados por el Proyecto Don Diego.[354] La razón de ello se debe a que la relevancia del Golfo de Ulloa "radica en que es un ecosistema marino local y regional con gran importancia para la alimentación, refugio y reproducción de varias especies marinas vulnerables".[355]

4. La Demandante busca minimizar las preocupaciones de autoridades mexicanas, ONGs y organismos internacionales en torno a Don Diego

196. La Demandante argumenta que las opiniones técnicas recibidas por la DGIRA durante los Procedimientos EIA de la MIA 2014 y la MIA 2015 buscan "enmascarar" la falta de documentación y pruebas contemporáneas sobre la evaluación del Procedimiento EIA, y buscan "distraer" al Tribunal.[356] Esto también es incorrecto.

197. La Demandante y el [redacted].[357] [redacted] con frecuencia solicita este tipo de opiniones como parte de la evaluación de una MIA.[358] La Demandante tampoco refuta el hecho de que la DGIRA recibió opiniones adicionales [redacted] y que formaron parte del Procedimiento EIA de la MIA 2015, principalmente provenientes de ONGs.[359]

198. La Demandante y sus testigos afirman que la AIA del Proyecto Don Diego fue negada por motivaciones políticas. Si eso fuera cierto —lo cual se rechaza— [redacted]

---

354 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 295-317, 474-475, 507-508. **C-0009.**

355 Resolución de 2018 de la DGIRA, p. 507. **C-0009.**

356 Memorial de Réplica, ¶ 67.

357 Memorial de Contestación, ¶¶ 215 y 305.

358 Segunda DT [redacted], ¶ 15.

359 Memorial de Contestación, ¶¶ 279-284.

[redacted]. Esto demuestra que no hay congruencia en las reclamaciones de Odyssey y los hechos.

199. Contrario a lo que Odyssey y sus testigos y expertos infieren, la Demandada no ha señalado que las opiniones [redacted] fueran vinculantes para la DGIRA.[360] Como lo explicó Solcargo-Rábago en su primer informe pericial, todas las opiniones que la DGIRA recibió durante el Procedimiento EIA constituyen un elemento útil para "aportar a la DGIRA elementos adicionales que orienten su resolución", lo cual efectivamente sucedió.[361]

200. Con base en las opiniones técnicas recibidas, la DGIRA informó a ExO que existían insuficiencias e incongruencias en la MIA 2015, y solicitó a ExO que ampliara, rectificara o aclarara la información relacionada con el Proyecto Don Diego.[362] Es decir, debido a las preocupaciones reflejadas en las opiniones técnicas requeridas por la DGIRA, ExO presentó " "información adicional", información faltante" e "información en alcance o complementaria", la cual fue analizada por la DGIRA al momento de emitir la Resolución de 2018.[363] Sin embargo, esa información adicional o información faltante no respondió los cuestionamientos e inquietudes de la autoridad.

201. Resulta sumamente cuestionable que la Demandante y sus testigos afirmen, por un lado, que las preocupaciones de terceras partes (*e.g.*, CONANP) fueron atendidas exitosamente por ExO mediante la información adicional que presentó en el PEIA y, por otro lado, pretendan señalar que la DGIRA no tomó en consideración las opiniones técnicas [redacted], principalmente si se toma en cuenta que algunas de ellas fueron emitidas por reconocidos centros de investigación, autoridades y organismos internacionales.[364]

202. La Demandada no considera necesario volver a explicar en este Memorial de Dúplica todas las preocupaciones que autoridades, ONGs, organismos internacionales y centros de

---

360 Memorial de Réplica, ¶ 69.

361 Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶ 103.

362 Memorial de Contestación, ¶¶ 306-307. Oficio del 30 de octubre de 2015 de la DGIRA, p. 1. **C-0004.**

363 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 1, 515, **C-0009.**

364 Memorial de Réplica, ¶¶ 70-71.

investigaciones comunicaron a la DGIRA durante el Procedimiento EIA de la MIA 2015, pero los siguientes ejemplos son ilustrativos:

- El *World Heritage Centre* de la UNESCO señaló que "[*t*]*he submitted EIA does not evaluate potential impacts of the Project on the Outstanding Universal Value (OUV) of the Whale Sanctuary El Vizcaino property […] particular attention should be paid to the assessment of potential direct impacts on the marine species, such as the grey and the blue whale, as well as four species of marine turtles*".[365]
- Los científicos de *The Society for Marine Mammalogy* concluyeron que "[*t*]*he study incorrectly interpreted available information and in other cases there was a lack of sufficient information to fully evaluate the impact of the dredging operations on blue and gray whale populations*".[366]
- Contrario a lo que puedan afirmar Odyssey y sus testigos, la opinión institucional de la CONANP se ve reflejada en la opinión técnica del 26 de noviembre de 2015 elaborada por el equipo del Biólogo Benito Bermúdez, en la que consideró que el Proyecto Don Diego era contrario a las normas ambientales al no haber tomado en consideración y analizado una serie de efectos ambientales que podían causar afectaciones, *inter alia*, a la ballena gris y a la tortuga amarilla.[367]

203. Al parecer la Demandante busca minimizar el derecho que tiene el público interesado de participar en el PEIA de un proyecto, justamente como sucedió en el PEIA del Proyecto Don Diego. Al respecto, la CIDH ha señalado lo siguiente:

> La Corte considera que la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad, así como si afectará o no derechos humanos. En este sentido, es recomendable que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental.[368]

---

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

366 Opinión técnica de la Society for Marine Mammalogy del 28 de marzo de 2016. **R-0128**.

367 Opinión técnica de CONANP del 20 de noviembre de 2015, pp. 33-34. **C-0006**.

368 Opinión Consultiva OC-23/17 emitida el 15 de noviembre de 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¶ 168. **RL-0082.**

204. La Demandante critica que México haya hecho referencia a las opiniones recibidas por la DGIRA en el Memorial de Contestación y las considera "justificaciones *ex post facto*".[369] Nuevamente, las opiniones brindan contexto adecuado a la autoridad, son de carácter orientador y la DGIRA tiene la discrecionalidad de tomar aquellos aspectos contenidos en las opiniones recibidas durante un PEIA que a su consideración son relevantes al momento de resolver una MIA.

205. Lo que la Demandante no ha sido capaz de refutar es que ninguna institución, autoridad, organismo internacional, centro de investigación u ONG apoyó el Proyecto Don Diego.

5. Los oficios notificados a ExO y las suspensiones durante los PEIA demuestran las preocupaciones de la DGIRA

206. Las reclamaciones de la Demandante en relación a que la SEMARNAT estaba satisfecha con la información proporcionada por Odyssey y, por otro lado, las actuaciones de la DGIRA dentro de los Procedimientos EIA de la MIA 2014 y de la MIA 2015, no guardan congruencia. Como fue señalado en el Memorial de Contestación, el 21 de noviembre de 2014 (dentro del Procedimiento EIA de la MIA 2014), la DGIRA notificó un oficio a ExO en el que hizo de su conocimiento sus preocupaciones sobre el Proyecto Don Diego.[370] El 30 de octubre de 2015 (durante el Procedimiento EIA de la MIA 2015), [redacted][371] La siguiente transcripción da cuenta de ello:

> 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 solicita por única vez a la promovente, para continuar con la evaluación en materia de Impacto Ambiental del proyecto, la ampliación, rectificación o aclaración de la información contenida en los siguientes capítulos […]
>
> […]

369 Memorial de Réplica, ¶¶ 74 y 77.

370 Memorial de Contestación, ¶ 240. Oficio del 21 de noviembre de 2014 de la DGIRA. **C-0100** ("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").

371 Memorial de Contestación, ¶¶ 306-309.

> […] el plazo de evaluación para el proyecto queda suspendido en tanto no se cuente con la información solicitada, a fin de tener todos los elementos necesarios para concluir con el procedimiento instaurado en esta DGIRA.[372]

207. Las insuficiencias e incongruencias de la MIA 2015 [redacted] se encuentran contenidas en el oficio del 30 de octubre de 2015 y han sido resumidas en el Memorial de Contestación.[373] No existe evidencia que demuestre que [redacted] los oficios de 2014 y 2015, y suspendiera los Procedimientos EIA hasta en tanto ExO presentara información adicional.

208. La Demandante y los [redacted] y [redacted] [redacted][374]

209. La Demandante llega al extremo al señalar que México no ha producido ninguna prueba contemporánea (documental o testimonial) que demuestre que el Procedimiento EIA de la MIA 2015 se realizó de forma íntegra.[375] Sin embargo, los propios oficios de 2014 y 2015 de la DGIRA, [redacted], le restan credibilidad a las alegaciones de Odyssey y a las declaraciones de sus testigos. Asimismo, la Resolución de 2018 es la evidencia más clara de que la MIA 2015 no cumplía con la legislación ambiental para que Don Diego obtuviera la autorización de impacto ambiental.

---

372 Oficio del 30 de octubre de 2015, pp. 2 y 11. **C-0004.**

373 Memorial de Contestación, ¶¶ 308-309.

374 Segunda DT [redacted], ¶¶ 15, 18. Segunda DT [redacted], ¶¶ 17.

375 Memorial de Réplica¸¶ 231.

E. Existe evidencia contemporánea que confirma que la negativa de autorización de la SEMARNAT se sustenta en una válida justificación de protección al ecosistema en el Golfo de Ulloa y a la sustentabilidad de especies marinas

1. Posibles impactos que habría tenido el Proyecto Don Diego en el ecosistema del Golfo de Ulloa

210. La Demandante parece tratar de minimizar los posibles impactos negativos que sufrirían las tortugas marinas si el Proyecto Don Diego hubiera sido autorizado, caracterizando estas preocupaciones como "meros pretextos".[376] Sin embargo, la literatura científica ha sido enfática en señalar que actividades como aquellas relacionadas con Don Diego son nocivas, en diversos ámbitos, para diversas especies que habitan en el Golfo de Ulloa, incluyendo mamiferos marinos y tortugas marinas. Al respecto, la Demandada presenta junto con este Memorial de Dúplica, opiniones expertas en la materia, que brindarán al Tribunal mayor contexto y lo asistirá en contar con un entendimiento objetivo respecto de las reclamaciones de la Demandante relacionadas a que su proyecto era amigable a las tortugas y otras especies marinas. Sin embargo, cabe aclarar que la Demandada no pretende que este Tribubal arbitral realice un análisis *de novo* y asuma la responsabilidad de una autoridad ambiental. La Demandada reitera que ese análisis sobre el Proyecto Don Diego se apegó a lo establecido por la legislación nacional y fue realizado por la autoridad experta en la materia con base en la información técnica-científica que la llevaron a concluir que que el Proyecto no era ambientalmente sustentable.

211. En este sentido, la Dra. Morales desarrolla tres grandes afectaciones que el Proyecto Don Diego podría haber generado en las tortugas marinas, incluida la *Caretta caretta*,[377] (*ver* Imagen 2).

212. La primera afectación se trata de la obstrucción para el libre nado y una potencial colisión. Como lo describe la Dra. Morales, tomando en consideración la magnitud de las embarcaciones, el hecho de que se tendrían al menos dos embarcaciones operando simultáneamente y dado que éstas operarían cerca entre sí "tienen la potencialidad de obstruir el libre paso de las tortugas y aumentar los riesgos de colisión de las tortugas tanto en superficie con las embarcaciones y otras

---

376 Memorial de Demanda, ¶ 149 y 153. Memorial de Réplica ¶ 225

377 Informe Verónica Morales, Sección III.B.2.

infraestructuras móviles presentes como en media agua con la obra viva de las embarcaciones, los conductos, la tubería y mangueras".[378]

Imagen 2. Tortuga *Caretta caretta*

Fuente: Héctor Rodríguez, "Tortugas marinas: un éxito de la conservación a nivel global", National Geographic. **R-0193**.

Fuente: Javier Sandoval, CONABIO. **R-0192**.

213. En este mismo orden de ideas, el Sr. Flores-Ramírez asegura que "las embarcaciones de apoyo tienen el potencial de golpear a las tortugas marinas" e incluso, recibir "impactos directos que produzcan lesiones graves o mortalidad".[379] Sin embargo, el Sr. Flores-Ramírez, en contradicción a esta misma declaración, señala que las cadenas de cosquilleo han sido medidas de mitigación para la afectación a tortugas marinas cuya efectividad ha sido probada en operaciones de dragado que se realizan en los Estados Unidos,[380] sin siquiera citar una fuente al respecto. Sobre este punto, la Dra. Morales recalca que dichas medidas no han sido probadas en aguas nacionales y tampoco existe evidencia científica que demuestre su efectividad en México o en alguna otra parte del mundo.[381]

214. La segunda problemática que implica el Proyecto Don Diego es el atrapamiento por succión de la draga. Siendo el Golfo de Ulloa el hábitat de diversas tortugas marinas, entre ellas, la tortuga amarilla, lora, laúd, y prieta; y considerando que la tortuga laúd y la tortuga lora (solo por mencionar algunas) se pueden sumergir a profundidades mayores que las del proyecto, no es

---

378 Informe Verónica Morales, ¶ 41.

379 Primer Informe Sergio Flores-Ramírez, ¶ 122.

380 Primer Informe Sergio Flores-Ramírez, ¶ 26.

381 Informe Verónica Morales, ¶ 41.

remoto que alguna de ellas sea atrapada por la succión de la draga.[382] Incluso, el Sr. Flores-Ramírez reconoce que las tortugas podrían verse afectadas por el dragado con dragas TSHD.[383]

215. La Dra. Morales ahonda en este tema respecto de las tortugas *Caretta caretta*, y señala que, contrario a lo que plantea el Sr. Flores-Ramírez respecto a la probabilidad remota de encontrar individuos de *Caretta caretta* en aguas profundas debido a las bajas temperaturas,[384] en realidad las tortugas *Caretta caretta* podrían bajar a las profundidades en que el proyecto operaría debido a que las tortugas están acostumbradas a las temperaturas en el Golfo de Ulloa.[385] Por lo tanto, sería posible que las tortugas pudieran verse afectadas por la draga.

216. Finalmente, el tercer potencial impacto negativo a las tortugas marinas sería la emisión de ruido. Sobre este punto, tanto la Dra. Morales,[386] como el experto de la Demandante,[387] coinciden en que las tortugas podrían verse afectadas por el ruido de la actividad de dragado.

217. El Grupo de Expertos en Tortugas Marinas explica que, en caso de que fuera autorizado el Proyecto Don Diego, tendría repercusiones directas e indirectas en la mortalidad de las tortugas, así como en su hábitat:

> El proyecto Don Diego, el cual se pretende llevar a cabo dentro de una de las áreas de agregación de tortugas C. caretta más importantes del Pacifico Norte, <u>crearía fuentes adicionales de mortalidad, tanto directas, por sus operaciones, como indirectas, por destrucción del hábitat, sumando sus impactos negativos a los que ya existen para esta especie</u>.[388]

218. Las afectaciones directas se ven reflejadas en la mortalidad de una especie en extinción, situación que es necesaria considerar en la proyección de viabilidad biológica de una especie (*i.e.*, su proyección de crecimiento o extinción). Por lo que, en el caso específico de la tortuga *Caretta caretta*, los expertos de la Demandada confirman que la resolución de la SEMARNAT es

---

382 Informe Verónica Morales, ¶ 42.

383 Primer Informe Sergio Flores-Ramírez, ¶ 124.

384 Primer Informe Sergio Flores-Ramírez, ¶ 23 iii).

385 Informe Verónica Morales, ¶ 60.

386 Informe Verónica Morales, ¶ 45.

387 Primer Informe Sergio Flores-Ramírez, ¶ 124.

388 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 47.

adecuada, de conformidad con un análisis y soporte científico.[389] Específicamente, los expertos señalaron:

> Dado que los valores críticos de niveles de mortalidad anual estimados para C. *caretta* en el GU que comprometen la viabilidad de la especie estaban siendo rebasados, se justifica el resolutivo negativo de la DGIRA para el proyecto de extracción minera en el entendido de una alta probabilidad de que ocasionaría mortalidades adicionales, ya fuera por captura accidental directa o por impactos indirectos al reducir la cantidad o calidad de su alimento.[390]

219. Pese a los sumados intentos de la Demandante y sus expertos por afirmar que el AP no coincide con las especies en peligro de extinción aquí citadas, los expertos Jorge Urbán y Lorena Viloria, con base en la información científica contemporánea más precisa y confiable, concluyen lo contrario:

> La ballena gris, la ballena azul y la ballena jorobada, entre otras varias especies de mamíferos marinos, usan el GU, incluida el Área del Proyecto durante diversos períodos del año para actividades como la reproducción, la alimentación y el tránsito.[391]
>
> La MIA y la Información Adicional y Complementaria no consideran la presencia de estas especies en el Área del Proyecto.[392]
>
> El área del proyecto ("AP") coincide con el 100% de las rutas migratorias de ballenas grises (2-35 Km de la costa), jorobadas (4-80 km de la costa) y con la ruta migratoria y zona de alimentación de ballena azul.[393]
>
> El AP se sobrepone o coincide con el área utilizada por especies como la ballena azul, la gris y la jorobada.[394]

220. Lo anterior es compartido con el análisis y conclusión que realiza el Grupo de Expertos en Tortugas Marinas en relación a la *Caretta caretta*:

> Como ampliamente se ha mencionado y demostrado en este documento y en las resoluciones de 2016 y 2018, la coincidencia del AP con el hábitat de las tortugas *C. caretta* no es marginal: los mapas más completos de distribución de la tortuga, aquellos basados en avistamientos aéreos, muestran claramente que *C. caretta* utiliza todo el GU, incluyendo el AP. Además, los movimientos y densidades de las tortugas cambian a lo largo del tiempo con base en varios factores (Figuras 3 y 5 de este reporte).[395]

---

389 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 148 y 149. Informe Urbán-Viloria ¶¶ 11.h, 44, y 50. Informe Verónica Morales, ¶¶ 85 y 107.

390 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 109 (énfasis añadido).

391 Informe Urbán-Viloria ¶ 46.

392 Informe Urbán-Viloria ¶ 47.

393 Informe Urbán-Viloria ¶ 6.

394 Informe Urbán-Viloria ¶ 11. c.

395 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 128.

221. Por lo tanto, como se puede apreciar, contrario a lo que la Demandante pudiera pensar, es evidente que las actividades de dragado que la Demandante pretendía realizar podrían afectar significativamente a los mamíferos marinos y a las tortugas marinas, y la realización del Proyecto no hubiese sido la excepción.

2. La información presentada por la Demandante en la MIA 2015, así como en la información adicional remitida, contenía deficiencias e imprecisiones, por lo que la Resolución de 2018 de la SEMARNAT está correctamente sustentada

222. El 3 de septiembre de 2014 ExO presentó la MIA 2014.[396] A fin de proporcionar una respuesta a la MIA 2014, la SEMARNAT solicitó a la Demandante el 21 de noviembre de 2014, presentar información adicional, [397] la cual fue entregada por ExO en marzo de 2015.[398]

223. ExO presentó una nueva MIA el 26 de junio de 2015,[399] a lo cual la SEMARNAT solicitó que rectificara errores el 30 de junio de 2015.[400] ExO presentó posteriormente, en sustitución de la MIA de 26 de junio, una nueva MIA el 21 de agosto de 2015,[401] y el 3 de diciembre de 2015 presentó la información adicional de esa MIA.[402]

224. La Demandante aparentó dar respuesta a las observaciones hechas a la MIA, sin embargo, esto no significó que las observaciones se atendieran correctamente y, [redacted] [403] la realidad es que la información adicional presentada por ExO lejos de ser "detallada", presentaba claras deficiencias e imprecisiones.[404] Es más, suponiendo sin conceder que la información hubiera sido "detallada", eso no significa que resolvía las preocupaciones expresadas por la SEMARNAT, ni mucho menos que se tratara de información ascertiva o que respondiera eficazmente a los cuestionamientos formulados por la autoridad.

---

396 Memorial de Contestación, ¶ 211. Memorial de Demanda ¶ 107.

397 Memorial de Contestación, ¶¶ 240-241. Memorial de Demanda ¶ 121.

398 Memorial de Contestación, ¶ 245. Memorial de Demanda ¶ 127.

399 Memorial de Contestación, ¶ 260. Memorial de Demanda, nota al pie 300.

400 Memorial de Contestación, ¶ 260.

401 Memorial de Contestación, ¶ 263, Memorial de Demanda ¶ 133, y nota a pie de página 300.

402 Información Adicional. **C-0005**. Memorial de Demanda ¶ 140.

403 [redacted] Segunda DT [redacted], ¶ 17.

404 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 24, 26, 113, 116 y 145.

225. Entre las tantas deficiencias que presentaba la información adicional de la MIA, se encuentran afirmaciones carentes de sustento científico, errores, y declaraciones fuera de contexto que la Dra. Morales identifica de manera muy precisa en su informe.[405]

226. Algunas de las tantas fallas de ExO, fueron:[406]

- Aseveraciones sobre la infauna encontrada en la zona, indicando que son especies oportunistas del tipo r, sin un verdadero sustento o respaldo.
- No se precisa las dimensiones de las embarcaciones o de la barcaza de proceso, ni la fuerza de succión del dragado, ni de las especificaciones técnicas de la tubería conectada al cabezal, o cómo se calcularon las dimensiones del cabezal.
- Se presentaron en diversas secciones del documento ilustraciones sin escala y de manera genérica, en lugar de presentar diagramas técnicos específicos de todas las partes del proceso.
- No se indica dónde se dispondrán las salmueras provenientes de este proceso de osmosis inversa, tampoco se menciona la cantidad de agua que se requerirá para este proceso de lavado de los sedimentos, ni de la temperatura o ninguna otra característica a la cuál será devuelta, tampoco indica si el exceso de humedad irá junto con el resto del agua de regreso al fondo marino; o cómo se minimiza el depósito de conchas y materiales solo porque el proceso en la barcaza es "mecánico y contínuo".
- Respecto al retorno de material inerte sin contenido de fosfato / rehabilitación, no se indica a qué tipo de proceso ecológico está relacionada esta rehabilitación, ni el posicionamiento más preciso de las arenas gruesas.
- No se señala información del destino final del transporte del material fosfático, ruta de navegación, derrotero de la embarcación, forma de trasvase de la barcaza, etc.
- En los parámetros no se especifica qué sucede con la profundidad del suelo marino en todos los escenarios, ni explica cómo se determina la frecuencia de los barcos transportadores.

---

405 Informe Verónica Morales, Sección V.

406 Informe Verónica Morales, ¶ 69.

- No se explica cómo evitarán volver a dragar el material que fue devuelto a depositar.

227. Otro aspecto relevante que confirma la Resolución de 2018 de la SEMARNAT, es que la MIA no considera la totalidad de afectaciones a la biodiversidad en el Golfo de Ulloa. Particularmente, las afectaciones a la tortuga *Caretta caretta*, donde no solo tendría afectaciones directas e inmediatas, sino también se vería comprometido el crecimiento de la población futura de esta especie por acciones indirectas, las cuales implican el riesgo inminente de una especie en peligro de extinción. El informe del Grupo de Expertos en Tortugas Marinas que presenta la Demandada, precisa:

> En la MIA-R sólo se mencionan los impactos directos (por ej. tortugas que podrían quedar atrapadas en las operaciones de dragado). Sin embargo, no hay estimaciones de los impactos indirectos debidos a modificaciones del hábitat del fondo marino, por la intervención derivada del proyecto. Estas modificaciones y cambios en el hábitat se consideran como importantes amenazas en las evaluaciones del Acta de Especies en Peligro de los Estados Unidos y pueden ocasionar reducciones a la tasa de crecimiento de los individuos por afectar la cantidad y calidad de alimento disponible.[407]

228. Es importante destacar que, a pesar de la insistencia de la Demandante sobre la falta de uso de evidencia científica por parte de las autoridades mexicanas, en especial de la DGIRA en la Resolución de 2018, ha sido evidenciado a lo largo del presente Memorial que no fue así. La SEMARNAT negó la MIA de manera fundamentada y sustentada. Esto es confirmado por los expertos de la Demandada, el Dr. Urbán Ramírez, la Dra. Morales Zárate y el Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, quienes al realizar un análisis comparativo de la información disponible y las conclusiones contenidas en la Resolución de 2018,[408] sostienen que:

> Después de haber analizado la Resolución emitida en 2018 por la DGIRA, en particular la sección sobre mamíferos marinos, consideramos que sí se muestra la evidencia científica necesaria sobre distribución, temporalidad, estimaciones y densidad de los mamíferos marinos en el GU, así como su coincidencia con el AP. Por lo tanto, la decisión de la DGIRA de rechazar la MIA es congruente.[409]
>
> La DGIRA muestra la evidencia científica suficiente sobre distribución en espacio y tiempo, estimaciones de abundancia y densidad de las principales especies de mamíferos marinos en el GU.[410]

---

407 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 88 (énfasis añadido).

408 Informe Urbán-Viloria, ¶ 1.

409 Informe Urbán-Viloria, ¶ 44.

410 Informe Urbán-Viloria, ¶ 50 (énfasis añadido).

229. Al respecto, el Grupo de Expertos en Tortugas Marinas coinciden con lo anterior, al concluir lo siguiente:

> Por lo citado, consideramos que ambas resoluciones de la SEMARNAT eran científicamente sólidas y tienen argumentos suficientes que justifican ampliamente la negativa al Proyecto debido a sus impactos potenciales a la población de *C. caretta* y a su hábitat.[411]
>
> Por todo lo anterior, este grupo de expertos considera que las resoluciones de SEMARNAT de 2016 y 2018, tiene un análisis adecuado respecto de las posibles afectaciones a las tortugas C. *caretta*, de conformidad con información científicamente sólida y argumentos que justifican sus resoluciones por los impactos negativos al ecosistema del GU y las afectaciones de una especie en peligro de extinción, principalmente por aplicar el principio precautorio. [412]

230. A su vez, la Dra. Morales, comparte dicho criterio, al señalar:

> En mi opinión, la DGIRA tomó la decisión correcta y sobradamente sustentada sobre la base de la mejor información técnica y científica disponible, que incluye la revisión y opinión técnica detallada por parte de Instituciones académicas de gran prestigio con expertos en diferentes disciplinas, así como de Organizaciones civiles y considerando además el sentir de la sociedad sudcaliforniana. La DGIRA es clara en exponer que el Golfo de Ulloa es un hábitat crítico para la tortuga *Caretta caretta* y, a su vez, en evidenciar que el área del Proyecto coincide con el hábitat de las tortugas *Caretta caretta.* La Resolución 2018 lo funda y motiva de forma amplia y adecuada. De igual forma, la DGRIA expone, de forma acertada, que lo anterior generaría un impacto negativo al ecosistema del GU.[413]

231. A pesar de que la Demandante asegura que presentó información completa que debería haber llevado a la aprobación de la MIA,[414] la misma fue denegada pues, de acuerdo con la Dra. Morales, la Demandante "present[ó] información incompleta, que no alcanza la suficiencia técnica, que es inconsistente, es poco detallada y en muchos casos presenta argumentos sin sustento".[415]

232. Cabe mencionar que, con independencia de que las autoridades mexicanas sí utilizaron información científica necesaria, quienes en realidad tienen la obligación de elaborar y presentar la evidencia específica y suficiente es, por el contrario, la Demandante,[416] para así demostrar la

---

411 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 28 (énfasis añadido).

412 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 149 (énfasis añadido).

413 Informe Verónica Morales, ¶ 85 (énfasis añadido).

414 Memorial de Réplica¸¶¶ 43, 44, 45, 58, 59 y 60.

415 Informe Verónica Morales ¶ 86.

416 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 96.

viabilidad de su Proyecto Don Diego y el no impacto del mismo al ecosistema. Lo anterior, lo exponen de forma clara los Doctores Urbán y Viloria:

> La MIA y la información complementaria no presentan evidencia de la NO afectación del Proyecto a los mamíferos marinos.[417]
>
> Para poder determinar que un proyecto como Don Diego no afecta a una especie, se requieren de estudios específicos sobre las actividades y el área de acción, lo cual, para este Proyecto, no fue realizado. [418]
>
> Ni la MIA del Proyecto ni la Demandante en este arbitraje han demostrado que el Proyecto no afecta a los mamíferos marinos que se encuentran en el área de acción, lo cual era su obligación. La Demandante es quien debe presentar los estudios, análisis e información suficientes para sustentar sus conclusiones sobre el no impacto del Proyecto en el Golfo de Ulloa y sus especies marinas, incluida la ballena gris, jorobada y azul.[419]
>
> Al día de hoy, no existen estudios específicos sobre la distribución y abundancia de cetáceos en el Golfo de Ulloa. Al no existir dichos estudios, no hay forma de detectar cambios derivados del Proyecto y no se puede afirmar que el Proyecto no afectaría a los cetáceos que habitan en el GU, como la Demandante sostiene. Sin embargo, existe información derivada de diferentes estudios que incluyen total o marginalmente la zona de estudio durante periodos de tiempo determinado.[420]

233. Al respecto, la Dra. Morales de igual forma comparte la conclusión antes expuesta, al señalar que:

> La Demandante no presenta información propia referente a la abundancia y distribución de tortugas *Caretta caretta* en el GU […][421]
>
> La Demandante continúa manteniendo una redacción confusa que no permite diferenciar claramente cuando la información es propia o viene de trabajos previos independientes. Así mismo, continúan las omisiones sobre los detalles técnicos de sus procesos, así como de sus equipos. Tampoco se detallan ni se profundiza en los métodos empleados en sus modelos de simulación, de los cuales no presenta para ninguno evidencias de la información de entrada empleada, tampoco los supuestos en los que se basa ni el grado de incertidumbre que sus resultados tienen, quitando por defecto toda validez a sus resultados y por tanto no se puede argumentar la no afectación de ninguno de esos procesos o riesgos por los equipos sobre las tortugas marinas de ninguna especie. […][422]

---

417 Informe Urbán-Viloria, ¶ 9.

418 Informe Urbán-Viloria, ¶ 11 inciso d.

419 Informe Urbán-Viloria, ¶ 11 inciso c.

420 Informe Urbán-Viloria, ¶ 11 inciso e.

421 Informe Verónica Morales, ¶ 78 (énfasis propio).

422 Informe Verónica Morales, ¶ 87 (énfasis propio).

234. De lo anterior se desprende una cuestión sencilla, si la Demandante no utilizó información correcta ni suficiente para realizar su estudio, por consecuencia, los resultados que obtuvo son simplemente erróneos. Un ejemplo de lo anterior son las medidas de mitigación propuestas por la Demandante tanto en la MIA como en la información adicional y complementaria, sobre lo cual los expertos Urbán y Viloria han concluido que "[l]as medidas de mitigación están basadas en información errónea, por lo tanto, no son adecuadas."[423] Para mayor contexto, dichos expertos sostienen lo siguiente:

> Las medidas de mitigación propuestas en la MIA con respecto a los mamíferos marinos están fundamentadas en premisas equivocadas sobre la presencia, temporalidad y rutas de migración de las ballenas grises, azules y jorobadas. Por ejemplo, señalar que las ballenas grises migran a 2 km de la costa, y que la misma es escasa, o que no hay presencia de otras especies en el AP consisten en incorrectas afirmaciones. Por lo tanto, las medidas de mitigación propuestas sobre la suspensión temporal de las actividades del Proyecto son improcedentes.[424]

235. El Grupo de Expertos en Tortugas Marinas se pronuncia en el mismo sentido:

> Las medidas de mitigación que propone la Demandante son insuficientes y presentan deficiencias por no haber sido demostradas en condiciones como las que se presentarían en el GU y en una serie de tiempo suficiente para garantizar una protección adecuada a C. carettay al ecosistema.. [425]

236. De igual forma, lo anterior coincide con las conclusiones de la Dra. Morales al respecto:

> La información que la Demandante presentó carece de información detallada, y sustento metodológico y científico. […] [n]o especifica cronogramas, ni bitácoras ni más detalles al respecto, […] [n]o da información técnica ni tampoco refiere puntualmente ningún documento científico que avale su funcionamiento y eficacia, el mencionar en repetidas ocasiones que son ampliamente usadas alrededor del mundo y eficientes no es un argumento válido para asumirlo como hecho.[426]

237. Pese a los sumados intentos de la Demandante y sus expertos por afirmar que el AP no coincide con las especies en peligro de extinción aquí citadas, los expertos Jorge Urbán y Lorena Viloria concluyen lo contrario:

---

423 Informe Urbán-Viloria, ¶ 10.

424 Informe Urbán-Viloria, ¶ 43.

425 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 146.

426 Informe Verónica Morales, ¶ 80.

> La ballena gris, la ballena azul y la ballena jorobada, entre otras varias especies de mamíferos marinos, usan el GU, incluida el Área del Proyecto durante diversos períodos del año para actividades como la reproducción, la alimentación y el tránsito.[427]
>
> La MIA y la Información Adicional y Complementaria no consideran la presencia de estas especies en el Área del Proyecto.[428]
>
> El área del proyecto ("AP") coincide con el 100% de las rutas migratorias de ballenas grises (2-35 Km de la costa), jorobadas (4-80 km de la costa) y con la ruta migratoria y zona de alimentación de ballena azul.[429]
>
> El AP se sobrepone o coincide con el área utilizada por especies como la ballena azul, la gris y la jorobada.[430]

238. Lo anterior es compartido con el análisis y conclusión que realiza el Grupo de Expertos en Tortugas Marinas en relación a la *Caretta caretta*:

> Como ampliamente se ha mencionado y demostrado en este documento y en las resoluciones de 2016 y 2018, la coincidencia del AP con el hábitat de las tortugas *C. caretta* no es marginal: los mapas más completos de distribución de la tortuga, aquellos basados en avistamientos aéreos, muestran claramente que *C. caretta* utiliza todo el GU, incluyendo el AP. Además, los movimientos y densidades de las tortugas cambian a lo largo del tiempo con base en varios factores […].[431]

239. Conforme a lo anterior, es notorio que la Demandante presentó información incorrecta, incompleta e insuficiente tanto en la MIA 2015 cómo en la información adicional remitida, y que la Resolución de 2018 de la SEMARNAT es clara y está correctamente sustentada.

F. La Demandante no ha sido capaz de demostrar sus alegaciones sobre haber sostenido reuniones con autoridades mexicanas [redacted]

240. Nuevamente, la Demandante y sus testigos hacen referencia a una serie de supuestas reuniones entre representantes de AHMSA y Odyssey con funcionarios de la SEMARNAT, particularmente con el Sr. Rafael Pacchiano, con la finalidad de dar sustento a que la MIA 2014 fue retirada por ExO por petición del Sr. Pacchiano, y para dar sustento a que la MIA 2015 fue negada por razones políticas y derivado de un supuesto enfrentamiento entre el Sr. Ancira con el Sr. Pacchiano.[432]

---

427 Informe Urbán-Viloria ¶ 46.

428 Informe Urbán-Viloria ¶ 47.

429 Informe Urbán-Viloria ¶ 6.

430 Informe Urbán-Viloria ¶ 11. c.

431 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 127.

432 *Ver* Memorial de Demanda, ¶150. Memorial de Réplica, ¶ 88.

241. Adicional a ello, Odyssey señala que, [redacted].[433]

242. Lo anterior busca ser demostrado con "testigos de oídas" ("*hearsay*") y algunos correos electrónicos internos. Como será explicado *infra*, estos elementos son insuficientes para sustentar las acusaciones de Odyssey.

1. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHMSA y ExO con el Secretario Pacchiano referidas por Odyssey

243. El Memorial de Réplica contiene serias acusaciones en contra del Sr. Pacchiano. La Demandante llega al extremo al afirmar que factores ajenos a Don Diego como, por ejemplo, los altos niveles de contaminación de la Ciudad de México, la afectación a la vaquita marina y al teporingo – especies en peligro de extinción –, un supuesto conflicto entre pescadores y ambientalistas por la creación del refugio de protección de tortugas en el Golfo de California,[434] entre otros factores, [redacted][435] Todas estas alegaciones carecen de veracidad y simplemente consisten en una "cortina de humo" que busca distraer al Tribunal de lo que realmente sucedió durante el PEIA de la MIA 2014 y de la MIA 2015, a fin de construir una falsa apreciación sobre el Sr. Rafael Pacchiano.

244. Lo paradójico es que Odyssey alega que el Estado mexicano tiene la carga de la prueba para demostrar que la denegatoria de la MIA 2015 por parte de la SEMARNAT fue "impulsada por cualquier otra cosa excepto las motivaciones políticas y personales del Sr. Pacchiano".[436] Esto es incorrecto. La Demandante es quien tiene la carga de la prueba de demostrar acusaciones de tal

---

433 Memorial de Réplica, ¶¶ 484-487.

434 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 23-24.

435 Memorial de Réplica, ¶¶ 103-110.

436 Memorial de Réplica, ¶ 118.

gravedad, siendo necesario aportar evidencia que cumpla un alto estándar probatorio como se explicará más adelante.

245. Desde el Memorial de Demanda, Odyssey ha hecho referencia a una serie de reuniones entre representantes de AHMSA y Odyssey-ExO con funcionarios de la SEMARNAT y el Sr. Rafael Pacchiano.[437] Esta situación se vuelve a repetir en el Memorial de Réplica. Debido a ello, es importante hacer un recuento de los hechos y confrontarlos con la supuesta evidencia aportada por Odyssey.

a. Reuniones de 2015

246. En 2015 se realizaron dos reuniones entre representantes de ExO y AHMSA con funcionarios de la SEMARNAT, incluido el Sr. Pacchiano, en ese entonces Subsecretario de la SEMARNAT. La primera reunión se realizó el 10 de junio 2015.[438] La Demandanda ha podido confirmar que en la reunión estuvieron presentes los Sres. Ancira, Gonzalez Merla y De Narvaez, por parte de AHMSA y ExO, y los Sres. Pacchiano, Schiaffino, Kuri [redacted] Como fue declarado por el Sr. Pacchiano en su primera testimonial, a partir de 2015 el Sr. Ancira empezó a ser el interlocutor principal del Proyecto Don Diego y, durante la reunión, el Sr. Pacchiano informó a AHMSA y a ExO que el Proyecto sería autorizado únicamente si cumplía con la ley y si demostraba que no afectaría al medio ambiente.[439] Como se puede ver en la evidencia contemporánea, la resolución de la MIA 2014 debía ser emitida el 22 de junio de 2015, es decir, a pocos días de la reunión.

247. Días después, el 18 de junio de 2015, el Sr. Pacchiano recibió nuevamente al Sr. Ancira ante la insistencia de éste último. La Demandante y sus testigos afirman que en esta reunión el Sr. Pacchiano solicitó al Sr. Ancira que ExO retirara la MIA 2014, lo cual buscan demostrar con:

- Las declaraciones del Sr. Claudio Lozano, persona que no participó en la reunión del 18 de junio de 2015, pero afirma que posterior a ella el Sr. Ancira le comentó que el Subsecretario Pacchiano sugirió que ExO debía retirar la MIA y volver a presentarla junto

437 Memorial de Demanda, ¶¶ 130-132, 143-151.

438 Primera DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 58-60.

439 Primera DT Rafael Pacchiano, ¶ 60.

con ciertas cartas de apoyo, lo cual era lo único necesario para aprobar el Proyecto, ya que "no había razones ambientales para rechazar la MIA".[440]

- [redacted], persona que tampoco estuvo presente en la reunión del 18 de junio de 2015 y que solamente ha aportado testimonios confusos. En la primera declaración, [redacted][442] [redacted].[443] Al parecer, [redacted].[444]

- Las declaraciones del Sr. Mark Gordon, persona que tampoco estuvo presente en la reunión del 18 de junio de 2015, pero que aparentemente ese día recibió una llamada telefónica del Sr. Ancira para comentarle que el Sr. Pacchiano solicitó que la MIA 2014 fuera retirada, para posteriormente ser evaluada de forma "acelerada" y con ello ser aprobada.[445]

- Un correo electrónico del 19 de octubre de 2015 (*i.e.*, 4 meses después de la reunión) intercambiado entre el Sr. Greg Stemm (fundador de Odyssey) y la Sra. Barrera (asistente del Sr. Ancira), personas que no participan en este arbitraje y que tampoco estuvieron presentes en la reunión del 18 de junio de 2015.[446] En términos claros, el correo electrónico no aporta nada al respecto.

248. El Tribunal podrá observar que estos elementos no son suficientes para demostrar que un Secretario de Estado requirió a un promovente el retiro de su solicitud de manifestación de impacto

---

440 Primera DT Claudio Lozano, ¶¶ 40-42.

441 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 14.

442 Primera DT [redacted], ¶ 13.

443 Segunda DT [redacted], ¶¶ 17-18.

444 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 14.

445 Primera DT Mark Gordon, ¶¶ 69-71.

446 Correo electrónico del 19 de octubre de 2015. **C-0389**.

ambiental que en próximos días iba ser resuelta por el área competente (*i.e.*, la DGIRA).[447] De hecho, el propio Sr. Pacchiano ha rechazado categóricamente que él haya formulado una solicitud de esa naturaleza:

> Entiendo que Odyssey nuevamente alega que el 18 de junio de 2015 me reuní con el Sr. Ancira y que en esa reunión recomendé al Sr. Ancira de que ExO retirara la MIA y la volviera a presentar ante la DGIRA junto con cartas de apoyo del gobernador de Baja California Sur, del Presidente Municipal de Comondú y del INAPESCA.35 Tal como lo señalé en mi primera declaración testimonial, es falso que haya formulado las supuestas solicitudes referidas por la Demandante.[448]
>
> […]
>
> También es falso que yo [redacted]. Aunque desconozco las razones por las cuales los representantes de ExO retiraron la MIA en 2015, probablemente se debió a que [redacted] – que el Proyecto Don Diego no era viable en los términos que fueron presentados.[449]

249. Contrario a las acusaciones de la Demandante respecto a las supuestas solicitudes de retiro de la MIA y presentación de cartas de apoyo: *i)* el Sr. Pacchiano ha aportado un recuento de hechos sobre lo que realmente sucedió en las reuniones con representantes de AHMSA, Odyssey y ExO; *ii)* existen comunicados de prensa de Odyssey dirigidos al público inversionista en Nasdaq y a los propios accionistas de la empresa que contradicen esas acusaciones, y *iii)* existen informes anuales presentados por Odyssey ante la SEC en los que la propia Demandante confirmó que retiró voluntariamente la MIA 2014 con la finalidad de evaluarla y recabar mayor información.[450]

b. Reuniones de 2016

250. La Demandante, a través del Sr. Claudio Lozano, afirma que el 12 de marzo de 2016 asistió a una reunión en la que estuvo presente el Sr. Pacchiano, ya en ese entonces Secretario de la SEMARNAT, así como los Sres. Ancira y Koltheniuk, en representación de AHMSA y ExO. Con base en esta reunión, la Demandante afirma que el Sr. Ancira "se impacientó con la falta de respuesta" del Sr. Pacchiano, argumentó que ExO impugnaría la decisión de la DGIRA – para ese

---

447 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 205.

448 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 29.

449 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 14.

450 *Ver* Memorial de Contestación, ¶ 336. Comunicado de prensa de Odyssey del 22 de junio de 2015. **R-0107.** Informe Annual 2019 (Form 10-K) de Odyssey, p. 7. **C-0190**.

entonces aun no emitida – ante los tribunales mexicanos, lo cual finalizó en confrontaciones entre el Sr. Ancira y el Sr. Pacchiano.[451] En otras palabras, la Demandante busca reclamar que el Sr. Pacchiano se sintió insultado por el Sr. Ancira y ante ello, "en un aparente arranque de rabia", ordenó que se negara la AIA del Proyecto Don Diego.[452]

251. La Demandante busca demostrar estas serias acusaciones con:

- Las declaraciones testimoniales del Sr. Claudio Lozano, persona que inicialmente afirmó que la reunión se realizó el 12 de marzo de 2016, *i.e.*, en fin de semana, pero en su segunda declaración testimonial sañala que tiene "la certeza" de que la reunión ocurrió durante la primera quincena de marzo de 2016.[453]

- [redacted], personas que no estuvieron presentes en la supuesta reunión de marzo de 2016. Además, [redacted]".[455]

- Correos electrónicos del 22 de marzo de 2016 y 10 de agosto de 2016, intercambiados por ejecutivos de Odyssey, personas que tampoco estuvieron presentes en la supuesta reunión de marzo de 2016 y que solamente hacen referencia a conjeturas del Sr. Mauricio Limón sobre los supuestos "arrebatos" ("*outbursts*") del Sr. Ancira en contra del Sr. Pacchiano.[456]

252. Con estos escasos elementos la Demandante busca demostrar una acusación sumamente seria, *i.e.*, que la MIA 2015 fue negada por aparentes "caprichos personales" y "caprichos politicos" del entonces Secretario de la SEMARNAT. Al respecto, el Sr. Pacchiano ha rechazado nuevamente estas acusaciones de la siguiente forma:

> Entiendo que el Sr. Claudio Lozano vuelve a señalar en su segunda declaración testimonial que en marzo de 2016 se realizó una reunión en la que supuestamente

---

451 Memorial de Demanda, ¶ 145. Primera DT Claudio Lozano, ¶ 65-67.

452 Memorial de Demanda, ¶ 150. Memorial de Réplica, ¶¶ 88, 93, 198, 204.

453 Primera DT Rafael Pacchiano, ¶ 66. Segunda DT Claudio Lozano, ¶ 25.

454 Primera DT Claudio Lozano, ¶ 20.

455 Primera DT [redacted], ¶¶ 8-9.

456 *Ver* correos electrónicos del 22 de marzo de 2016 y 10 de agosto de 2016. **C-0405** y **C-0416**.

> estuvieron presentes los Sres. Ancira, Koltheniuk y Lozano, y en la cual el Sr. Ancira me confrontó señalando que "ExO se vería forzada a apelar a los tribunales mexicanos para forzar una decisión".36 Asimismo, el Sr. Lozano señala que recuerda otra reunión "de mayo de 2016 en mi oficina, en la que estuvieron presentes los señores Ancira, Fernández de Cevallos y el Sr. Lozano."37 Sin perjuicio de lo que ya señalé en mi primera declaración testimonial sobre dichas acusaciones, en mi agenda no aparece ninguna reunión en los meses de marzo o mayo del año 2016. La realidad es que no recuerdo las supuestas reuniones de 2016 y mucho menos que el Sr. Ancira me haya confrontado.[457]

253. Como se desprende de la cita antes referida, el Sr. Pacchiano ha dado testimonio de no recordar la reunión de marzo de 2016, ni tampoco de una aparente reunión de mayo de 2016, la cual al día de hoy aún sigue sin ser precisada por la Demandante y sus testigos.[458]

c. Reuniones de 2017

254. Para 2017, la MIA 2015 ya había sido rechazada por la DGIRA y se encontraba en curso el Recurso de Revisión 74/2016 interpuesto por ExO en contra de la Resolución de 2016, el cual a su vez fue resuelto en febrero de 2017.[459]

255. La Demandante y el Sr. Claudio Lozano afirman que previo a ello, el 31 de enero de 2017, el Sr. Pacchiano se reunió con los Sres. Ancira y Elvira, éste último anterior Secretario de la SEMARNAT y para ese entonces ejecutivo de AHMSA.[460] Resulta notable que la Demandante haya incluido entre sus interlocutores a un anterior Secretario, al parecer su objetivo era influenciar el carácter técnico-científico de la resolución de la DGIRA y generar presión en los funcionarios. En este sentido, el Sr. Pacchiano da cuenta de este hecho:

> Si recuerdo haber participado en una reunión a finales de enero de 2017 en la que estuvieron presentes los Sres. Elvira y Ancira. También recuerdo que en esa reunión el Sr. Ancira, a manera de comentario informal, señaló sarcásticamente que había tenido que contratar al Sr. Elvira, anterior Secretario de la SEMARNAT, para "convencer" a la SEMARNAT que el Proyecto Don Diego era viable. No di gran importancia a ese comentario, un poco fuera de lugar, ya que cualquier decisión de la DGIRA es independiente de la opinión personal o profesional que pueda tener cualquier anterior Secretario de la SEMARNAT sobre un proyecto determinado. Por ello, yo le volví a

---

457 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 30 (énfasis añadido).

458 Primera DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 66-67.

459 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 349-353. Resolución del Recurso de Revisión 74/2016 del 27 de febrero de 2017. **C-0160**.

460 Segunda DT Claudio Lozano, ¶¶ 26-27. Informe Anual 2017 AHMSA, p. 96. **R-0008**.

> insistir al Sr. Ancira que debía presentar información técnica y científica ante la DGIRA y que no era un tema de convencimiento personal.[461]

256. La Demandante y el Sr. Lozano afirman – sin haber estado presente en la reunión – que en la reunión de enero de 2017, el Sr. Pacchiano comentó que quería evitar un juicio de nulidad "y que prefería resolver la MIA de ExO a través de un recurso de revisión [Recurso de Revisión 74/2016], pero que necesitaba tiempo para aprobar el Proyecto después de la conferencia COP13 y por ende, después de ya pasada la cobertura periodística sobre SEMARNAT y el medio ambiente".[462] Al respecto, cabe realizar dos precisiones:

- En primer lugar, el Sr. Pacchiano ha negado la acusación del Sr. Lozano señalando que "[e]sto es falso. Mi posición siempre consistió en que la DGIRA resolvería conforme al marco legal aplicable y con base en la información que se integrara durante el PEIA. Nunca sugerí alternativas legales para contravenir una decisión técnica de la DGIRA. Además, no soy abogado como para realizar sugerencias de esa naturaleza".[463]
- En segundo lugar, al parecer la Demandante y el Sr. Claudio Lozano olvidaron que la COP13 se realizó en diciembre de 2016, es decir, prácticamente dos meses antes de la reunión del 31 de enero de 2017.

257. Este mismo argumento fue formulado en la primera declaración del Sr. Claudio Lozano, pero con base en la supuesta reunión de mayo de 2016, sobre la cual no existe evidencia alguna:[464]

> El Secretario Pacchiano acordó reunirse con nosotros en mayo de 2016 en la oficina de la SEMARNAT. Los Sres. Ancira, Fernández de Cevallos y yo asistimos también a la reunión. Cuando llegamos a la oficina del Secretario Pacchiano Alamán, su asistente nos recibió y nos dijo que el Secretario Pacchiano solo deseaba reunirse con los Sres. Ancira y Fernández de Cevallos y que yo debía esperar en el corredor.
>
> […]
>
> […] el Secretario Pacchiano había dicho que había un problema de tiempos. La COP 13 (La Conferencia de Naciones Unidas de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica) estaba prevista para ocurrir en Cancún, México, en diciembre de 2016. El Sr. Ancira dijo que, desde una perspectiva de imagen, el Secretario Pacchiano no creía que sería conveniente conceder la MIA antes de que esto ocurriera, porque México quería evitar cualquier controversia ambiental relacionada con un "proyecto de minería" en un

461 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 31 (énfasis añadido).

462 Memorial de Réplica, ¶ 118 y fn. 318. Segunda DT Claudio Lozano, ¶¶ 26-27.

463 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 32.

464 Segunda DT Claudio Lozano, ¶¶ 26-27. Correo electrónico del 15 de febrero de 2017. **C-0363**.

> área ambientalmente sensible como el Golfo de Ulloa. El Secretario Pacchiano les aseguró que luego de la COP13 apoyaría el Proyecto y aprobaría la MIA.[465]

258. Las alegaciones de la Demandante no guardan congruencia y únicamente están basadas en "testigos de oídas" ("*hearsay*"). Lo procedente sería que el Tribunal no les dé ningún valor probatorio a tales supuestos elementos probatorios.

2. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHMSA y ExO con funcionarios de la CONANP, CONAPESCA y el INAPESCA

259. Nuevamente la Demandante hace alusión a una reunión de febrero de 2016 entre ejecutivos de AHMSA y ExO con funcionarios de la CONANP, incluido el Comisionado del Mazo, en la que aparentemente las preocupaciones de la CONANP sobre el Proyecto Don Diego y su impacto al medio ambiente fueron resueltas.[466] Esta situación resulta incorrecta.[467] Como lo señaló el Biólogo Bermúdez, la posición institucional de la CONANP se ve reflejada en la opinión técnica que la CONANP presentó en el PEIA de la MIA 2015 en noviembre de 2015, [redacted].[468]

260. Anteriormente, la Demandante formuló las mismas alegaciones con relación a reuniones realizadas en enero y febrero de 2015 con funcionarios del INAPESCA y CONAPESCA, en la que aparentemente ExO atendió las preocupaciones de ambas entidades sobre la MIA 2014, y gracias al "*feedback*" recibido por parte de ambas autoridades implementó nuevos aspectos a realizar en el Proyecto Don Diego.[469] Independientemente de la veracidad sobre estas supuestas reuniones, la realidad es que la opinión técnica del INAPESCA (*i.e.*, su posición institucional) es sumamente crítica a Don Diego.[470]

---

465 Primera DT Claudio Lozano, ¶¶ 74-75 (énfasis añadido).

466 Memorial de Réplica, ¶ 71. Segunda DT [redacted], ¶¶ 122. *Ver* Memorial de Demanda, ¶ 142.

467 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 16.

468 Primera DT Benito Bermúdez, ¶¶ 26-27. Opinión técnica del 20 de noviembre de 2015. **C-0006**.

469 Memorial de Demanda, ¶ 124. Primera DT Claudio Lozano, ¶¶ 36-37. DT Richard Newell, ¶¶ 25.4-25.5.

470 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 294-298. Opinión técnica del 29 de marzo de 2016 del INAPESCA. **R-0133.**

261. Por lo anterior, las afirmaciones de la Demandante y sus testigos relacionadas a reuniones con autoridades mexicanas carecen de credibilidad, y la evidencia contemporánea (*e.g.*, opiniones técnicas presentadas en el PEIA del Proyecto Don Diego) dan muestra de ello.[471]

3. No existe evidencia sobre las supuestas reuniones y temas discutidos entre ejecutivos de AHSMA y ExO [redacted]

262. La Demandante alega que entre 2014 y 2018, representantes de AHMSA y Odyssey [redacted].[472]

263. La Demandada no encuentra explicación en estas afirmaciones, además, los elementos aportados por la Demandante son confusos y poco convincentes. La Demandante busca demostrar las afirmaciones [redacted] con:

- La segunda declaración testimonial del Sr. Mark Gordon.[473]
- Cinco correos electrónicos internos, incluido un mapa del sitio del Proyecto Don Diego,[474] y
- Las tarjetas de presentación ("*business cards*") [redacted].[475]

---

471 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 15.

472 Memorial de Réplica, ¶¶484

473 Segunda DT Mark Gordon, ¶¶ 4-39.

474 [redacted].

475 [redacted].

264. Al respecto, el Tribunal debe tener en cuentas cuatro aspectos.

265. *Primero*, no hay ninguna evidencia sobre las reuniones supuestamente realizadas entre 2014 y 2016 [redacted], y mucho menos existe evidencia sobre la supuesta asesoría [redacted].

266. *Segundo*, [redacted].[477] En la fase de solicitud de documentos México requirió, *inter alia*, copia de cualquier memorándum de entendimiento, carta de intención, contrato de compraventa o documentos similares [redacted][478] La Demandante no produjo <u>ningún</u> documento al respecto claramente porque no existen. Lo anterior es confirmado por [redacted]

[redacted][479]

267. *Tercero*, [redacted].[480]

---

476 Memorial de Réplica, ¶ 484. Segunda DT Mark Gordon, ¶ 13.

477 Segunda DT Mark Gordon, ¶ 14.

478 Resolución Procesal No. 3, Anexo B, p. 88.

479 DT [redacted], ¶ 10.

480 *Ver* DT [redacted], ¶ 12.

268. *Cuarto*, la Demandante y el [redacted][481] El [redacted] ha dado testimonio que la reunión en la que participó relacionada con el Proyecto Don Diego fue realizada a manera de cortesía. La siguiente explicación del [redacted] es relevante:

> [redacted].[482]

269. Como se puede observar, las alegaciones de la Demandante y del Sr. Mark Gordon son cuestionables y no existe evidencia contemporánea que les den sustento, mucho menos demuestran la posibilidad de que Don Diego [redacted]. Inclusive, las supuestas expectativas creadas sobre el posible crecimiento de ExO en México fueron fomentadas por los propios intermediarios de Odyssey, entre ellos el Sr. Ancira, cuyas relaciones con PEMEX resultaron en la comisión de delitos.[483]

4. El testimonio del Dr. Seminoff deja en evidencia la falta de credibilidad en las alegaciones de Odyssey y sus testigos

270. Los Sres. Claudio Lozano y Mark Gordon hicieron referencia en sus declaraciones a una reunión con los Dres. Seminoff y Squires de NOAA Fisheries. Con base en dicha reunión, la

---

481 Memorial de Réplica, ¶¶ 484-487. Segunda DT Mark Gordon, ¶¶ 13, 26-34.

482 DT [redacted], ¶¶ 5-7.

483 Segunda Declaración Testimonial de Mark Gordon ¶¶ 18 y 33 [redacted] […]”).

Demandante afirma que ambos científicos supuestamente opinaron que Don Diego y las tortugas podían coexistir en el Golfo de Ulloa y que el Proyecto era ambientalmente sólido y socialmente responsable.[484]

271. En el Memorial de Réplica, la Demandante insiste en basarse en esta premisa para argumentar que: *i)* el Proyecto Don Diego no pone en riesgo a la especie *Caretta caretta;*[485] *ii)* el impacto del Proyecto "fue adecuadamente abordado en la MIA y con las medidas de mitigación implementadas era muy poco probable que existiera cualquier mortalidad";[486] *iii)* el Proyecto "era ambientalmente sustentable y debía ser aprobado con la implementación de las medidas de mitigación propuestas por ExO";[487] *iv)* que la evidencia científica estableció que no existía un impacto ambiental,[488] y *v)* que la Demandante reclutó a expertos de talla mundial en dragado y medioambiente para contribuir al desarrollo de las operaciones de dragado y proteger el medioambiente.[489]

272. Todos los aspectos anteriormente señalados son falsos y las Resoluciones de la DGIRA dan cuenta de ello, sustentándose en diversos elementos técnico-científicos con base en los cuales formuló su determinación. De hecho, la Demandante ha reconocido que la DGIRA se basó fuertemente en los estudios del Dr. Seminoff para denegar la MIA.[490]

273. Aunque en la etapa de producción de documentos México solicitó a la Demandante las comunicaciones intercambiadas entre los directivos y ejecutivos de Odyssey y ExO con el Dr. Seminoff y el Dr. Squires, así como los documentos sobre la reunión de noviembre de 2015,[491] los

---

484 Primera DT Claudio Lozano, ¶¶ 58-59. DT Richard Newell, ¶¶ 26.4-26.8. Primera DT Mark Gordon, ¶¶ 76-77. Email de D. De Narvaez a varios, 18 de noviembre de 2015. **C-0137**. Memorial de Demanda, ¶ 139.

485 Memorial de Réplica, Sección II.B.2.

486 Memorial de Réplica, ¶ 43.

487 Memorial de Réplica, ¶ 6.

488 Memorial de Réplica, Sección II.B.3.

489 Memorial de Réplica, Sección II.E.

490 Memorial de Demanda, ¶ 139.

491 Resolución Procesal No. 3 del 23 de abril de 2021, Anexo B, Solicitud No. 31 de la Demandada, pp. 66-67.

documentos exhibidos por la Demandante son poco conclusivos y no demuestran sus afirmaciones.[492]

274. A pesar de ello, el Sr. Claudio Lozano insiste en que no está de acuerdo con México en que el Proyecto era ambientalmente insostenible y que la MIA 2015 tenía defectos importantes.[493] De igual forma, en el Memorial de Réplica, la Demandante reiteró —y criticó— que México, *inter alia*, no cuestionó aspectos ambientales del Proyecto.[494] Debido a ello, la Demandada se vio en la necesidad de recurrir al Dr. Seminoff para aclarar las alegaciones de la Demandante en torno a su opinión sobre la supuesta solidez ambiental del Proyecto Don Diego.

275. Al respecto, el Dr. Seminoff ha confirmado lo siguiente sobre las "impresiones" de los representantes de la Demandante sobre la reunión de noviembre de 2015:

> In reading the excerpts from [Claimant's Memorial and Reply; excerpts of the first witness statements of Messrs. Richard Newell, Mark Gordon and Claudio Lozano; and certain documents produced by the Claimant in the arbitration relating to a meeting that took place in November 2015], it is readily apparent that Odyssey has mischaracterized the sentiments I shared about the project during the November 18, 2015 meeting.
>
> First, […] Mr. Lozano's and Mr. Gordon's statements suggests that I somehow had the authority to render Agency decisions regarding the efficacy of the Project; this is fundamentally inaccurate. Specifically, I did not and would never put myself in a position to speak on behalf of NOAA, nor did I indicate in any way to Odyssey or to any NGO that I had the authority to make statements about NOAA's approval or endorsement of any project.
>
> Second, […] At this meeting, I did not express any view regarding whether the Project and turtles could co-exist. Instead, I listened politely to the presentation, […] I did not state or express that the Project seemed to be environmentally sound or socially responsible. In fact, I do not recall any discussions about social or economic development programs on which to conclude that the Project was socially responsible. Further, I do not recall Dr. Squires expressing the sentiments or views attributed to him about the project.[495]

---

492 En esencia, los documentos producidos por la Demandante consistieron en correos electrónicos internos; correos electrónicos intercambiados con funcionarios de NOAA para agendar la reunión; un artículo académico del Dr. Squires y una fotografía al exterior de las instalaciones de NOAA Fisheries. *Ver* correos electrónicos de los Sres. Narváez y otros del 14 de abril de 2016. **R-0188**. Fotografía producida el 9 de abril de 2021 por la Demandante **R-0189**. y Dale Squires, Fisheries buybacks: a review and guidelines, Fish and Fisheries, 2010. **R-0190**.

493 Segunda DT Claudio Lozano, ¶ 6.

494 Memorial de Réplica, ¶ 56. Primera DT Richard Newell, ¶¶ 3, 23-28.

495 DT Jeffrey Seminoff, ¶¶ 9-11.

276. La declaración del Dr. Seminoff es contundente y deja ver que las manifestaciones de los testigos de la Demandante resultan seriamente cuestionables. De hecho, las impresiones erróneas del Sr. Claudio Lozano respecto de la reunión que sostuvo con los Dres. Seminoff y Squires evidencian que éstas parecen ser resultado de su entusiasmo con el Proyecto, así como del sesgo natural que él mismo probalmente generó debido a su interés en la autorización de éste. Por ejemplo, el Sr. Claudio Lozano supuso —equivocadamente— que el Dr. Seminoff habría refutado su valoración de que el Proyecto Don Diego no afectaría a las tortugas si no hubiera estado de acuerdo con esa evaluación. Al respecto, el Dr. Seminoff ha precisado que:

> This is an unfounded assumption, as Mr. Lozano and I had never previously met and he did not know me. In general, while I welcome informational meetings of this nature when discussing projects that might interact with sea turtles, I would need far more information than that emerging from a single in-person meeting, with no follow-up, prior to reaching any conclusions about the efficacy or impacts of such a project on sea turtles. Simply put, the information shared by Odyssey at the November 2015 meeting did not permit me to express any conclusions regarding whether and how the Project would impact sea turtles.
>
> I recall that during the meeting I was encouraged that officials for a large mining project such as Don Diego were considering ways to reduce impacts to sea turtles. However, I believe that Mr. Lozano's statement conflates my being "pleased" or encouraged with endorsement or approval.[496]

277. Contrario a lo que la Demandante pueda afirmar, en realidad el Dr. Seminoff: *i)* nunca externó su apoyo —ni el de NOAA— al Proyecto; (2) jamás afirmó que los esfuerzos de mitigación del Proyecto Don Diego fueron suficientes para prevenir las interacciones de la tortuga boba, o (3) mucho menos comunicó que probablemente no habría un impacto potencial en las tortugas boba en el área de operación.[497] Para beneficio del Tribunal, a continuación se transcribe a detalle cada uno de estos aspectos que fueron explicados por el Dr. Seminoff:

> With respect to (1), I have been a scientist at NOAA for 19 years and I am well aware of our organizational norms and protocols for approval processes. I did not and would never put myself in a position to speak on behalf of NOAA, nor did I suggest in any way to the meeting participants that I had the authority to make statements about NOAA's approval or endorsement.
>
> With respect to (2), as a professional sea turtle scientist, I focus my research on sea turtle ecology and habitat use. I am not involved in the field of sea turtle interaction mitigation for dredge operations such as the proposed substrate extraction activities of the Don Diego Project, and I do not have expertise on this topic. Due to this lack of expertise and my cautious personal nature, I did not and would not make broad statements about

496 DT Jeffrey Seminoff, ¶¶ 12-13.

497 DT Jeffrey Seminoff, ¶ 14.

> the efficacy of sea turtle interaction mitigation protocols such as those proposed by the Don Diego team.
>
> With respect to (3), based on my own research, I know that loggerheads occur throughout the Gulf of Ulloa and are present in areas outside of the "hotspots." (*See* maps from Seminoff et al. 2014). Therefore, even with the most stringent interaction mitigation procedures, there is always a possibility that loggerheads will be interacted with; sea turtles are curious creatures and even at low population density there is some probability of interaction with fisheries or dredging gear. Also, considering the large number of loggerheads that can be present in the Gulf of Ulloa— approximately 40,000—I did not and would not suggest that the Don Diego Project could move forward with no impact to the local loggerhead population.[498]

278. Resulta importante destacar que el propio Dr. Seminoff ha confirmado que incluso con los procedimientos más exigentes de mitigación, no se puede sostener que el Proyecto Don Diego no tendrá un impacto en la especie de la tortuga *Caretta caretta*, tal como lo estableció la DGIRA en sus Resoluciones.

5. Personas relacionadas con AHMSA fueron los principales interlocutores del Proyecto

279. Como fue mencionado en el Memorial de Contestación y por la misma Demandante, a partir de 2015, AHMSA empezó a ser el interlocutor de ExO y Don Diego frente a la SEMARNAT.[499] Lo que resalta de esta situación es la insistencia de diversas personas relacionadas con AHMSA de buscar "empatías" por parte de la SEMARNAT con la finalidad de obtener la AIA del Proyecto. Este curso de acción evidencia la necesidad de ExO de tener que influenciar políticamente una decisión cuyo análisis involucraba una naturaleza técnico-científica por parte de la DGIRA.[500] Si Don Diego hubiese sido técnicamente víable, como la Demandante afirma, no hubiese existido la necesidad de dedicar tantos recursos en intentar impulsar su proyecto a través de personajes polémicos y acaudalados miembros del sector privado o de la vida política nacional para buscar sacar a flote dicho Proyecto.

280. La Demandada solicita al Tribunal tomar en cuenta lo siguiente:

---

498 DT Jeffrey Seminoff, ¶¶ 15-17.

499 Memorial de Contestación, ¶¶ 37, 43.

500 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 31.

- El Sr. Alonso Ancira, un influyente empresario y el principal directivo de AHMSA, fungió como el principal interlocutor del Proyecto Don Diego.[501]

- El Sr. Diego Fernández de Cevallos, un influyente empresario y político, se desempeñó como asesor de negocios de ExO y también fue un interlocutor del Proyecto Don Diego frente a la SEMARNAT, e inclusive la Demandante ha confirmado que el Sr. Fernández de Cevallos contaba con un interés económico en Don Diego.[502] El Sr. Fernández de Cevallos ha sido reiteradamente señalado por abuso de poder y tráfico de influencias, debido a que anteriormente fungió como diputado y senador, así como de adeudos millonarios a la Demandada.[503] Al parecer ExO esperaba que, ante la falta de sustento técnico, la influencia del Sr. Fernández de Cevallos fuera lo suficientemente relevante para la aprobación del Proyecto Don Diego por la vía política, lo cual no ocurrió.

- El Sr. Mauricio Limón, anterior Subsecretario de Medio Ambiente,[504] fue asesor de ExO y [redacted] para discutir la MIA 2015.[505]

- El Sr. Juan Elvira, un anterior Secretario de la SEMARNAT y ahora ejecutivo de AHMSA, también [redacted] para discutir la MIA 2015, inclusive en periodos cuando ni siquiera el Proyecto estaba sujeto a evaluación de la DGIRA.[506]

281. Si bien es cierto que funcionarios de la SEMARNAT pueden tener reuniones de cortesía con representantes de promoventes de MIAs, la situación del Proyecto Don Diego fue atípica. Es sumamente cuestionable que la Demandante fomentara un intenso ejercicio de cabildeo en torno a

---

501 Memorial de Demanda, ¶¶ 130. Memorial de Contestación, ¶¶ 258-59.

502 Primera DT Claudio Lozano, ¶ 69. Primera DT Mark Gordon ¶ 83. Primera DT Rafael Pacchiano, ¶ 50.

503 Proceso, Diego y sus millonarios litigios con el poder del poder, 26 de mayo de 2010. **R-0195.** El Universal, "El Jefe Diego", triunfador en juicios polémicos y millonarios, 2 de octubre de 2019. **R-0196.** SDP Noticias, Diego Fernández de Cevallos, del tráfico de influencias a la campaña de contrastes, 15 de octubre de 2021. **R-0197.**

504 Memorial de Demanda, ¶ 92. Memorial de Contestación, ¶ 202.

505 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 88. Correo electrónico 22 de marzo de 2016. **C-0405**.

506 *Ver* correo electrónico del 10 de agosto de 2016. **C-0416**. *Ver* correo electrónico del 14 de enero de 2017, **C-0363**.

Don Diego con el apoyo de ciertos empresarios y políticos.[507] Cabe destacar que ninguno de los principales interlocutores de ExO ante la SEMARNAT fueron presentados como testigos en este arbitraje.

G. [redacted] y [redacted] son infundadas

282. El Memorial de Réplica de la Demandante ha "reciclado" algunas acusaciones dirigidas en contra del Estado mexicano, previamente expuestas en la Solicitud de Medidas Provisionales, [redacted].[508]

283. La Demandada no considera necesario tener que transcribir nuevamente lo expuesto en la Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, considerando que esta situación fue resuelta por el Tribunal mediante la RP 4.[509] [redacted][510] No existe evidencia que dé muestra de ello, justamente como lo resolvió el Tribunal en la RP 4.[511]

284. La Demandada únicamente se encuentra ejerciendo un derecho legítimo consistente en presentar su defensa en este arbitraje, aportar contra-argumentos de hecho y de derecho, aportar evidencia, y cuestionar las alegaciones y las pruebas de la Demandante, [redacted] y [redacted]

---

507 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 33-35.

508 Memorial de Réplica, ¶¶ 6, 145-171, 198. Segunda DT [redacted], ¶¶ 5-9. Segunda DT [redacted], ¶¶ 6-11.

509 *Ver* Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales del 23 de abril de 2021. RP 4 del 25 de mayo de 2021, ¶¶ 60-68.

510 Memorial de Réplica, ¶¶ 6, 145-148.

511 RP 4, ¶¶ 62-67 [redacted]

285. Como fue explicado en la Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, [redacted].[512]

286. Sin perjuicio de ello, el mecanismo de solución de controversias previsto en el Capítulo XI del TLCAN no otorga inmunidad a personas físicas o morales ante cualquier hecho que pueda dar lugar a sanciones administrativas o delitos, y que deban ser investigados conforme a la legislación nacional de cada una de las Partes como, por ejemplo, aquellas investigaciones en contra de exfuncionarios públicos a cargo del OIC de la SEMARNAT. En México – como en cualquier país donde existe un Estado de derecho – los procedimientos de sanción administrativa y los procedimientos penales parten del principio de presunción de inocencia, acceso a la justicia, debido proceso y legalidad.[513]

287. Como ha sido expuesto en este Memorial de Dúplica, el Tribunal podrá corroborar que no existe proporción entre las serias acusaciones expuestas por la Demandante en contra del Sr. Pacchiano y el Estado mexicano – carentes de cualquier evidencia –, [redacted][514]

288. Por todo ello, resultan infundadas [redacted].

---

512 Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales del 23 de abril de 2021, ¶¶ 3, 39-42. Oficio del 21 de abril de 2021 del OIC de la SEMARNAT, p. 4. **R-0158.**

513 Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales del 23 de abril de 2021, ¶¶ 41-44.

514 *Ver* Segunda DT [redacted], ¶¶ 27-31.

H. Otros países han sido escépticos y cautelosos al momento de autorizar proyectos de dragado marino similares al Proyecto Don Diego

289. Existen múltiples controversias pendientes referentes a propuestas de proyectos de extracción de minerales del subsuelo marino. Por ejemplo, desde hace varios años, la empresa Namibian Marine Phosphate (NMP) ha tratado de llevar a cabo proyectos de extracción de fosfato del subsuelo marino en las aguas de Namibia. En junio de 2021, como resultado de una demanda presentada por organizaciones pesqueras, una corte de Namibia determinó que NMP había violado su licencia de extracción de minerales al llevar a cabo acciones de "*trial mining*" y "*bulk sampling*" sin un certificado válido de autorización ambiental. Previamente, un certificado de autorización ambiental emitido en 2016 a favor de NMP fue anulado, ya que una corte determinó que la agencia ambiental no había seguido los requisitos de procedimiento pertinentes, por lo que la solicitud tuvo que comenzar desde cero.[515]

290. De forma similar, la empresa Chatham Rock Phosphate (CRP) obtuvo un permiso para extraer fosfato del subsuelo marino, sin embargo, en 2015, su solicitud para obtener un permiso ambiental fue rechazada. Un artículo publicado recientemente por la *Society of Environmental Toxicology and Chemistry* en la revista *Integrated Environmental Assessment and Management* señaló que:

> Interested parties objected to the project on the grounds that it would adversely affect fishing, seabirds, marine mammals, and primary productivity. Experts representing all of the interested parties analyzed these issues and decided that it was unlikely that there would be any significant impacts on them. The phosphate on the Chatham Rise has a number of environmental benefits (e.g., extremely low cadmium, low runoff into waterways, reduced CO2 emissions from transport) but there was almost no vocal support for the project from the agricultural or environmental sectors.
>
> Ultimately the decision-making committee declined the application because they did not consider the environmental risks were sufficiently well understood, did not believe the proposed conditions or adaptive management could address possible adverse environmental effects, and thought the benefits of the project were not sufficient to outweigh these uncertainties.
>
> CRP has since identified the work required to fill the data gaps to support another environmental consent application. It is awaiting the outcome of court appeals arising

[515] *Confederation of Namibian Fishing Associations, et al. v. Environmental Commissioner Teofilus Nghitila, et al*., Case No. HC-MD-CIV-MOT-REV-2016/00335 (High Court of Namibia Main Division, Windhoek) (30 June 2021). **R-0202**.

> from a marine mining project closer to shore that will clarify the interpretation of the governing legislation before starting its reapplication process.[516]

291. El caso al que se refiere el artículo anterior trata sobre una disputa relacionada con una aprobación ambiental para otro proyecto de extracción de minerales del subsuelo marino en las aguas territoriales de Nueva Zelanda, realizado por Trans-Tasman Resources (TTR), el cual involucra la extracción de arena ferrífera ("*iron sands*"). En 2017, en una decisión dividida, el "*Decision-Making Committee*" (DMC) designado por la autoridad ambiental de Nueva Zelanda, aprobó el otorgamiento de una autorización ambiental para dicho proyecto. La decisión fue recurrida por un grupo de organizaciones ambientales y pesqueras. El Tribunal Supremo (*The High Court*") anuló la autorización bajo el argumento de que el DMC había aplicado un "*adaptive management approach*" no autorizado por la ley. TTR impugnó la decisión ante la Corte de Apelaciones ("*Court of Appeal*"), sin embargo, la contraparte también contraimpugnó señalando que había motivos adicionales para revocar la autorización. La Corte de Apelaciones rechazó la apelación de TTR y señaló que estaba de acuerdo con algunos de los argumentos de los grupos ambientales y pesqueros, de conformidad con lo siguiente:

> [258] The conditions imposed by the DMC reflect a high level of uncertainty about the baseline in relation to the presence and distribution of seabirds and marine mammals, and about the likely effects of TTR's mining activities on seabirds and marine mammals. That uncertainty was the product of incomplete information about those matters.
>
> [259] We consider that the DMC's response to this level of uncertainty was inconsistent with the EEZ Act for a number of overlapping reasons:
>
> (a) The level of uncertainty identified in the DMC decision, and reflected in the conditions imposed, engaged the requirement to favour caution and environmental protection in ss 61(2) and 87E (2). Granting consent on the basis of this level of information, and conditions of the kind imposed by the DMC, was not in our view consistent with that requirement.
>
> (b) To the extent that the relevant effects were caused by the sediment plume, and thus relevant to the marine discharge consent sought by TTR, the high level of uncertainty meant that the DMC could not be satisfied that the s 10(1)(b) objective of protecting the environment from pollution caused by such discharges would be achieved.
>
> (c) Imposing very general conditions about avoiding adverse effects on these fauna, and leaving the specific controls required in order to avoid such effects to management plans prepared by TTR and submitted to the EPA for certification, was inconsistent with the

[516] Amanda Reichelt-Brushett, Judi Hewitt, Stefanie Kaiser, Rakhyun Kim, and Ray Wood, *Deep seabed mining and communities: A transdisciplinary approach to ecological risk assessment in the South Pacific*, in Integrated Environmental Assessment and Management (2021), p. 7 (disponible en línea). **R-0203.**

> scheme of the EEZ Act and the public participation rights for which it provides. Submitters should have an opportunity to be heard on these topics. The result of deferring these issues to management plans was to remove submitters' rights to be heard by the decision-maker with responsibility for determining these important issues.[517]

292. TTP recurrió la decisión de la Corte de Apelaciones ante el Tribunal Supremo de Nueva Zelanda y el proceso se encuentra aún pendiente de resolución.[518]

293. Mientras tanto, una posible empresa minera de subsuelos marinos llamada DeepGreen Metals fue fusionada recientemente con una empresa pública existente llamada Sustainable Opportunities Acquisition Corp, convirtiéndose en The Metals Company. DeepGreen/The Metals Company ha estado buscando explotar nódulos polimetálicos en una región oceánica conocida como la Zona Clarion-Clipperton (CCZ). Una "declaración de poder" ("*proxy statement*") presentada por Sustainable Opportunities Acquisition Corp ante la Comisión de Bolsa y Valores de EE.UU. (SEC) en apoyo de la fusión, incluyó las siguientes declaraciones:

> Potential future commercial-scale nodule collection operations in the CCZ are certain to disturb wildlife in the operating area. The nature and severity of these impacts on CCZ wildlife are expected to vary by species and are currently subject to significant uncertainty. DeepGreen's studies cataloguing wildlife and ecosystem function, piloting the nodule collection system and assessing impacts arising from the use of this system are all currently in progress. Given the significant volume of deep water and the difficulty of sampling or retrieving biological specimens in the Area, a complete biological inventory might never be established. Accordingly, impacts on CCZ biodiversity may never be, completely and definitively known. For the same reasons, it may also not be possible to definitively say whether the impact of nodule collection on global biodiversity will be less significant than those estimated for land-based mining for a similar amount of produced metal.
>
> It is also currently not definitively known how the risk of biodiversity loss in the CCZ could be eliminated or reduced through mitigation strategies or how long it will take for disturbed seabed areas to recover naturally. Prior research indicates that the density, diversity and function of fauna representing most of resident biomass (including mobile, pelagic and microbial life) are expected to recover naturally over years to decades. However, a high level of uncertainty exists around recovery of fauna that requires the

---

517 *Between Trans-Tasman Resources Limited AND Taranaki-Whanganui Conservation Board, Cloudy Bay Clams Limited, Fisheries Inshore New Zealand Limited, Greenpeace of New Zealand Incorporated, Kiwis Against Seabed Mining Incorporated, New Zealand Federation of Commercial Fishermen Incorporated, Southern Inshore Fisheries Management Company Limited, Talley's Group Limited, Te Ohu Kai Moana Trustee Limited, Te Rūnanga O Ngāti Ruanui Trust, The Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Incorporated and The Trustees of Te Kahui O Rauru Trust AND Environmental Protection Authority*, CA573/2018 [2020] NZCA 86 (3 April 2020), ¶¶ 258-259. **R-0204.**

518 *Trans-Tasman Resources' seabed mining appeal under way in Supreme Court*, New Zealand Herald Whanganui Chronicle (17 Nov. 2020). **R-0205**.

> hard substrate of nodules for critical life function. The extent to which planned measures, such as leaving behind 15% of nodule cover (by mass) and setting aside no-take zones, would aid recruitment and recovery of nodule-dependent species in impacted areas will depend on factors like habitat connectivity, which is an area that is still under study.[519]

294. Es interesante hacer notar que esta divulgación se agregó después de las consultas de la SEC sobre el hecho de por qué la empresa no había discutido en el documento, como lo había hecho en otras publicaciones, los impactos en los fondos marinos afectados. [520]

295. La Demandada ha descrito los ejemplos anteriores para demostrar dos puntos clave:

- *Primero*, como cuestión fáctica, no es creíble afirmar que se puede tener conocimiento perfecto de que un proyecto de minería de aguas profundas a gran escala, como el Proyecto Don Diego, no tendrá efectos negativos sobre la vida marina, tal y como lo argumentó la Demandante ante a la SEMARNAT y, de igual forma, ante este Tribunal.
- *Segundo*, aplicar el principio precautorio a un proyecto propuesto de esta naturaleza no es inusual y, ciertamente, no constituye una violación al nivel mínimo de trato conforme el derecho internacional consuetudinario, como se verá *infra*.

III. ARGUMENTO LEGAL

A. La Demandante no ha cumplido la carga y el estándar probatorio necesario para demostrar las serias alegaciones formuladas en contra del Sr. Pacchiano y el Estado mexicano

296. La carga de la prueba ("*burden of proof*") y el estándar probatorio ("*standard of proof*") son dos elementos fundamentales en materia de evidencia dentro de procedimientos de solución

---

[519] Amendment No. 4 to Form S-4 Registration Statement of Sustainable Opportunities Acquisition Corp., *Proxy Statement for Extraordinary General Meeting of Sustainable Opportunities Acquisition Corp. Prospectus for 62,000,000 Common Shares and 24,500,000 Warrants of Sustainable Opportunities Acquisition Corp. which will be Renamed "TMC The Metals Company Inc." as a Result, and Upon the Consummation, of the Continuance as a Company Existing Under the Laws of British Columbia as Described Herein*, Form 424B3 (Aug. 13, 2021), p. 50. **R-0206**. *Ver también* p. 126 ("… although DeepGreen believes that the lifecycle ESG impacts of metal production from polymetallic nodules are significantly lower than land-based mining, given that no seafloor polymetallic nodule deposit has been collected on a commercial scale to date, there is some uncertainty regarding the ultimate potential impact of commercial-scale operations on wildlife and ecosystem function on the CCZ abyssal seafloor and overlying water column. There can be no assurance that the ESG impacts of metal production from nodules are not greater than anticipated.").

[520] *Ver* carta del 28 de julio de 2021 de la empresa Sustainable Opportunities Acquisition Corp a la SEC. **R-0207.**

de controversias internacionales. La carga de la prueba se rige por el principio "*onus probandi incumbit actori"* y su objetivo consiste en asegurar que la parte que realiza cierta alegación asuma la responsabilidad de demostrarla.[521] Con base en ello, en el arbitraje de inversión, la carga de demostrar el impacto de una medida realizada por un Estado demandado indiscutiblemente la tiene el inversionista demandante.[522]

297. La Demandante parece no entender que tiene la carga de la prueba de demostrar las acusaciones formuladas en este arbitraje en contra del Estado mexicano y, particularmente, en contra del Sr. Pacchiano.[523] La carga probatoria no puede ser eludida por Odyssey y el riesgo de no cumplir con ella implica que Tribunal no pueda ser persuadido de los hechos alegados y, como consecuencia, tenga que desestimar la reclamación.[524]

298. En lo que respecta al estándar probatorio, éste consiste en el grado probatorio necesario para demostrar un hecho o alegación, *i.e.*, responde a la duda de cuánta evidencia es necesaria para demostrar un aspecto en cuestión o todo el caso presentado por una parte. El tribunal de *Rompetrol c. Rumania* lo explicó de la siguiente manera:

---

521 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ, Judgement, 26 de noviembre de 1984, ¶101. **RL-0083.** ("Ultimately, however, it is the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it"). *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ, Judgement, 31 de marzo de 2004, ¶ 55. **RL-0084** ("Both Parties recognize the well-sellled principle in international law that a litigant seeking to establish the existence of a fact bears the burden of proving it."). *Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 177. **CL-0068**. *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso ICSID No.ARB/06/3, Laudo, 6 mayo de 2013, ¶ 178. **RL-0085**.

522 *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, 26 de julio de 2007, ¶ 121. **RL-0086** ("[…] the burden of demonstrating the impact of the state action indisputably rests on the Claimant. The principle of onus probandi actori incumbit – that a claimant bears the burden of proving its claims – is widely recognized in practice before international tribunals."). *Ver* también *International Thunderbird Gaming Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 95, **CL-0168** ("[…]la parte que argumenta una violación del derecho internacional que genera responsabilidad internacional tiene la carga de probar sus afirmaciones").

523 Memorial de Réplica ¶ 118 ("la Demandada no ha presentado pruebas documentales para sostener su argumento de que la Denegatoria de la MIA por parte de la SEMARNAT estuvo impulsada por cualquier otra cosa excepto las motivaciones políticas y personales del Sr. Pacchiano.").

524 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, ¶¶ 248-249. **RL-0087**. *Ver Windstream Energy LLC v. Canada*, PCA Case No. 2013-22, Laudo, 27 de septiembre de 2016, ¶351. **CL-0124**. *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, ¶¶ 19.2, 19.15 y 19.26. **RL-0057**.

> the burden of proof is an absolute principle that defines which party has to prove what in order for its case to prevail. The standard of proof defines how much evidence is needed to establish either an individual issue or the party's case as a whole."[525]

299. De manera generalizada se ha aceptado que la parte contendiente que alegue hechos o reclamaciones de considerable gravedad en contra de un Estado —como por ejemplo ilícitos, actos de corrupción, delitos, fraudes, entre otras conductas—, deberá cumplir un estándar probatorio alto.[526] Esta situación obedece a la reconocida conclusión a la que llegó la Jueza Higgins en *Case Concerning Oil Platforms*, consistente en que "[t]he graver the charge, the more confidence there must be in the evidence relied on".[527] Esto significa que la parte que alegue hechos de considerable gravedad, no solo tiene la carga de la prueba ("*burden of proof*") de demostrar dicha alegación, sino que además, la evidencia que presente deberá cumplir con un estándar probatorio claro y convincente, *i.e.*, un alto umbral ("*high threshold*") probatorio.

300. Con una redacción diferente ("*conclusive evidence*", "*clear and convincing evidence*", "*more persuasive evidence*", "*irrefutable proof*", "*sufficient to exclude any reasonsable doubt*", entre otros), pero con el mismo objetivo, varios tribunales han reiterado que resulta necesario cumplir un estándar de prueba alto cuando las reclamaciones están relacionadas con actos ilícitos ("*wrongdoings*"). Ante ello, los inversionistas demandantes que aleguen este tipo de reclamaciones deben cumplir plenamente con la carga probatoria y demostrar de manera irrefutable sus alegaciones.[528]

---

525 *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso ICSID No.ARB/06/3, Laudo, 6 mayo de 2013, ¶ 178. **RL-0085**.

526 *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Sentencia de Fondo, 9 de abril de 1949, p. 17. **RL-0088** ("A charge of such exceptional gravity against a State would require a degree of certainty that has not been reached here"). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v Serbia), ICJ, Sentencia, 3 de febrero de 2015, ¶ 177-178. **RL-0089** ("The Court, after recalling that "claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive").

527 *The Case Concerning Oil Platforms* (Iran v. U.S.), Opinión Jueza Rosalyn Higgins, 2003, ¶ 33. **RL-0090**.

528 *Waguih Elie George Siag v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, Laudo, 1 de Junio, 2009, ¶ 326, **RL-0091** ("It is common in most legal systems for serious allegations such as fraud to be held to a high standard of proof"). *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso ICSID No. ARB/05/13, Laudo, Oct. 8, 2009, ¶ 221. **CL-0043** ("The evidence before the Tribunal in the instant case concerning the alleged solicitation of a bribe is far from being clear and convincing."). *Chemtura Corporation v. Government of Canada* (UNCITRAL) Award, 2 August 2010, ¶ 137. **CL-0033** ("in accordance with well established principles on the allocation of the burden of proof, and the standard of proof for allegations of

301. En este caso, la Demandante no ha demostrado (*i.e.*, carga probatoria) con ninguna evidencia clara y convincente que cumpla con el alto umbral requerido (*i.e.*, estándar probatorio) conforme a la seriedad y gravedad de sus acusaciones. A manera de ejemplo, la Demandante no ha logrado demostrar:

- La supuesta solicitud —a manera de exigencia— del Sr. Pacchiano, planteada el 18 de junio de 2015, al Sr. Ancira para que ExO retirara la MIA 2014, con la finalidad de que fuera presentada nuevamente ante la DGIRA acompañada con cartas de apoyo.[529]
- Las supuestas reuniones realizadas en marzo y/o mayo de 2016 en las que aparentemente el Sr. Ancira se molestó con el Sr. Pacchiano (ya en ese entonces Secretario de Estado), derivado de lo cual el Sr. Pacchiano se sintió "insultado", [redacted].[530]
- La alegación respecto a que la AIA del Proyecto Don Diego fue rechazada debido a motivaciones políticas y personales del Sr. Pacchiano, con la finalidad de no ser destituido como Secretario de Estado y no afectar su carrera política y la de su esposa.[531]
- La alegación consistente en que una vez emitida la sentencia de marzo de 2018 del TFJA, nuevamente el Sr. Pacchiano, en calidad de Secretario de Estado, [redacted].[532]
- [redacted].[533]

bad faith or disingenuous behaviour is a demanding one"). *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/07/14, Extractos del Laudo, 22 de junio de 22, 2010, ¶¶ 422-424. **RL-0092**. Lo anterior ha sido confirmado también en comunicaciones de partes no contendientes en arbitrajes inversionista-Estado. *Ver Omega Engineering LLC and Oscar Rivera v. Republic of Panama*, Caso ICSID No.ARB/16/42, Submission of the United States of America, Feb. 3, 2020, ¶ 45. **RL-0093.**

529 Memorial de Demanda, ¶¶ 130, 254. Memorial de Réplica, ¶ 88.

530 Memorial de Demanda, ¶¶ 144-146. Memorial de Réplica, ¶ 88.

531 Memorial de Demanda, ¶¶ 130, 254. Memorial de Réplica, ¶¶ 2, 111-113, 194.

532 Memorial de Demanda, ¶¶ 262. Memorial de Réplica, ¶ 198.

533 Memorial de Réplica, ¶¶ 6, 148.

302. Considerando que estas alegaciones son la base fáctica de las violaciones a los artículos 1105[534] y 1110[535] del TLCAN alegadas por Odyssey en este arbitraje de inversión, resulta seriamente cuestionable que la Demandante no haya logrado demostrar ninguna de esas alegaciones.

303. El Tribunal podrá corroborar que las acusaciones de la Demandante son sumamente graves e inclusive resultan inapropiadas en un arbitraje inversionista-Estado.[536] Independientemente de ello, este tipo de acusaciones no se pueden tomar con ligereza.[537]

304. La gravedad de las acusaciones de Odyssey implican que un Secretario de Estado ordenó que la MIA 2015 del Proyecto Don Diego fuera rechazada por meros "caprichos personales" y con la finalidad de no afectar su imagen y carrera política.[538] Estas acusaciones son falsas.[539]

305. La Demandante pretende demostrar estas acusaciones con: *i)* las declaraciones testimoniales de los Sres. Gordon y Claudio Lozano, personas que no pueden ser considerados testigos "de primera mano" porque no presenciaron muchos de los hechos que alegan (*i.e.*, "*hearsays*");[540] *ii)* las declaraciones testimoniales de los [redacted] y [redacted] las cuales, a consideración de la Demandada, carecen de credibilidad y veracidad, son erróneas e inconsistentes

---

534 Memorial de Réplica, ¶¶ 190, 194, 198, 204-210 ("Una decisión tomada por razones políticas y enmascarada en el ejercicio de un poder regulatorio del Estado es el epítome del trato arbitrario y, como tal, constituye una violación del estándar mínimo de trato […] la MIA fue denegada por razones puramente políticas.").

535 Memorial de Réplica, ¶¶ 237, 238, 250-256 ("la Denegatoria de la MIA fue ejecutada sobre la base de la decisión política del Sr. Pacchiano antes que por consideraciones ambientales legítimas […] la decisión del equipo científico fue anulada por el Secretario por motivos no permitidos bajo el derecho mexicano […] los procesos científicos y ambientales fueron completamente subvertidos por la voluntad política del Secretario Pacchiano").

536 *Ver* Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales del 23 de abril de 2021 y Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 5, 7 y 20.

537 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 194-195.

538 Memorial de Réplica, ¶ 113 ("[…] el Sr. Pacchiano estaba aparentemente tan decidido a pulir sus credenciales con el público que estuvo dispuesto a violar el derecho mexicano […]").

539 Primera DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 11, 30, 33, 36, 39, 43 y 51. Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 5 y 7.

540 *Ver supra*, Sección III.A. En *Moin v Irán*, el *Iran-United States Claims Tribunal* no consideró la evidencia por no ser "firsthand" sino simplemente "*hearsay*", la cual no podía era sustanciada. *Jalal Moin v The Islamic Republic of Iran*, Case No 950, Laudo No 557-950-2, 24 de mayo de 1994, ¶ 19. **RL-0094** ("The Tribunal considers this to be hearsay evidence, on which it cannot rely, unless the evidence is substantiated. Such substantiation is missing.").

con la información que consta en este arbitraje y no son suficientes para sustentar las alegaciones de Odyssey;[541] *iii)* cuatro correos electrónicos intercambiados entre representantes de Odyssey, ExO y AHMSA;[542] *iv)* fragmentos no mayores a 1 un minuto de una rueda de prensa del Sr. Pacchiano que ha sido descontextualizada por la Demandante;[543] *v)* dos artículos de prensa y una nota informativa de 2018 de la SEMARNAT;[544], y *vi)* un "*retweet*" del Sr. Pacchiano a un "*post*" publicado en octubre de 2018 en la cuenta de Twitter de la SEMARNAT.[545]

306. La Demandada explicó en el Memorial de Contestación que esta "evidencia" no es clara ni convincente y no cumple el umbral probatorio para demostrar las serias alegaciones formuladas por Odyssey en contra del Estado mexicano, particularmente en contra del Sr. Pacchiano y ahora en contra de su familia.[546]

---

541 *Ver supra*, Sección III.A. En *Generation v Ukraine*, *PSEG v Turkey*, y *Fraport v Philippines*, los tribunales desestimaron declaraciones de testigos por ser altamente cuestionables y por conflictos de interés. *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, ¶¶ 19.7. **RL-0057**. PSEG v Turkey, ICSID, Laudo, 19 de enero de 2007, ¶¶ 177–178. **CL-0092**. *Fraport AG v Republic of Philippines*, ICSID Case No ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, ¶¶ 328–329. **RL-0095**.

A diferencia de lo ocurrido en este caso, en *Vivendi v. Argentina*, existía evidencia, incluidas actas oficiales de escribanos públicos, sobre supuestas reuniones celebradas entre representantes de las partes. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.* v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007. ¶¶ 4.13.6–4.13.10 (Aug. 20, 2007). **RL-0096**.

En *Azinian*, el tribunal desestimó la declaración de un testigo de los demandantes por falta de credibilidad, siendo ésta la única "prueba" aportada para respaldar las reclamaciones de los inversionistas. *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Laudo, 1º de noviembre de 1999, ¶¶ 119, 122–123. **RL-0009**.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 de febrero de 2005, ¶¶ 177–178. **RL-0097** (caso en el que el tribunal consideró un testimonio del demandante "[n]ot only largely unsupported by contemporary documentation but that it is materially inconsistent with parts of that documentation and also contradicted by other statements").

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, 12 de octubre de 2005, ¶¶ 96–98. **RL-0098** (el tribunal se rehusó a considerar una "uncorroborated and disputed evidence", consistente en una testimonial en torno a una llamada telefónica).

542 Correos electrónicos del 19 de octubre de 2015. **C-0389**, 22 de marzo de 2016. **C-0405** y 10 de agosto de 2016, **C-0416**. Correo electrónico del 15 de febrero de 2017. **C-0363**.

543 Memorial de Contestación, ¶ 494. Primera DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 74-75. *Ver* **C-0174** y **C-0176** (video aportado por la Demandante el 1º de marzo de 2021).

544 Excelsior, "Negarán dragado de arena en Ulloa", 19 de abril de 2018, **C-0171**. La Crónica Jalisco, "Insistirá Semarnat en frenar proyecto minero submarino en BCS", **CL-0173**. Nota informativa SEMARNAT. **C-0470**.

545 *Ver* **C-0177**.

546 Memorial de Contestación, ¶¶ 494-506.

307. Contrario al actuar de la Demandante, la Demandada ha aportado el testimonio directo del Sr. Pacchiano mediante el cual refuta las acusaciones formuladas en su contra.[547] Dado que resulta evidente que Odyssey no ha logrado cumplir con la carga de la prueba, ni con el estándar probatorio requerido para sustentar las serias alegaciones que formula en contra del Estado mexicano, la Demandada solicita al Tribunal que desestime las reclamaciones de la Demandante.

B. Aspectos Jurisdiccionales

308. En el Memorial de Réplica, la Demandante caracterizó de forma completamente errónea la posición de la Demandada respecto a la distinción entre los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, ya sea intencionadamente o más probablemente porque no logra comprender las disposiciones del Tratado. La Demandada no argumentó que un inversionista reclamante no pueda presentar una reclamación por cuenta propia conforme al artículo 1116 y también a nombre de una inversión conforme al artículo 1117; más bien, la Demandada explicó que hay una distinción entre los tipos de daños que están disponibles conforme al artículo 1116 y 1117 del TLCAN y también una diferencia respecto a quién se le debe pagar la posible compensación económica que se ordene en un laudo. Como se explica con mayor detalle *infra* en la Sección de Daños, la Demandante no puede reafirmar daños separadamente para sí misma como accionista y daños por el valor de ExO, ya que esto resultaría en un doble conteo. La Demandante tampoco puede reclamar para sí misma daños basados en la porción de ExO, la cual también es propiedad de inversionistas mexicanos.

309. Existe otra distinción importante entre los artículos 1116 y 1117 del TLCAN. El artículo 1105(1) establece claramente que "[c]ada una de las Partes otorgará a <u>las inversiones de los inversionistas</u> de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, […]". Así, a diferencia del artículo 1102 del TLCAN, por ejemplo, el artículo 1105 no impone obligaciones con respecto a los inversionistas, sino que solo se aplica al tratamiento de las inversiones.[548] En consecuencia, la Demandante no puede presentar una demanda por violación del artículo 1105 como inversionista en virtud del artículo 1116 del TLCAN. De manera similar, la Demandante puede solicitar una

---

547 *Ver* Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 13-24.

548 Diversos académicos han confirmado este punto en los siguientes términos: "The first paragraph of Article 1105 is limited to treatment of investments, unlike the second paragraph of Article 1105, and indeed other provisions such as Article 1102 and 1103, which refer to treatment accorded to both investments and investors. This limitation was present even in the earliest drafts of what became Article 1105(1)." Meg N. Kinnear et al., *Article 1105 - Minimum Standard of Treatment, in Investment Disputes Under NAFTA, An Annotated Guide*, p. 1105-17 (Kluwer 2008). **RL-0144.**

indemnización por expropiación de conformidad con el artículo 1110 solamente como inversionista y solo en relación con su participación en la propiedad.

310. En el Memorial de Contestación, la Demandada planteó preguntas sobre si la Demandante realmente posee y controla ExO, especialmente a la luz de las presentaciones de la Demandante ante la SEC que indicaban que ha comprometido la mayoría de sus activos con MINOSA y con Monaco, y que AMHSA y el ciudadano mexicano Alonso Ancira parecían tener el control de las actividades de ExO en México. En el Memorial de Réplica, la Demandante no abordó el rol del inversionista mexicano en ExO, pero ha presentado evidencia adicional para establecer su rol (indirecto) en la propiedad y control de ExO. Dadas las circunstancias, la Demandada no cree que sea necesario que el Tribunal se pronuncie sobre este tema, porque existen otros fundamentos amplios para desestimar los reclamos de la Demandante.

C. El Testimonio de los [redacted] y [redacted] no es creíble ni admisible

311. La Demandante alega que el hecho de que los [redacted] y [redacted] "estuvieran decididos a prestar testimonio juramentado que podría haber sido considerado […] como antimexicano – especialmente dado el clima político actual- hace que su testimonio sea más […] creíble".[549] [redacted].[550] Estas afirmaciones carecen de sentido por las siguientes razones:

- México desconoce a qué se refiere la Demandante con "el clima político actual".
- Resulta paradójico que la Demandante [redacted].
- La falta de credibilidad de los [redacted] se magnifica considerando que las [redacted], en nada altera el hecho de que ahora su credibilidad resulta seriamente cuestionable.

---

549 Memorial de Réplica, ¶ 146.

550 Memorial de Réplica, ¶ 146.

312. Aunque la Demandante intenta débilmente defender la admisibilidad y credibilidad de las declaraciones testimoniales de los [redacted] y [redacted] los siguientes puntos demuestran claramente que el Tribunal debería considerar ambas declaraciones como inadmisibles o, en su caso, carentes de credibilidad.

313. En primer lugar, es incontrovertible que conforme a la normativa mexicana [redacted].[551] [redacted] — no podría cuestionar seriamente este hecho.[553] Aunque la Demandante pretende cuestionar este punto con una interpretación genérica y *ad hoc* de la normativa mexicana,[554] aceptarla implicaría imputar a una sola persona —el Secretario— <u>absolutamente todos</u> los actos realizados por todos y cada uno de los funcionarios públicos dentro de una Secretaría de Estado. Evidentemente esta interpretación es errónea porque implicaría que la responsabilidad administrativa de los servidores públicos devendría nugatoria al eliminar cualquier tipo de responsabilidad para los funcionarios públicos distintos del Secretario.

314. El Sr. Salvador Hernández, persona que ha estado a cargo de la DGIRA, [redacted] da cuenta de ello:

> El hecho de que el Secretario de la SEMARNAT y el Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental jerárquicamente estén por encima del Director General de la DGIRA, no significa que el Secretario y el Subsecretario sean los funcionarios responsables de evaluar solicitudes de manifestación de impacto ambiental.[555]

315. Los puntos referidos anteriormente también han sido abordados por el Sr. Pacchiano, quien ha rechazado en los siguientes términos las acusaciones formuladas en su contra[556] [redacted]:

---

551 *Ver supra*, Secciones II.C. y II.C.1. Memorial de Contestación, ¶¶ 174, 175, Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 79, 80, 114, 201 y Segundo Informe Solcargo-Rábago, Sección IV.B, ¶¶ 19- 42.

552 Segunda DT [redacted], ¶ 10.

553 Primera DT [redacted], ¶ 2.

554 Memorial de Réplica, ¶ 90. Segundo Informe Héctor Herrera, ¶¶ 24-29.

555 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 6.

556 *Ver supra*, Sección II.C.1.

> A manera de ejemplo, [redacted] Todas estas acusaciones carecen de sustento y, de hecho, son contrarias a lo que establece el ordenamiento jurídico mexicano.[557]

316. En segundo lugar, resulta cuestionable que [redacted][558] [redacted] Este hecho es inverosímil considerando [redacted].[559] Extrañamente, es hasta este momento que, con motivo del arbitraje, los [redacted] y [redacted] [redacted][560] También resulta inverosímil que los [redacted] y [redacted] Las alegaciones de la Demandante se basan en el mero dicho de sus testigos cuya credibilidad resulta seriamente cuestionable.

317. En tercer lugar, es indiscutible que la normativa mexicana prevé controles y equilibrios a la estructura jerárquica que se organiza de manera vertical mediante líneas de autoridad o mando propia del poder ejecutivo.[561] [redacted] y [redacted].[562] La única impugnación en la que se hace mención a

557 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 6 (énfasis añadido).

558 Primera DT [redacted], ¶ 2 y Primera DT [redacted], ¶ 2.

559 *Ver supra*, Secciones II.C.1 y II.C.3.

560 Primera DT [redacted], ¶¶ 26, 27, 30 y 31 y Primera DT [redacted], ¶ 11.

561 Memorial de Contestación, ¶¶ 460-462.

562 *Ver supra*, Secciones II.C. y II.C.1.

esta teoría de "órdenes de mando secretas" es el presente arbitraje.[563] Sin embargo, no existen denuncias al respecto [redacted] de ExO ante órganos fiscalizadores de la SEMARNAT o encargados de investigar cualquier ilícito que confirmen su dicho. Ésta no solo es una cuestión jurídica, sino también ética,[564] como lo sostiene el Sr. Salvador Hernández:

> Lo que más considero preocupante es que [redacted].[565]

318. Los [redacted] y [redacted] [redacted].[566] Sin embargo, esta omisión no es [redacted][567] En su lugar, la Demandante pretende cubrir [redacted][568]

319. En cuarto lugar, [redacted]".[569] Sin perjuicio de que esta afirmación [redacted],[570] resulta revelador que también ExO haya sido omisa en proceder a realizar la denuncia correspondiente ante las autoridades pertinentes.[571] Dicha omisión resulta cuestionable, especialmente considerando que uno de los interlocutores que supuestamente escuchó [redacted] fue el Sr. Diego Fernández de Cevallos, asesor legal y

---

563 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 212.

564 *Ver supra*, Secciones II.B.4, II.C.2 y II.C.3.

565 Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 16.

566 *Ver supra*, Sección II.C.2.

567 **C-0364**, ¶ 2.a y **C-0365**, ¶ 2.a.

568 Informe de Sergio Huacuja, Sección V.A.3, ¶¶ 30-32. *Ver supra*, Secciones II.B.5 y II.C.1.

569 Segunda DT [redacted], ¶ 31. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 186-189.

570 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 201-202.

571 *Ver supra*, Sección II.B.5.

corporativo de ExO,[572] y quien tiene una prolongada trayectoria como actor político y como litigante en asuntos lucrativos en contra de los intereses del Estado.[573]

320. A pesar de que la Demandante alega que las referencias [redacted] las Secciones II.C y IIC.3. [redacted] mecanismos jurídicamente viables para denunciar cualquier irregularidad de los servidores públicos, *i.e.*, ambos podían y debían denunciar a través de esos mecanismos previstos en la ley.[576] Por lo tanto, resulta escandaloso que la Demandante y ExO también hayan omitido denunciar contemporáneamente las supuestas "órdenes de mando" [redacted].[577]

321. En quinto lugar, el [redacted] una vez que el Sr. Pacchiano dejó el cargo a finales de noviembre de 2018. Sin embargo, [redacted]. En efecto, durante las reuniones que sostuvieron los abogados de la Secretaría de Economía (representantes de la Demandada) con la DGIRA, [redacted].[578] [redacted]:

---

572 Memorial de Contestación, ¶¶ 33-34. Escritura pública de Oceánica Resources del 15 de mayo de 2020. **R-0007**. **C-0134**, p. 50. Primera DT. Claudio Lozano, ¶ 69. **C-0057**, p. 8.

573 Redacción, Proceso, Diego, el abogado de los diablos, 25 de mayo de 2010. **R-0173**.

574 Memorial de Réplica, ¶ 148.

575 *Ver supra*, Sección II.C.3.

576 *Ver supra*, Secciones II.C y II.C.3.

577 *Ver supra*, Sección II.B.5

578 *Ver* Segunda DT Salvador Hernández, ¶¶ 7-17.

[…] [redacted].[579]

322. En sexto lugar, y relacionado con el punto anterior, el [redacted].[580] De hecho, el mismo [redacted].[581] Para México esto significaba que el [redacted] que las determinaciones de la DGIRA se realizaron conforme a derecho y, consecuentemente, controvertía implícitamente las reclamaciones de Odyssey.[582]

323. El [redacted][583] sin embargo, esa era precisamente la conclusión más plausible que se podía desprender de su actuar, particularmente cuando omitió aclarar lo contrario sabiendo el sentido de las reclamaciones de Odyssey derivado del aviso de intención público[584] [redacted].[585] Por lo tanto, y a menos que el [redacted].[586]

324. En séptimo lugar, [redacted] "*to review SEMARNAT's concerns directly with*

---

579 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

580 Segunda DT Salvador Hernández, ¶¶ 16-17.

581 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

582 *Ver supra*, Secciones II.B.1.b y II.B.1c.

583 Segunda DT [redacted] ¶ 28.

584 La Notificación de intención de Odyssey se hizo público en la página de la Secretaría de Economía a partir del 22 de marzo de 2019. *Ver*. Correo del Sr. Sergio Sánchez Berumen de 25 de marzo de 2019. **R-0174.**

585 **SHS-001.**

586 *Ver supra*, Secciones II.B.1.b y II.B.1c.

587 *Ver* **SHS-002** y **SHS-003**.

its scientists and the specific mitigation measures Odyssey and ExO have proposed".[588] En ese momento, el [redacted].[589] De hecho, derivado de la postura expresada por la DGIRA, [redacted],[590] la Secretaría de Economía señaló a los funcionarios de la SEMARNAT que si consideraban viable aceptar la propuesta de reunión a nivel de técnicos, "valdría la pena que sea el inversionista que traiga una propuesta que busque solucionar *con verdaderas medidas de mitigación*"[591] y no las que presentó en la MIA [redacted], tal como se refleja en la propia Resolución de 2018.[592]

325. Cabe señalar que los representantes de México le solicitaron expresamente a la DGIRA — [redacted] — conducirse con la verdad y revelar cualquier información que pudiera ser relevante para el caso. En efecto, el Sr. Romero —anterior representante de la Demandada—, confirma este hecho detallando lo acontecido en esa reunión:

> El 7 de febrero de 2019 y con motivo de este arbitraje, tres abogados de la DGCJCI sostuvimos la primera reunión de trabajo con los funcionarios de la SEMARNAT. Esta primera reunión se realizó en las oficinas de la SEMARNAT y asistimos: por parte de la DGCJCI […] [redacted] […]
>
> Era común que en el primer acercamiento con las autoridades involucradas se explicara muy a detalle (i) las atribuciones de la DGCJCI conforme al Reglamento Interior de la Secretaría de Economía sobre la defensa del Gobierno de México, esto de manera fundamental para hacerles saber que el objetivo de los abogados era conocer los hechos mas no juzgarlos, era vital conocer la *verdad*, para poder realizar la mejor defensa posible, […] En particular, recuerdo que les expliqué a los funcionarios de SEMARNAT que sería necesario contar con toda su cooperación y disposición para poder preparar la defensa de México en caso de que el arbitraje avanzara. Lo anterior, como parte del protocolo que normalmente seguían los abogados de la DGCJCI en este tipo de reuniones con las autoridades cuyos actos se reclaman. De hecho, precisé que requeríamos saber todos los detalles, pormenores e información que consideraran relevantes para poder comprender la reclamación de Odyssey y conocer sus méritos.

588 **SHS-003**.

589 *Ver supra,* Sección II.B.1.a.

590 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

591 **SHS-002**, p. 1.

592 **C-0009**.

> Incluso, les solicité expresamente que nos compartieran la información que, aunque no nos favoreciera, sería necesario conocer para poder formular una explicación razonable de esos aspectos al Tribunal, privilegiando la transparencia.[593]

326. Esta solicitud de conducirse con la verdad también fue planteada por correo electrónico insistiendo a los funcionarios de la SEMARNAT que resultaba "vital la información que nos pu[dieran] brindar […] sobre los aspectos técnicos del caso".[594] Por ello, se les requirió, "remitir un documento con la explicación detallada del asunto en respuesta al Aviso de Intención […], los aspectos relevantes de la solicitud de la autorización de impacto ambiental y de los demás hechos que considere pertinentes".[595] Lo anterior, como parte de la información que se requería "para entender mejor el asunto" y en preparación de las consultas [redacted].[596] En respuesta, la SEMARNAT proporcionó un Memorándum elaborado por la UCAJ [redacted].[597]

327. En octavo lugar, y relacionado precisamente con el punto anterior, resulta extraño que ahora el [redacted]".[598] Al respecto, el Sr. Romero ha declarado que le sorprende enteramente que el ingeniero Villa realice esta declaración debido a que:"[e]n la primera reunión, la explicación, preguntas y apertura a recibir comentarios por parte de los funcionarios de la DGCJCI fue hecha a todos los funcionarios de SEMARNAT presentes en la reunión; empero el ingeniero Villa no expresó nada".[599] Además, "[l]as declaraciones en las reuniones eran hechas a todos los funcionarios y siempre se les insistió en conocer la verdad para poder realizar una evaluación del asunto y una defensa adecuada".[600] Incluso, en la reunión del 7 de febrero de 2019, [redacted]

---

593 DT Hugo Romero, ¶¶ 9-10.

594 **R-0068**, p. 3. y **HGRM-002,** p. 3.

595 **R-0068**, p. 3. y **HGRM-002**, p. 3.

596 Segunda DT [redacted], ¶ 30. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 23 y **HGRM-002**.

597 **HGRM-001**. *Ver* DT Hugo Romero, ¶ 22. Segunda DT Salvador Hernández, ¶ 13.

598 Segunda DT [redacted], ¶ 28.

599 DT Hugo Romero, ¶ 12.

600 DT Hugo Romero, ¶ 13.

[redacted][602]

328. En noveno lugar, es problemático que los [redacted] y [redacted][603] [redacted].[604] [redacted].[605] Este actuar es claramente contradictorio.

329. En décimo lugar, aunque la Demandante afirme que [redacted],[606] [redacted].[607] [redacted][608] [redacted]

601 *Ver supra*, Sección II.B.1.a.

602 *Ver supra*, Secciones II.C.3.

603 Segunda DT [redacted], ¶ 34.

604 *Ver supra*, Sección II.B.1.

605 *Ver supra*, Sección II.B.4.

606 Memorial de Réplica, ¶ 147.

607 *Ver supra*, Sección II.B.2.a.

608 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 203-204.

[redacted].[609] [redacted]

330. A pesar de que la Demandante afirma que es [redacted].[611] Cabe precisar que México no compensó a [redacted] ni a ningún otro testigo en alguno de los arbitrajes en los que ha sido demandado.

331. De este modo, la declaración testimonial del Sr. Pacchiano, así como todos los puntos explicados en esta Sección y en las Secciones II.B y II.C., evidencian que las declaraciones testimoniales de los [redacted] y [redacted] deben ser consideradas con reservas por parte del Tribunal. Por lo tanto, la evidencia referida anteriormente apoya fuertemente la posición de la Demandada de que el [redacted] y que tanto el [redacted] como el [redacted] se han conducido, por lo menos, de una manera poco ética.

332. Finalmente, cabe precisar que la Demandante se equivoca cuando afirma que la evidencia únicamente puede ser excluida si se demuestra que fue obtenida ilegalmente.[612] En el caso *EDF (Services) c. Rumania* citado por la Demandada en el Memorial de Contestación,[613] el tribunal excluyó la evidencia en cuestión porque fue obtenida "contrary to the principle of good faith and fair treatment required in international arbitration."[614] En *Libananco Holdings Co. c. República de Turquía*, el Estado turco había interceptado aproximadamente 1,000 correos electrónicos

---

609 [redacted].

610 Memorial de Réplica, ¶ 147.

611 *Ver supra*, Sección II.B.2.

612 Memorial de Réplica, ¶ 156.

613 Memorial de Contestación, ¶ 418.

614 *EDF (Services) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (August 29, 2008), ¶ 38. **RL-0007**.

privilegiados o confidenciales a través de métodos de vigilancia estatal, situación ante la cual el tribunal determinó desechar como pruebas esas comunicaciones.[615] Como explicó el tribunal, la vigilancia no fue ilegal, sino más bien un ejercicio legítimo del derecho soberano del Estado para contrarrestar el crimen.[616]

333. Incluso si el Tribunal decide no excluir la evidencia de los [redacted], se ha establecido que su testimonio es completamente poco creíble. Las acciones del [redacted] la falta de evidencia contemporánea alguna que corrobore sus dichos, la negación por parte de los [redacted]), el testimonio del Sr. Pacchiano quien niega estas acusaciones, entre otras cosas, dejan en evidencia que su motivación está basada en expectativas de una ganancia económica[617] o de otra manera por un agravio general en contra del Gobierno de México. El Tribunal no debería dar ningún crédito a sus testimonios.

D. La falta de divulgación de la Demandante sobre los incentivos económicos contingentes

334. Tratando de negar su propio informe 10-K ante la SEC,[618] la Demandante afirma impetuosamente que "es completamente falso a la vista de este documento que […] honorarios de contingencia dependan del resultado de este arbitraje".[619] Aunque la Demandante asegura que

---

615 *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisión en Cuestiones Preliminares (23 de junio de 2008) ¶ 19. **RL-0079.**

616 *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisión en Cuestiones Preliminares (23 de junio de 2008) ¶ 78. **RL-0079.**

617 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 7.

618 Informe Anual 2019 (Form K) de Odyssey, p. 69 ("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."). **C-0190.**

619 Memorial de Réplica, ¶ 173.

ninguno de sus "*consultants*" anónimos actuará como "expertos o consultores" en este arbitraje, y que ninguno de sus expertos o consultores "presta su declaración sobre la base de una contingencia",[620] la Demandante ha omitido revelar la identidad de los consultores anónimos y ha omitido incluir en el expediente copias de los acuerdos contingentes correspondientes.[621] Por lo tanto, el Tribunal no cuenta con ningún sustento en el expediente para concluir que los testimonios escritos y orales en este arbitraje no están motivados por incentivos económicos que podrían afectar la veracidad de dichos testimonios. Todo lo que el Tribunal sabe es que dos "*consultants*" anónimos recibirán 1.5 millones de acciones en Odyssey, así como US$700,000 "in connection with the litigation of our NAFTA arbitration".[622]

335. A principios de este año, una corte canadiense analizó una estructura similar de incentivos para un consultor. La corte enfatizó que el consultor realizó su investigación "because they were being paid a very large amount of money to do so by someone".[623] La siguiente transcripción resulta relevante:

> I am also somewhat concerned about what inferences the specifics of Black Cube's retainer give rise to. Their base fee was $1.5 million U.S. A bonus structure – the particulars of which I will not elaborate on – provided for maximum fees up to $11 million U.S. Catalyst was the party ultimately paying Black Cube's fees. Even for Catalyst, $11 million is a big number. A natural inference is that the payor of such a significant sum will want to know what it is they are paying for. How else will they know if the fees are reasonable? The alternative is that they do not want to know. Actual knowledge and willful blindness are close cousins.[624]

336. Tal como se describió con mayor detalle en el Memorial de Contestación,[625] las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional no permiten compensaciones por "éxito" o "contingencia" debido a que, como lo han determinado los tribunales, "[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

---

620 Memorial de Réplica, ¶ 174.

621 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 174.

622 Informe Anual 2019 (Form K) de Odyssey, p. 69. **C-0190.**

623 *The Catalyst Capital Group Inc. v. West Face Capital Inc*., 2021 ONSC 125, No. CV-17-587463-00CL, Ruling on Privilege Motions, 11 de enero de 2021, ¶ 367. **RL-0099**.

624 *The Catalyst Capital Group Inc. v. West Face Capital Inc*., 2021 ONSC 125, No. CV-17-587463-00CL, Ruling on Privilege Motions, Jan. 11, 2021, ¶ 379. **RL-0099**.

625 Memorial de Contestación, ¶¶ 427.

parte que lo contrató".[626] Jeffrey Waincymer, citando el Protocolo del *Chartered Institute of Arbitrators*, afirma lo obvio al opinar que "[…] most would see a contingency fee based on success in the proceedings as being an unacceptable interference with independence".[627] Por la misma razón, las reglas de ética de las asociaciones de abogados prohíben expresamente esta práctica.[628]

E. Méritos

1. La Demandante no ha demostrado la existencia de una violación al estándar de Nivel Mínimo de Trato del artículo 1105 del TLCAN

337. Como se analiza a continuación, (i) la Demandante aún no ha demostrado la existencia del estándar conforme al derecho internacional consuetudinario que solicita al Tribunal aplicar; (ii) la reclamación de la Demandante basada en supuestas "órdenes de mando" no alcanza el umbral de violación de derecho internacional consuetudinario; (iii) la Demandante no ha establecido una conducta arbitraria ni una conducta que no sea acorde con el debido proceso; (iv) la Demandante no tiene ninguna expectativa legítima que pueda ser protegida conforme el derecho internacional consuetudinario; (v) la Demandante no ha agotado los medios de defensa disponibles conforme al sistema jurídico mexicano; y (vi) la Demandante ha renunciado a su reclamo sobre "Protección y Seguridad Plenas".

---

626 *Italba Corp. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/16/9, Laudo, 2 de marzo de 2019. ¶ 157. **RL-0011.**

627 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer 2012), pp. 942-43. **RL-0012.**

628 Por ejemplo, *ver* Regla Modelo 3.4(3) de las *Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association* ("it is improper to pay an expert witness a contingent fee"). **RL-0100**. Regla 3.4(b) de las *New York Rules of Professional Conduct* (se les prohíbe a los abogados "[to] offer 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"). **RL-0101**. Regla 3.4 de las *California Rules of Professional Conduct* ("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."). **RL-0102**. Regla 4.4(a) de las *Washington, D.C. Rules of Professional Conduct* ("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."). **RL-0014**.

a. La Demandante no ha demostrado la existencia del estándar conforme al derecho internacional consuetudinario que solicita al Tribunal aplicar

338. La Demandante sigue sin establecer el contenido del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario que solicita al Tribunal que aplique, lo cual es una carga que le corresponde. Aunque el nivel mínimo de trato puede evolucionar, "there is no confirmation that States when referencing FET in treaties meant anything other than the minimum standard of treatment, *as classically understood*".[629] Además, "[p]roving advances to existing customary norms is difficult. This has put a natural breaking effect on the expansion of the FET standard, understood as a customary minimum norm [en el contexto del TLCAN]".[630]

339. La simple cita de algunos laudos arbitrales, tal como lo hace la Demandante, no basta para establecer un nuevo nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.[631] En contraste, "State endorsement of a particular articulation of an international rule by an arbitral tribunal is itself evidence of State practice and of *opinion juris*,"[632] y las Partes del TLCAN han dejado en claro que excluyen de la cobertura del Trato Justo y Equitativo (TJE) las expectativas legítimas, la discriminación basada en el trato nacional y la transparencia.[633]

340. La Demandante se equivoca al citar indiscriminadamente laudos de arbitrajes que abordan el estándar de TJE y cuyo tratado aplicable no es el TLCAN. Como debería ser evidente, "[t]he

---

629 Christophe Bondy, *Fair and Equitable Treatment – Ten Years On*, in Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration (Kluwer 2019), p. 216 (énfasis añadido). **RL-0103.**

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

631 *Ver, por ejemplo, Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Canada's Response to Non-Disputing Party Submissions, June 26, 2015, ¶ 12 ("the Claimant cannot turn to the decisions of international tribunals as evidence of State practice that the protection of an investor's expectations is required by the customary international law minimum standard of treatment"), **RL-0104;** *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, United States Non-Disputing Party Submission, July 26, 2014, ¶ 6 ("[a]rbitral decisions interpreting 'autonomous' fair and equitable treatment and full protection and security provisions in other treaties, outside of the context of customary international law, do not constitute evidence of the content of the customary international law standard"), **RL-0105.**

632 Christophe Bondy, *Fair and Equitable Treatment – Ten Years On*, in Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration (Kluwer 2019), p. 215. **RL-0103.**

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

manner in which the notion of fairness and equity to be granted to the investor is represented a treaty may vary," y "[t]he manner in which a treaty structures the standard and its association with other standards will be decisive in defining its meaning".[634] Dos reconocidos tratadistas han señalado que: "[C]laimants have relied upon decisions of arbitral tribunals interpreting FET as a stand-alone treaty standard, to assert novel content for FET as a customary standard[,] [but t]ribunals typically have rejected such attempts, on the understanding that arbitral tribunals' decision do not count as State practice".[635] Mientras que los tribunales conforme al TLCAN deben "apply the minimum standard of treatment existing under custom,"[636] esto, por supuesto, no ocurre en todos los tratados multilaterales o bilaterales de inversión. Bondy enfatiza que "[T]he result [conforme al TLCAN] has been a standard that includes a more limited range of obligations than FET as a treaty standard open to arbitral interpretation, and one with a relatively higher threshold for breach".[637]

341. Por ejemplo, "[t]he conclusion reached by NAFTA tribunals that Article 1105 does not include any obligation of transparency is in sharp contrast with that prevailing under BITs outside of the NAFTA context where tribunals have recognized that transparency is an element of the FET standard",[638] y a diferencia del TLCAN, "a great number of BITs that include an FET clause contain additional substantive content, such as specific prohibition of arbitrary, unreasonable and discriminatory measures".[639]

342. Por estas razones, el tribunal en *Glamis* rechazó la misma afirmación que la Demandante realiza en este caso, es decir, que "no es válido" el argumento de distinguir el nivel mínimo de

---

634 Marcela Klein Bronfman, *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*, 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law (2006), pp. 625-26. **RL-0106.**

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

636 Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer 2009), p. 128. **RL-0029.**

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

638 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 180**. RL-0022.**

639 *Id*., p. 201**. RL-0022.**

trato conforme el TLCAN de laudos que abordan un nivel mínimo de trato autónomo o específico.[640] Esto es incorrecto, como explicó el tribunal de *Glamis*:

> Certainly, it is possible that some BITs converge with the requirements established by customary international law; there are, however, numerous BITs that have been interpreted as going beyond customary international law, and thereby requiring more than that to which the NAFTA State Parties have agreed.[641]

343. En efecto, la Demandante básicamente reconoce que el estándar del TJE conforme al TLCAN es más limitado de lo que previamente afirmó al señalar que "estos conceptos … son lentes, cada uno de ellos arraigado en fuentes canónicas del derecho internacional, que están disponibles para asistir a los tribunales en la interpretación de lo que significa 'trato justo y equitativo' en un contexto determinado".[642] De hecho, se debe considerar lo señalado por un reconocido tratadista:

> Out of the large number of elements that are typically enumerated by writers as components of the FET standard, NAFTA tribunals have found that only a few of them are actually covered by Article 1105. In this respect, NAFTA case law sharply contrasts with the position adopted by non-NAFTA tribunals. Thus, non-NAFTA tribunals have been increasingly willing to recognize new requirements as components of the ever-enlarged concept of the FET.[643]

344. Por lo que hace a la buena fe, la Demandante parece ahora reconocer que la buena fe no es una obligación independiente.[644] En cambio, "[w]hat is clear is that good faith is not an autonomous stand-alone obligation under the FET standard (such as arbitrariness or denial of justice)".[645] Como tal, la buena fe "adds only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment".[646]

---

640 Memorial de Réplica, ¶ 178.

641 *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 de junio de 2009, ¶ 609. **CL-0055**.

642 Memorial de Réplica, ¶ 179.

643 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 264 (énfasis añadido). **RL-0022.**

644 Memorial de Réplica, ¶¶ 181-83.

645 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), pp. 222-23. **RL-0022.**

646 *ADF v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶ 191. **CL-0005**. *Ver también Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 153. **CL-0112**. *Sempra Energy International v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, ¶ 298. **RL-0032**.

b. La Demandante no ha podido demostrar que su reclamación basada en "órdenes de mando secretas" constituya una violación al derecho internacional consuetudinario

345. Como ya se ha mencionado *supra*, la Demandante fue quien inicialmente basó su reclamación del artículo 1105 en la supuesta existencia "órdenes de mando secretas".[647] Sin embargo, debido a que México identificó la coincidencia de su reclamación con la formulada en el caso *Vento c. México*, la Demandante ha prescindido de referir a dicho concepto y, en su lugar, ahora afirma que México "caracteriza incorrectamente el reclamo de Odyssey".[648] Esto es erróneo. Aunque la Demandante señala que "lo que importa es la razón de esa negativa" *i.e.*, "motivaciones políticas y conflictos personales",[649] en *Vento c. México* la demandante argumentó justamente que a los funcionarios se les dio una orden de mando para llegar a un resultado predeterminado con un propósito indebido,[650] como precisamente lo argumenta la Demandante en este arbitraje.

346. A pesar de que la Demandante ha intentado identificar "fundamentos fácticos de la decisión en *Vento*" que a su consideración "son completamente diferentes a los de este caso",[651] todos ellos son en realidad irrelevantes al tratarse de aspectos que se apartan de la parte toral de la reclamación de la Demandante, tal como se demuestra a continuación:

- *Vento se relaciona con tarifas de importación de motocicletas*.[652] Esta diferencia carece de sentido ya que evidentemente no existe ningún sólo caso arbitral que aborde específicamente una negativa de autorización de impacto ambiental a un proyecto de dragado para extraer fosforita. Además, los únicos casos —no arbitrales— con esas

---

Siemens AG c. la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007, ¶ 308. **RL-0108**. *Siemens AG c. la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8,* Separate Opinion from Professor Domingo Bello Janeiro, Arbitrator, 30 de enero de 2007. **RL-0109**.

647 Memorial de Demanda, ¶ 221.

648 Memorial de Réplica, ¶ 194.

649 Memorial de Réplica, ¶ 194.

650 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶¶ 270, 273, 302 y 317. **RL-0020**.

651 Memorial de Réplica, ¶ 197.

652 Memorial de Réplica, ¶ 197 a.

características tampoco han sido autorizados o han sido suspendidos.[653] De cualquier forma, el Proyecto Don Diego planeaba realizarse en un área única por su biodiversidad afectando diversas especies de tortugas y otros animales marinos amenazados o en peligro de extinción,[654] lo cual difícilmente lo hace comparable con cualquier otro proyecto.

- *Convalidación de la decisión de las autoridades por tribunales domésticos*.[655] Aunque la Demandante también argumenta que su caso es diferente al de *Vento* porque en éste los tribunales mexicanos confirmaron que la decisión de las autoridades fue legalmente correcta, cabe recordar que la propia decisión de la DGIRA también está siendo convalidada por un tribunal mexicano a solicitud de ExO.[656]

- *Falta de identificación del funcionario que dio las órdenes.*[657] Es cierto que en el caso *Vento* el tribunal señaló que de los cuatro exfuncionarios públicos que fungieron como testigos sólo uno declaró haber actuado bajo órdenes de mando. También es cierto que el testimonio de ese exfuncionario fue rechazado no sólo por haber omitido identificar al superior jerárquico que supuestamente emitió las órdenes de mando, sino por su falta de credibilidad, tal como acontece en este procedimiento.[658] Aunque la Demandante argumente que "no hay duda sobre quién fue el responsable de la orden de denegar la MIA y las circunstancias en las cuales se dio dicha orden",[659] lo cierto es que, a diferencia del caso *Vento*, la persona identificada y acusada por los testigos de la Demandante de supuestamente emitir las "órdenes de mando" ha comparecido en este arbitraje rechazando esas acusaciones.[660]

---

653 Incluso algunos proyectos más avanzados como el de Chatam Ridge y Sandpiper no han podido obtener los permisos necesarios para iniciar operaciones. Primer informe pericial de WGM, ¶ 22.

654 *Ver* Informe Verónica Morales, ¶¶ 6-10. Informe Urbán-Viloria, ¶ 13-14; Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 7-27.

655 Memorial de Réplica, ¶ 197 a.

656 *Ver supra,* Sección II.A.1.

657 Memorial de Réplica, ¶ 197 b.

658 *Ver supra,* Sección II.B.

659 Memorial de Réplica, ¶ 198.

660 *Ver* Primera DT Rafael Pacchiano y Segunda DT Rafael Pacchiano.

- *En Vento el exfuncionario público que alegó haber recibido órdenes de mando era el responsable de asegurar la legalidad de la resolución.*[661] Este es otro aspecto en el que la Demandante pretende basarse para distinguir su caso del de *Vento*, sin embargo, también le resulta desfavorable. Aunque la Demandante afirma erróneamente que "[redacted]",[662] en *Vento* el tribunal destacó el hecho de que resultaba poco creíble que el exfuncionario público que alegaba haber recibido órdenes de mando haya sido quien "estuvo personal y directamente involucrado […] en la redacción y emisión de las resoluciones, [y que, de hecho fue quien] rubricó la resolución […] antes de que […] la firmara",[663] el funcionario responsable de hacerlo de conformidad con las atribuciones establecidas en la ley. [redacted] tal como lo establece claramente la normativa mexicana (RISEMARNAT) y como lo confirman los expertos legales de México.[664]

347. Conforme a lo anterior, y sin perjuicio de las similitudes ya identificadas en el Memorial de Contestación,[665] el caso *Vento* es ilustrativo para evidenciar cuáles son los factores relevantes a considerar para determinar que [redacted] órdenes de mando se ve seriamente comprometida. Con el pretexto de que "este Tribunal [no] está de algún modo constreñido por los hallazgos fácticos del tribunal de *Vento",*[666] la Demandante ha evitado abordar los siguientes aspectos que condujeron a rechazar la reclamación de *Vento*:

---

661 Memorial de Réplica, ¶ 197 b.

662 Memorial de Réplica, ¶ 199.

663 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶¶ 290. **RL-0020**.

664 *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 19-42.

665 Memorial de Contestación, ¶ 456.

666 Memorial de Réplica, ¶ 196.

- [redacted][667]
- Considerando la existencia de controles y equilibrios en las estructuras jerárquicas de autoridad o mando, es difícil de creer que [redacted].[668]
- [redacted].[669]
- [redacted]—[670] tiene muy poca credibilidad.[671]

348. Todos los puntos antes mencionados son aplicables *mutatis mutandis* a la reclamación de la Demandante. Por lo tanto, contrario a lo que afirma, el caso de *Vento c. México* resulta comparable y aplicable a los hechos del presente arbitraje.

c. La Demandante no ha establecido una conducta arbitraria ni una conducta que no sea acorde con el debido proceso

349. Como se aborda a continuación, (i) la Demandante interpreta de forma incorrecta el significado de "arbitrario" conforme el derecho internacional, (ii) la evidencia demuestra, de forma abrumadora, que la negativa de la MIA 2015 se realizó de manera apropiada, y (iii) los argumentos de la Demandante sobre la "motivación política" que supuestamente causó que la MIA 2015 fuera rechazada por la DGIRA carecen de méritos.

---

667 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 290. **RL-0020**. *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 458-459. *Ver supra,* Secciones II.C.

668 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶¶ 291 y 312. **RL-0020**. *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 460-462. *Ver supra,* Secciones II.B.3.

669 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 291. **RL-0020**. *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 463-464. *Ver supra,* Secciones II.B.5.

670 En el caso de los [redacted]. *Ver* Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 203-204.

671 *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 292. **RL-0020**. *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 465-470. *Ver supra,* Secciones II.B.1 y 2.

(1) La Demandante ha calificado erróneamente el significado de "arbitrario" conforme al derecho internacional

350. La discusión de la Demandante sobre la arbitrariedad y el debido proceso en la toma de decisiones administrativas no es más que una distracción. Conforme al derecho internacional consuetudinario, "arbitrariedad" significa "a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety".[672] Sin embargo, este estándar no pretende impedir la capacidad de los Estados de adoptar decisiones estratégicas —aún si se cometen errores al implementar esas decisiones—.[673] En efecto, "[a] finding that the State has committed an international delict by failing to afford fair and equitable treatment in its regulatory processes requires misconduct of a particularly serious kind".[674] Esto es porque "[t]he processes of administrative decision-making cannot be judged by the standards expected of judicial proceedings".[675] Además, como lo declaró la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*:

> […] the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness.[676]

351. La Demandante incorrectamente se basa en gran medida en la desacreditada opinión del tribunal de *Bilcon v. Canada*, en el que la mayoría del tribunal se propuso a sí mismo "ponerse en los zapatos" de una corte federal canadiense para determinar que una medida ambiental era ilegal según la legislación nacional y, por tanto "arbitraria" a efectos del artículo 1105 del TLCAN.[677] Como lo explicó el Profesor Donald McRae, miembro disidente del tribunal de *Bilcon*:

---

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

673 *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, First Partial Laudo, 13 de noviembre de 2000, ¶ 261, **CL-0103;** *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶¶ 292-93, **CL-0027**.

674 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.195. **RL-0021.**

675 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.193. **RL-0021.**

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

677 Memorial de Réplica, ¶¶ 186-87.

> [A] potential breach of Canadian law does not meet the high threshold of the Waste Management standard. Thus, the only basis for meeting the high threshold of Article 1005 is the assertion that the JRP's conduct was arbitrary. But here, with respect, I find the majority's reasoning somewhat circular. The majority concludes that the [Canadian administrative] Panel actions were arbitrary. But the manifest arbitrariness seems to be that instead of applying Canadian law, the Panel 'effectively created, without legal authority or notice to Bilcon, a new standard of assessment'. In short, by deviating from Canadian law, the Panel acted arbitrarily. This reasoning suggests that any departure from Canadian law is arbitrary and thus any departure from Canadian law meets the threshold of arbitrariness under the *Waste Management* standard. Breach of NAFTA Article 1105, then is equated with a breach of Canadian law.[678]

352. Al igual que el Profesor McRae, las tres Partes del TLCAN han expresado no estar de acuerdo con la conclusión de la mayoría del tribunal de *Bilcon* sobre arbitrariedad.[679] Estados Unidos, por ejemplo, ha declarado en su calidad de parte no contendiente en un procedimiento posterior que: "International tribunals [...] do not sit as appellate courts with authority to review the legality of domestic measures under a Party's own domestic law. A failure to satisfy requirements of national law, moreover, does not necessarily violate international law".[680] Esto es significativo porque con ello, los escritos y argumentos coincidentes y armónicos de las Partes del TLCAN evidencian una "práctica posterior," o "acuerdo posterior" para los efectos de la interpretación del tratado.[681]

353. Después de todo, "where a respondent state makes general submissions about treaty interpretation and these are supported by the other treaty parties, they may evidence agreement," y de la misma manera, "[w]here interventions by all of the other treaty parties support

---

678 *William Ralph Clayton and others v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, Mar. 17, 2015, Dissent ¶¶ 36-38. **RL-0110.**

679 *Mesa Power Group LLC v Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No 2012-17, Canada Observations on the Bilcon Award, May 14, 2015, **RL-0111**; *Mesa Power Group LLC v Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No 2012-17, Mexico Submission on the Bilcon Award, June 12, 2015, **RL-0112**; *Mesa Power Group, LLC, v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Second Submission of the United States of America, June 12, 2015, **RL-0035**.

680 *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**.

681 *Ver, por ejemplo*, Lee M. Caplan & Jeremy K. Sharpe, *United States*, en Chester Brown, "Commentaries on Selected Model Investment Treaties", (2013), p. 833, **RL-0113**; Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Roles of States*, 104 AJIL 179 (2010), p. 219, **RL-0114**; Tarcisio Gazzini, *Interpretation of International Investment Treaties* (2016), pp. 193-95, **RL-0115.**

interpretations by the respondent state, this subsequent practice constitutes good evidence of an agreement on interpretation and thus should be given considerable weight".[682]

354. Al igual que las Partes del TLCAN, McLachlan también ha sido muy crítico con la "controvertida" opinión mayoritaria en *Bilcon*, explicando que:

> [t]he standard will not be breached simply because the host State's administrative procedures did not comply with its internal law. In the same way that legality under national law does not determine legality under international law, so too illegality under national law does not ipso facto lead to a breach of international law. This is the principal difficulty with the controversial award in *Bilcon*.[683]

355. Otros doctrinarios se han referido al razonamiento de la mayoría sobre la arbitrariedad como el "misdirected *Bilcon* approach to domestic regulation and administrative decision-making",[684] y han explicado que "the reasoning given by the majority in *Bilcon* for adopting a lower threshold in finding a breach of FET under Article 1105, rests on faulty assumptions and a misreading of the development and content of the MST of aliens at CIL [derecho internacional consuetudinario]".[685] Más aún, el reciente laudo en *Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos*, refiriéndose a *Bilcoin*, se negó a adoptar su estándar sobre arbitrariedad.[686] Como tal, *Bilcon* es una desviación errónea de la jurisprudencia del TLCAN:

> NAFTA tribunals and tribunal members issuing separate opinions have referred on several occasions to the diserability of deference, policy space, regulatory autonomy and the expertise of primary decisión-makers, and have stated that their rule was not to second-guess the policy decisions of governments. NAFTA tribunals have rarely adopted an excessively strict approach to the standard of review in relation to regulatory or administrative acts of states.[687]

---

682 Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Roles of States*, 104 AJIL 179 (2010), pp. 217, 219. **RL-0114.**

683 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.198. **RL-0021.**

684 Kate Miles, *Investment*, en The Oxford Handbook of Environmental Law (Lavanya Rajamani & Jacqueline Peel eds., Oxford 2008), p. 777. **RL-0117.**

685 Michael Carfagnini, *Too Low a Threshold: Bilcon v. Canada and the International Minimum Standard of Treatment*, 53 Can. Y.B. Int'l L. 244 (2015), p. 276. **RL-0118.**

686 *Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo, 5 de junio de 2020, ¶ 326. **CL-0127**.

687 Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge 2015), p. 180 n.26 ("The majority decisión in *Bilcon v. Canada* was also criticized on this basis by the dissenting arbitrator."). **RL-0119.**

356. De igual forma, los reiterados esfuerzos de la Demandante para basarse en *Tecmed* y *Abengoa* están fuera de lugar. En el Memorial de Contestación, la Demandada ya distinguió *Tecmed* de este arbitraje, pero reiterará los puntos clave aquí:

- *Tecmed* surgió en el marco de un tratado diferente (APPRI México-España) con estándares jurídicos distintos.[688]
- El tribunal en *Tecmed* constató que hubo una falta de notificación, lo cual no se alega aquí.[689]
- En *Tecmed*, la instalación de residuos peligrosos del inversionista estaba establecida y la renovación de su permiso fue denegada, lo que no es análogo a la situación en este caso, en el que el proyecto nunca estuvo cerca de comenzar.[690]

357. La Demandada también enfatiza que no está de acuerdo con el *dictum* de *Tecmed* y que la autoridad persuasiva de ese laudo ha sido aniquilada por críticas posteriores de amplio alcance.[691]

---

688 Memorial de Contestación, ¶ 451.

689 Memorial de Contestación, ¶ 490.

690 Memorial de Contestación, ¶¶ 499, 554.

691 Por ejemplo, *ver* Zachary Douglas, *Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, 22 Arb Int'l 27 (2006), p. 28 ("The Tecmed 'standard' 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 very few (if any) will ever attain."). **RL-0044**). Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.180-7.181("In the first phase of investment treaty arbitral case law, a number of tribunals referred to the formulation of legitimate expectations given in Tecmed v Mexico [...] This formulation cannot be taken at face value.") (**RL-0021**); Christophe Bondy, *Fair and Equitable Treatment – Ten Years On*, en Jean Engelmayer Kalicki & Mohamed Abdel Raouf, "Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration", (Kluwer 2019), pp. 209-210 ("The challenge with this doctrine [as expressed by the *Tecmed* tribunal] was that it risked imposing a standstill requirement on States. Indeed, even within the four corners of VCLT interpretation, the approach adopted in relation to investor expectations has tended to soften over time."). **RL-0103**. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, March 21, 2007, ¶ 67 **("**TECMED Tribunal's apparent reliance on the foreign investor's expectations as the source of the host State's obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. 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"). **RL-0041**. *White Industries Australia Ltd. V. The Republic of India*, Final Award, Nov. 30, 2011, ¶¶ 10.3.5-10.3.6 ("[T]he Tribunal notes that the [*dicta* in *Tecmed* regarding legitimate expectations] has been subject to what it considers to be valid criticism."). **RL-0120**. *Biwater Gauff Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, July 24, 2008, ¶ 600 ("The Arbitral Tribunal notes . . . that certain expressions of a lower threshold have been the subject of some criticism – even outside of NAFTA. In particular, the frequently cited test set out in *TECMED v. Mexico*."). **RL-0121**. *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, ¶ 343 ("Este Tribunal encuentra interesante que el comité de anulación del caso *MTD*

358. La Demandada también ha explicado que en *Abengoa* (caso que igualmente surgió conforme al APPRI México-España) la planta en cuestión ya había recibido todas las autorizaciones administrativas y ambientales necesarias para operar y el tribunal concluyó que las autoridades gubernamentales habían confirmado repetidamente que la planta cumplía con todos los requisitos aplicables.[692]

359. La situación en este caso es diametralmente diferente: la Demandante nunca obtuvo las aprobaciones necesarias y nunca inició operaciones, la revisión de la MIA propuesta se llevó a cabo con total transparencia y la decisión fue exhaustivamente justificada por escrito.

360. De manera relevante, "the NAFTA [demuestra un] general reluctance to substitute arbitral for governmental decision-making on matters within the purview of each NAFTA Party".[693] El Artículo 1114 del TLCAN, tal y como ha sido interpretado consistentemente por las Partes del TLCAN, "recognizes the sovereign right to protect the environment".[694] De forma similar, el tribunal en *Metalclad* señaló que el Artículo 1114 "permits a party to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns".[695] Esta disposición explícita del Tratado, por tanto, se basa en la postura deferente del derecho internacional consuetudinario hacia los actos de los soberanos para proteger el medio ambiente. En palabras de McLachlan, "[i]nternational tribunal[s] should give particular weight to governmental regulatory decisions taken in good faith in the interests of public morals, health or the environment".[696]

361. En lugar de abordar el estándar legal apropiado que este Tribunal debe aplicar conforme a la evidencia que consta en el expediente, la Demandante se limita, lamentablemente, a argumentar que en realidad no está "solicitando que el Tribunal critique el razonamiento de una decisión

---

haya optado por apartarse de la amplia definición del caso *Tecmed* citada por el tribunal de *MTD*.", **RL-0122.**

692 Memorial de Contestación, ¶ 552.

693 *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.**

694 Meg Kinnear, Andrea Bjorklund & John Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* (Kluwer 2006), p. 1114-9. **RL-0123.**

695 *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 98. **CL-0071.**

696 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.24. **RL-0021.**

tomada de buena fe, sobre la base de evidencia científica de una agencia especializada".[697] La evidencia demuestra lo contrario y la Demandada es enfática en que esta pretensión es totalmente inapropiada.

(2) La negativa de la MIA 2015 se realizó de manera totalmente razonable y transparente

362. La segunda resolución de la DGIRA, *i.e.*, la Resolución 2018, consiste en una decisión administrativa sumamente completa y que explica de forma exhaustiva el razonamiento de su decisión. A pesar del esfuerzo de la Demandante de distraer al Tribunal alegando que la negativa solo está basada en daños potenciales hacia tortugas,[698] la Resolución 2018 señala de forma expresa que la negativa también estuvo basada en el impacto potencial en ballenas y otros cetáceos, como fue explicado en las Secciones II.A.2.a y II.D.3 de este Memorial de Dúplica.[699] En dichas Secciones, se explica de forma exhaustiva el análisis de la DGIRA reflejado en la Resolución 2018 sobre impacto potencial del Proyecto Don Diego en ballenas que habitan el Golfo de Ulloa. De igual forma, los Dres. Urbán y Viloria, destacados académicos e investigadores especializados en mamíferos marinos dan cuenta de ello.[700]

363. Sin perjuicio de ello, en el Memorial de Contestación la Demandada explicó a detalle que múltiples organizaciones gubernamentales y no gubernamentales expresaron serias preocupaciones sobre el Proyecto, incluyendo las siguientes:[701]

- La Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP) (organización gubernamental);
- Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C. (organización sin ánimo de lucro);
- Oceans Future Society (organización sin ánimo de lucro);
- La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) (organización sin ánimo de lucro);
- WildCoast/Costa Salvaje (organización sin ánimo de lucro);

---

697 Memorial de Réplica, ¶ 224.

698 *Ver* Memorial de Réplica, ¶¶ 18, 21, 77, 81-85.

699 **C-0009**, p. 516 ("… considerando que las especies de quelonios antes señaladas, así como las de grandes mamíferos marinos indicadas en el Considerando XVII de la presente Resolución […]" (énfasis añadido).

700 Informe Urbán-Viloria, ¶11, 44-45.

701 Memorial de Contestación, ¶¶ 279-305.

- Greenpeace (organización sin ánimo de lucro);
- Centro de Investigaciones Biológicas del Noreste, S.C. (instituto de investigación);
- El Instituto de Ciencias del Mar de la UNAM (instituto universitario);
- Society for Marine Mammalogy (asociación cientifica);
- UNESCO (Organización de las Naciones Unidas);
- Sociedades Pesqueras de Baja California Sur (asociación de pescadores); y
- El Congreso de Baja California Sur (Congreso del Gobierno Estatal)

364. La participación de estas organizaciones refuerza la idea de que existían serias razones de preocupación por el impacto del Proyecto en el Golfo de Ulloa. La Demandante desestima de forma arrogante las preocupaciones de estas organizaciones, alegando que están equivocadas y que ExO demostró de forma concluyente que Don Diego era completamente seguro en todos los aspectos ambientales.[702]

365. Extrañamente, la Demandante argumenta que la Resolución 2018 señala que todas las preocupaciones expresadas por las organizaciones durante el Procedimiento EIA del Proyecto Don Diego fueron resueltas. Sin embargo, la Resolución 2018 (incluyendo las páginas citadas por la Demandante en el párrafo 72 del Memorial de Réplica) solo establece que la DGIRA incorporó las preguntas y preocupaciones de los comentarios en sus propias solicitudes de Información Adicional a ExO.[703] La realidad es que la Resolución 2018 no señala que los cuestionamientos y preocupaciones hayan sido atendidas y resueltas por ExO.

---

702 *Ver, por ejemplo,* Memorial de Réplica, ¶ 83.

703 *Ver, por ejemplo,* **C-0009**, p. 177-178:

> "Esta DGIRA, solicitó a la promovente, información que adicional que aclarara varios puntos expresados en la opinión del CIBNOR, entre otros:
>
> -aclarar los criterios utilizados para definir las características físicas, químicas y biológicas, así como las magnitudes de los biotopos identificados en el SAR, así como explicar el análisis de conglomerados que fue utilizado para agrupar las características anteriores y su nivel de significancia.
>
> -ampliar la información documental y de campo sobre la caracterización del SAR en la escala del orden de cientos de metros a pocos kilómetros en el dominio del espacio y de las semanas hasta el ciclo anual en la escala temporal.
>
> -Elaborar y analizar las interacciones físico -químicas que suceden en el área del proyecto utilizando la metodología de Stomel."

No hay nada en la cita anterior que indique que las preocupaciones fueron resueltas.

366. La Demandante respalda su argumento de que las preocupaciones fueron resueltas con: (i) los testimonios de los [redacted], los cuales carecen de cualquier evidencia documental para quedar sustentadas; y (ii) un argumento falso de que la Resolución 2018 no aborda ningún impacto sobre las ballenas (ignorando con ello las conclusiones expresas de la DGIRA y la Sección XVII de la Resolución 2018).

367. Además, la Resolución 2018 explica cuidadosamente que la DGIRA se basó en el "principio precautorio" señalando que:

> La aplicación del principio precautorio, se justifica no sólo desde el punto de vista jurídico, sino técnico, como puede apreciarse en los trabajos científicos que se analizan a continuación, los cuales por su especificidad, conocimiento, publicidad y datos recientes, es considerada como la información científica más fidedigna, por lo que la hace suya y adopta como sustento técnico para la evaluación del proyecto.[704]

368. La Resolución 2018 analizó con mayor detalle este punto de la siguiente manera:

> La experiencia internacional antes apuntada refuerza la convicción de esta autoridad ambiental en el sentido de que no es posible aplicar el principio de prevención, para el caso donde existan proyectos con un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles *(Berros,* 2013), en este sentido, debe privilegiarse el principio de precaución.
>
> En este orden de ideas, si el proyecto no garantiza que, derivado de las actividades de dragado del fondo marino en el área del proyecto AP, en el área de influencia del proyecto (Golfo de Ulloa) y en el SAR (Península de California) y las medidas de prevención y mitigación propuestas por la promovente no demuestran que el proyecto no causará un peligro de daño grave o irreversible, esta DGIRA considera que lo procedente que, ante la insuficiencia de evidencias científicas, la decisión que tome debe sujetarse invariablemente el principio de precaución.
>
> Los científicos conocen gran parte de los efectos dañinos, pero en ocasiones la ciencia no dispone de las explicaciones necesarias. Por este motivo, es conveniente adoptar medidas de precaución ,con las que sea posible actuar en favor del medio ambiente y los ecosistemas, en este sentido la DGIRA, en lugar de establecer medidas de prevención y de mitigación adicionales, aplica el principio de precaución el cual presupone que cuando exista una· amenaza evidente o un daño grave o irreversible que 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. sin que ello se entienda-en el sentido de que la falta de certeza científica obligue a la autoridad a aprobar la realización de proyectos y a "paliar" sus efectos adversos a través de medidas de "mitigación" teóricas o dogmáticas. En consecuencia. en el principio de precaución también obliga a no aprobar o incluso cancelar todas

704 **C-0009**, p. 329.

> aquellas actividades que supóngan una amenaza para el medio ambiente. aún en aquellos casos en los que las pruebas científicas no fueran concluyentes.[705]

369. Desde que fue presentada la MIA 2015, ExO afirmó que resultaba "muy improbable" que hubiera tortugas cerca del dragado".[706] En los Memoriales de Demanda y de Réplica, Odyssey afirma que es "poco probable", "existe muy baja probabilidad", "existía una posibilidad extremadamente pequeña" o sería "muy limitado" que el Proyecto afectara a la tortuga *Caretta caretta*.[707] Los testigos de Odyssey hablan sobre una "muy alta probabilidad de que el Proyecto" no causaría muertes de tortuga amarilla.[708] Los expertos de Odyssey señalan como "poco probable", "mínima" o "muy limitada" la coincidencia espacial entre las actividades de dragado e individuos de tortuga amarilla en el área del Proyecto Don Diego y los impactos que éste generaría.[709] Todas estas afirmaciones se ven desmentidas con la declaración testimonial del Dr. Seminoff, quien ha confirmado que incluso con las medidas de mitigación más exigentes no se puede afirmar que el Proyecto Don Diego no impactaría a las tortugas *Caretta caretta.*[710] Lo anterior, junto con el hecho de que la Demandante presentó información imprecisa, carente de rigor y metodología científica sobre el número de ejemplares que podrían verse afectados por el Proyecto,[711] deja en evidencia que no existe información científicamente exacta para determinar que las actividades del Proyecto Don Diego no afectarían al medio ambiente y a especies en peligro de extinción.

370. La Resolución de 2018 consideró que la MIA 2015 y la información aportada por ExO durante el Procedimiento EIA no mostraba un análisis riguroso, lo que generaba incertidumbre. Para llegar a esa conclusión la DGIRA también consideró la información que ExO presentó durante todo el PEIA de la MIA 2015:

> Por lo que, esta DGIRA de manera concluyente considera, con base en la información presentada en la MIA, IF e IC, así como en la información científica más fidedigna y

---

705 *Id*., ps. 512-513 (énfasis original).

706 MIA 2015, p. 424. **C-0002.**

707 Memorial de Demanda, ¶107 (f). Memorial de Réplica, ¶¶ 31, 45, 50.

708 Primera DT Doug Clarke, ¶ 74.5.

709 *Ver* Primer Informe Sergio Flores, ¶¶, 28, 113. Informe Deltares sobre extracción de arenas y sus impactos, p. 4.

710 DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

711 **C-0009,** pp. 287. *Ver* Informe Verónica Morales, ¶¶ 85-87. Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 135-139.

> que tuvo a su disposición al acreditarse la existencia del hábitat de la tortuga Caretta caretta, y 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, en la medida de lo posible, a su conclusión original, tal como se analizó en el Considerando XVIII de la presente Resolución.[712]

371. Ante ello, la DGIRA tomó en cuenta los principios de prevención y de precaución reconocidos por el derecho ambiental internacional.[713]

> En este sentido, además de los aspectos técnicos que esta DGIRA hace suyos, existe un referente jurídico a partir del cual puede clarificar el alcance de una consecuencia adversa de la minería, lo que conlleva la aplicación del principio precautorio previsto en el artículo 5, fracción II, de la Ley General de Vida Silvestre, de acuerdo con el cual 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.[714]

372. Como fue señalado en el Primer Informe de Solcargo-Rábago, el principio de prevención es aplicable cuando existe conocimiento empírico y científico que advierte potenciales consecuencias, lo que hace necesario adoptar medidas preventivas para evitarlos. Por su parte, el principio precautorio 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.[715] En este sentido, "la aplicación del principio precautorio justifica la negativa de la AIA, pues ExO no desvirtuó la presunción de impactos inaceptables sobre las especies amenazadas".[716]

373. La Resolución 2018 explica el apoyo a la decisión de aplicar el principio precautorio al considerar la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la Convención de las

---

712 Resolución de 2018 de la DGIRA, pp. 471-475. **C-0009**.

713 En la sentencia del 24 de abril de 2019 que resolvió un recurso de queja promovido por ExO – del cual la Demandante ha preferido no hacer ninguna mención – el TFJA reconoció que la DGIRA fundó y motivo la Resolución 2018 en términos del principio precautorio, establecido en el Art. 15 de la Declaración de Rio, el Art. 194 de la CONVEMAR, el Art. 5.11 de la Ley General de Vida Silvestre y los principios establecidos en el Art. 15 de la LGEEPA. Sentencia del TFJA, pp. 112-113. **R-0140**.

714 Resolución de 2018 de la DGIRA, p. 329. **C-0009**.

715 Memorial de Contestación, ¶¶ 151-152. Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 88-92.

716 Segundo informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 4 m, 86, 87 y 150.

Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Ley General de Vida Silvestre (artículo 5º, fracción 11).[717]

374. Ambos principios forman parte del derecho internacional consuetudinario, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-23/17.[718] Asimismo, en la Opinión Consultiva de "*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons"*, la CIJ señaló que "[*T*]*he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*".[719]

375. En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, la CIJ resolvió lo siguiente con relación a la construcción de una presa y su impacto ambiental en el Rio Danubio:

> The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.
>
> Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scieritific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic

---

717 **C-0009**, pp. 513-514.Principios 2 y 15 de la Declaración de Río. **R-0055**. Artículos 192, 193 y 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. **RL-0124**. (**CL-0130** en idioma inglés) ("Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino"). Art. 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. **RL-0081.**

718 Opinión Consultiva OC-23/17 emitida el 15 de noviembre de 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¶¶ 129 y 177. **RL-0082.** ("El principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario. Dicha protección no solo abarca la tierra, el agua y la atmósfera, sino que incluye a la flora y la fauna […] el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del derecho internacional consuetudinario").

719 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, CIJ, ¶ 29. **RL-0125.** La CIJ adoptó la misma posición en el caso *Pulp Mill on the River Uruguay* ("The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory."). *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Sentencia, 20 de abril de 2010, CIJ, ¶ 101. **RL-0126.**

> development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.[720]

376. En el reciente laudo emitido por el tribunal de *The South China Sea Arbitration* se analizaron los Artículos 192 y 194 de la CONVEMAR, los cuales establecen la obligación internacional consuetudinaria de proteger el ambiente marino:

> Article 192 of the Convention provides that "States have the obligation to protect and preserve the marine environment". Although phrased in general terms, the Tribunal considers it well established that Article 192 does impose a duty on States Parties, the content of which is informed by the other provisions of Part XII and other applicable rules of international law. This "general obligation" extends both to "protection" of the marine environment from future damage and "preservation" in the sense of maintaining or improving its present condition. Article 192 thus entails the positive obligation to take active measures to protect and preserve the marine environment, and by logical implication, entails the negative obligation not to degrade the marine environment. […] Thus States have a positive "'duty to prevent, or at least mitigate' significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities.
>
> […]
>
> Articles 192 and 194 set forth obligations not only in relation to activities directly taken by States and their organs, but also in relation to ensuring activities within their jurisdiction and control do not harm the marine environment.
>
> […]
>
> The fifth paragraph of Article 194 covers all measures under Part XII of the Convention (whether taken by States or those acting under their jurisdiction and control) that are necessary to protect and preserve "rare or fragile ecosystems" as well as the habitats of endangered species.[721]

377. Las reclamaciones de Odyssey y los informes periciales aportados en este arbitraje están basados en "probabilidades" —por no decir especulaciones—, lo que deja en evidencia un alto grado de incertidumbre sobre el daño que podía causar el Proyecto Don Diego al medio ambiente y su impacto en especies protegidas, *e.g.*, tortugas marinas y ballenas.

378. Este aspecto solamente fue abordado tímidamente en el Memorial de Demanda, afirmando que el principio precautorio no era aplicable ya que "no hay un riesgo serio o un daño irreversible

---

720 *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Sentencia, 25 de septiembre de 1997, CIJ, ¶140. **RL-0127.**

721 *The South China Sea Arbtiration* (The Republic of The Philippines v The People's Republic of China), PCA No 2013-9, Laudo, 12 de julio de 2016, ¶¶ 941-944. **RL-0128.** *Ver Chagos Marine Protected Area Arbitration* (Mauritius v. United Kingdom), Laudo, 18 de marzo de 2015, ¶¶ 320, 538. **RL-0129.** ("Article 194 is accordingly not limited to measures aimed strictly at controlling pollution and extends to measures focussed primarily on conservation and the preservation of ecosystems.").

al ambiente".[722] Esta declaración es ridícula y claramente contradice la evidencia y el análisis de la Resolución 2018. La realidad es que la Demandante ha buscado evitar el tema relacionado con el principio precautorio en este arbitraje. La Demandante y sus expertos minimizan el alcance de los principios de prevención y precaución, conforme los cuales un Estado tiene "*a duty to prevent, or at least mitigate significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities*".[723]

379. En esencia, la Demandante solicita que el Tribunal ocupe el lugar de la DGIRA; que evalúe o deseche miles de páginas de evidencia, análisis y comentarios que fueron presentados en el Procedimiento EIA del Proyecto Don Diego; que rechace el principio precautorio en su totalidad, y que concluya que el Proyecto es totalmente seguro para las tortugas, ballenas y otras formas de vida marina que habitan en el Golfo de Ulloa. Si hiciera eso, el Tribunal tendría que concluir que la decisión de la DGIRA no tuvo fundamento y que es "arbitraria". No existe fundamento alguno conforme al TLCAN, ni conforme al expediente fáctico para que el Tribunal pueda llegar a conclusiones tan radicales.

380. El análisis y conclusiones de la segunda resolución de la DGIRA (*i.e.*, la Resolución 2018) se determinaron de forma correcta, e incluso si existiera alguna razón para que el Tribunal considerara que el resultado era incorrecto, es obvio que la decisión está sustentada de forma correcta con evidencia sustancial y con un razonamiento completo.[724]

(3) La Demandante no ha demostrado ninguna "motivación política"

381. El argumento de la Demandante de que la negativa está basada en una "motivación política" se derrumba cuando se pone en el contexto apropiado. La esencia del argumento de la Demandante es que (i) un individuo puede tomar una decisión arbitraria sin tomar en consideración los elementos de prueba ni los análisis técnicos de la DGIRA y (ii) que las críticas de la prensa,

---

722 Anexo B del Memorial de Demanda, ¶¶ 4-6.

723 *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India), PCA, Laudo Parcial, 18 de febrero de 2013, ¶ 451. **RL-0130.** ("the "principle of general international law" that States have "a duty to prevent, or at least mitigate" significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities."), citando *Arbitration Regarding the Iron Rhine* (Kingdom of Belgium v. the Kingdom of the Netherlands) PCA, Laudo, 24 de mayo de 2005, ¶ 59. **RL-0131.**

724 *Ver* Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 125. Informe Urbán-Viloria, ¶ 44.

del público en general o de otros grupos de interés hacia una dependencia administrativa crean una presunción irrefutable de que todas las decisiones están indebidamente motivadas por cuestiones políticas, en contravención del derecho internacional.

382. Respecto al primer elemento, la Demandada ya ha establecido que ningún individuo, incluyendo el Sr. Pacchiano, tiene la autoridad legal para imponer una determinación que no esté desarrollada y sustentada en evidencia técnica y científica.[725]

383. Respecto al segundo elemento, es una realidad que los gobiernos son constantemente objeto de críticas, por lo que la posición de la Demandante implicaría que todas las decisiones de los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá estarían políticamente motivadas y, por lo tanto, en contravención del TLCAN. Esta posición es insostenible.

384. Además, como lo explica el Sr. Pacchiano en su segunda declaración:

> Ser funcionario público, y sobre todo Secretario de Estado, implica estar bajo presión constante, y es parte del trabajo y responsabilidad que uno asume. En este sentido, mi trabajo fue siempre apegado a la ley sin importar las repercusiones u opiniones que pudieran afectar mi imagen personal y pública. Contrario a lo que supone el [redacted] y Odyssey mi gestión como Secretario de Estado siempre fue cumplir las leyes y no buscar ser popular.[726]

385. La Demandada remite al Tribunal a los párrafos 518 a 523 del Memorial de Contestación, en donde abordó la discusión sobre complejos aspectos regulatorios analizados en los casos de *Methanex, S.D. Meyers, Thunderbird, Glamis Gold Chemtura* y *Johua Dean Nelson*. Es particularmente importante centrarse nuevamente en lo que declaró el tribunal en *S.D. Myers c. Canada*:

> When interpreting and applying the "minimum standard," a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some 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.[727]

---

725 *Ver supra*, Sección II.C.1.

726 Segunda DT Rafael Pacchiano, ¶ 18.

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

386. En relación con este punto, el esfuerzo de la Demandante por distinguir hechos en controversia en este arbitraje y lo ocurrido en *Vento* es inútil. La Demandante simplemente ofreció un breve resumen que señala que *Vento* involucraba un patrón fáctico distinto, relacionado con el trato aduanal de importaciones de motocicletas.[728] La Demandada no argumenta que el presente caso involucre la misma industria o las mismas leyes nacionales. La Demandada explicó a gran detalle la similar naturaleza en los tipos de argumentos referentes a las "*marching orders*" expuestas en *Vento*, [redacted].

387. La Demandante en este caso no ha sido capaz de responder a los hechos de que: (i) el [redacted] la MIA 2015; (ii) existe una estructura administrativa establecida y un sistema dentro de la SEMARNAT que evita que el Secretario y/o Subsecretario y cualquier otro funcionario interfieran en las decisiones técnicas de la DGIRA; (iii) [redacted], y (iv) los [redacted].[729]

388. En resumen, la Demandante no ha demostrado que la negativa del MIA 2015 fuera el resultado de alguna conducta inapropiada.

d. La Demandante no tiene ninguna expectativa legítima que pueda ser protegida conforme el derecho consuetudinario internacional

389. Tal como la Demandante reconoce,[730] el concepto de "expectativas legítimas" no es un elemento de TJE, conforme al derecho consuetudinario internacional – ni, tampoco conforme al artículo 1105(1) del TLCAN.[731] Más bien, las expectativas, siempre y cuando sean legítimas, a lo

---

728 Memorial de Réplica, ¶ 197.

729 Memorial de Contestación, ¶¶ 455-470.

730 Memorial de Réplica, ¶ 202.

731 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), pp. 158-59 ("[T]here is little support for the assertion that there exists under customary law any obligation for host States to protect investors' legitimate expectations."); *ver también*

mucho pueden constituir un factor a ser considerado en la evaluación de una supuesta violación del TJE.[732]

390. No obstante, el problema de categorización es tan solo el comienzo del análisis requerido. Una vez más, la Demandante no toma en cuenta el significado de "expectativas legítimas", por lo que no cumple con su carga. En particular, tal como fue explicado en el Memorial de Contestación,[733] las expectativas legítimas se mantienen o se derrumban dependiendo de que, objetivamente, se hayan realizado representaciones específicas. Tales expectativas deben "arise through targeted representations or assurances made explicitly or implicitly by a state party"[734] así como ser "definitivas, no ambiguas y repetidas" como constituir una relación cuasi-contractual.[735]

391. Resulta relevante que la Demandante ahora acepta que "Odyssey no podía tener la expectativa de que el Proyecto fuera aprobado […]".[736] Ahora la Demandante cambia el argumento y señala que solo tenía una vaga expectativa de que "México se regiría por sus propias leyes […]".[737] Sin embargo, las quejas generales de injusticia y "expectativas" subjetivas percibidas son insuficientes para apoyar una violación al estándar de Trato Justo y Equitativo. Por lo tanto, "the

---

id., p. 265 ("In the present author's view, there is indeed little evidence to support the assertion that there exists under custom an obligation for host States to protect investors' legitimate expectations. Scholars have also interpreted the concept of legitimate expectations as a general principle of law based on its recognition in many domestic legal systems. This argument is of limited relevance in the specific context of Article 1105. This is because the binding FTC Note is clear to the effect that NAFTA tribunals should look solely to custom as a source of international law in their interpretation of Article 1105, and not at general principles of law."). **RL-0022.**

732 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.179 (expectativas legitimas son "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"). **RL-0021.**

733 Memorial de Contestación, ¶¶ 509-527.

734 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶¶ 141-42. **CL-0057.**

735 *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Award, June 8, 2009, ¶ 802 (citando *Metalclad*). **CL-0055.**

736 Memorial de Réplica, ¶ 204.

737 Memorial de Réplica, ¶ 204.

absence of representations is a material factor in leading to a finding that the standard has not been breached".[738]

392. La Demandante también elige un alegato casual de que le fue prometido que la MIA 2015 sería aprobada si ExO obtenía ciertas cartas de apoyo, pero para apoyar esta afirmación, solo cita un intercambio de correos electrónicos internos que no involucran a ningún servidor público de la SEMARNAT, en los cuales un representante de ExO discute que no hay ninguna solicitud para obtener dichas cartas, en relación con la nueva solicitud del MIA 2015.[739] La Demandante también cita una declaración del Sr. Claudio Lozano, un ex-empleado de Odyssey, la cual consiste en un "testimonio de oídas" ("*hearsay*"), conforme al cual afirma que el Sr. Pacchiano le mencionó al Sr. Ancira (presidente de AHMSA) que la MIA sería aprobada si se presentaban las cartas de apoyo.[740]

393. El Tribunal debe tomar en consideración que la Demandante no ha presentado la declaración del Sr. Ancira, lo cual le resta toda credibilidad al testimonio del Sr. Lozano. El nuevo argumento del [redacted], no tiene credibilidad, es contradictorio a lo que previamente declaró, y en todo caso ha sido rechazado contundentemente por el Sr. Pacchiano.

e. La Demandante no ha agotado los medios de defensa disponibles conforme al sistema jurídico de México

394. Las alegaciones de la Demandante de que le fue denegado el debido proceso y que es víctima de una decisión arbitraria, constituye un reclamo de denegación de justicia por parte de la SEMARNAT en su papel de autoridad adjudicadora ("*adjudicator*") de solicitudes de manifestación de impacto ambiental. Además de las razones establecidas *supra*, el reclamo de la Demandante debe ser desestimado ya que al día de hoy la Demandante aún ha intentado utilizar remedios judiciales ante tribunales mexicanos, mismos que continúan pendientes de resolución, y, por lo tanto, no puede demostrar un incumplimiento por parte del sistema legal mexicano. En este

---

738 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶¶ 7.185, 7.187. **RL-0021.**

739 Memorial de Réplica, ¶¶ 88, 101, 118, 205.

740 Memorial de Réplica, ¶ 205.

sentido, es importante notar que la Demandante no ha reclamado de ninguna forma el trato otorgado por los tribunales mexicanos.

395. Como se señaló en la Sección II.A., la Demandante pretende que el Tribunal revise los mismos aspectos que reclama ante tribunales domésticos. Efectivamente, en las Tablas 1 y 3 se evidencian la similitud de los argumentos y reclamos presentados por ExO y la Demandante tanto en tribunales domésticos como en el presente arbitraje.

396. Como se explica en la Sección II.A.1, la impugnación de ExO —pendiente de resolver por parte del TFJA— afectará invariablemente la reclamación de la Demandante en este arbitraje. Ello es así porque que existe la posibilidad de que se confirme que la denegatoria de la Autorización de la MIA es legal. Conforme a este escenario, la reclamación de la Demandante carecería de méritos ya que la conclusión del TFJA sería contraria a las alegaciones de la Demandante basadas en que la denegatoria de la MIA supuestamente se debió a razones políticas. Cabe considerar que la Demandante no ha presentado reclamaciones en contra de los tribunales judiciales o administrativos de México.

397. Otro posible escenario de la impugnación de ExO ante tribunales domésticos sería que el TFJA determine que la Resolución 2018 no está debidamente fundada y motivada. En ese supuesto, el TFJA podría ordenar a la DGIRA que emita una nueva resolución subsanando las deficiencias identificadas, tal como ocurrió respecto a la Resolución 2016. Finalmente, aunque también existe la posibilidad de que el TFJA pueda autorizar la MIA u ordenar a la DGIRA que lo haga, es evidente que en ese escenario la Demandante estaría obteniendo un doble remedio al buscar una compensación económica respecto de una medida que ya no sería materia de este arbitraje.

398. Aunque los expertos legales de la Demandante han omitido abordar este aspecto importante, los expertos legales de México (Solcargo-Rábago), han explicado el alcance del procedimiento de impugnación de la Resolución de 2018 ante el TFJA.[741] En este sentido, los expertos legales de México coinciden en que el procedimiento sigue abierto y no es definitivo, por lo cual existen diversos escenarios que podrían derivar de la decisión del TFJA, en particular han precisado lo siguiente:

---

741 Segundo informe Solcargo-Rábago, Sección VII.C.

> El hecho de que ExO haya promovido un juicio de nulidad contra esta segunda resolución no conlleva que la DGIRA deba autorizar el Proyecto. Nuevamente, el TFJA habrá de pronunciarse sobre la validez de la resolución y, en su caso, podrá ordenar a la DGIRA la emisión de una nueva resolución.
>
> En este orden de ideas, si la resolución que nuevamente emita el TFJA resulta contraria a los intereses de ExO, éste tiene la oportunidad de impugnarla vía un juicio de amparo directo.
>
> […] si se decretare nuevamente la nulidad de la resolución del 12 de octubre de 2018, es probable que la SEMARNAT deba emitir una nueva resolución, conforme a los extremos indicados por el TFJA. Los Expertos de México entienden que el juicio de nulidad iniciado por ExO en contra de la resolución del 12 de octubre de 2018 sigue pendiente, por lo tanto, aún no existe una sentencia definitiva.[742]

399. En *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, el Ministerio de Medio Ambiente de República Dominicana negó a la demandante una aprobación para una concesión, bajo el argumento de que era ambientalmente inviable. Al rechazar la reclamación de denegación de justicia, en el contexto del TJE, el tribunal señaló que:

> … el Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.[743]

400. Además, el tribunal estableció que "el agotamiento de los recursos internos no es, tal como señalara correctamente la Demandante en su Dúplica, un requisito jurisdiccional previo para que un inversionista incoe una reclamación internacional, pero el agotamiento de los recursos internos es relevante en una consideración del fondo, como elemento sustantivo de la supuesta violación".[744] El tribunal añadió que:

> Para agotar los recursos internos, el requisito general (sujeto a la excepción de futilidad que se tratará infra), tal como lo expresaran los Estados Unidos en su intervención es el siguiente: el inversionista "debe recurrir al tribunal de mayor jerarquía de todo el sistema, que puede incluir más de una línea de tribunales o juzgados donde el sistema jurídico del estado demandado o receptor posee una jerarquía múltiple de fueros que pueden proporcionar una reparación.[745]

---

742 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 102, 104 y 106.

743 *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada, 31 de mayo de 2016, ¶ 248. **RL-0132.**

744 *Id*., ¶ 259. **RL-0132.**

745 *Id*., ¶ 260 (citación y comillas internas omitidas). **RL-0132.**

401. Por lo tanto, el tribunal concluyó que "una conclusión de denegación de justicia en virtud del derecho internacional depende necesariamente del producto definitivo del sistema jurídico interno del Estado," y "no puede haber denegación de justicia sin una sentencia firme emanada de la autoridad judicial superior del Estado".[746]

402. El mismo principio ha sido afirmado en otros tribunales, como en *Apotex v. United States*:

> [A] claimant cannot raise a claim that a judicial act constitutes a breach of international law, without first proceeding through the judicial system that it purports to challenge, and thereby allowing the system an opportunity to correct itself. In the words of Jan Paulsson, Denial of Justice in International Law 108 (2005): "For a foreigner's international grievance to proceed as a claim of denial of justice, the national system must have been tested. Its perceived failings cannot constitute an international wrong unless it has been given a chance to correct itself".[747]

403. De forma similar, el tribunal en *Lowen* señaló que:

> The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision.[748]

404. Siguiendo la decisión del tribunal en *Lowen*, el tribunal en *Waste Management II* subrayó que, para que el reclamo de denegación de justicia de un inversionista pueda tener éxito, "el sistema

---

[746] *Id*., ¶ 264. **RL-0132.**

[747] *Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. UNCT/10/2, Laudo de jurisidicción y admisibilidad, 14 de junio de 2013, ¶ 282. **RL-0036**.

[748] *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* v. *United States*, ICSID Case No. ARB(AF)98/3 Laudo, 26 de junio de 2003, ¶ 156. **RL-0038**. *Ver también International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL, Laudo, 26 de enero de 2006. **RL-0003**:

> "En cuanto a la supuesta omisión de otorgar garantías de debido proceso (que configuraría denegación administrativa de justicia) y la supuesta arbitrariedad manifiesta de la administración (que constituiría prueba de abuso de derecho) en los procedimientos de SEGOB, el Tribunal no encuentra en el expediente pruebas suficientes para concluir que los procedimientos de SEGOB hayan sido arbitrarios o injustos, ni mucho menos que lo fueran en forma tan manifiesta como para violar el nivel mínimo de trato." ¶ 197.
>
> "Finalmente, los procedimientos de SEGOB (incluida la Resolución Administrativa) estuvieron sujetos a revisión judicial ante los tribunals mexicanos. El Tribunal hace notar, al respecto, que EDM promovió ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un juicio de nulidad con respecto a la decisión del 10 de octubre (sin formular ninguna queja con respect al hecho de que el Lic. Aguilar Coronado no hubiera comparecido a la Audiencia Administrativa). EDM interpuso recurso de amparo en contra de la sentencia dictada por el tribunal, pero se desistió con posterioridad del recurso, decisión que no puede imputarse a México." ¶ 201.

debe ser puesto a prueba y fracasar y así, en este contexto, la noción de agotamiento de los recursos internos se incorpora a la norma de fondo y no es sólo un prerrequisito procesal para una reclamación internacional".[749]

405. Tal como fue resumido por el professor Douglas, "international responsibility towards foreign nationals for acts and omissions associated with an adjudicative procedure can only arise at the point at which the adjudication has produced its final result; it is only at that point that a constituent element of that responsibility has been satisfied, which is the existence of damage to the foreign national".[750] En este mismo sentido, Mclachlan resume que "[t]here is now a consistent line of investment treaty jurisprudence, considering denial of justice within the context of fair and equitable treatment, to the effect that: 'As long as such decisions are not final and binding and can be corrected by the internal mechanisms of appeal, they do not deny justice […]'"[751]

406. En este caso, en el cual la Resolución 2018 todavía está siendo revisada por el TFJA, no hay aún un resultado final, y pudiera haber impugnaciones adicionales, por lo que los reclamos de la Demandante no configuran una violación al artículo 1105.

f. La Demandante ha renunciado a su reclamo sobre "Protección y Seguridad Plenas"

407. En su Memorial de Demanda, la Demandante afirmó de manera resumida que la Demandada violó la obligación de Protección y Seguridad Plenas al "negar la aprobación ambiental de los Demandantes basándose en motivos inadecuados y, sin basarse en el derecho o la razón, el pemiso debía haber sido otorgado […]".[752] El Memorial de Contestación de la Demandada proporcionó una explicación detallada del por qué el alcance de "protección y seguridad plenas" conforme el artículo 1105 del TLCAN se limita a protección *física* y, por lo tanto, no es aplicable a los hechos reclamados por la Demandante.[753]

---

749 *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶¶ 97, 116. **RL-0133.**

750 Zachary Douglas, International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed, 63(3) Int'l. & Comp. L.Q. (2014), p. 28. **RL-0134.**

751 Cambell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.140. **RL-0021**.

752 Memorial de Demanda, ¶¶ 298.

753 Memorial de Contestación, ¶¶ 528-44.

408. El Memorial de Réplica de Odyssey ni siquiera aborda —ni menciona— el reclamo sobre Protección y Seguridad Plenas (excepto en su punto petitorio) y no refuta de ninguna manera a los puntos precisados por la Demandada.[754] Por lo tanto, es obvio que la Demandante ha abandonado —o debería considerarse que ha renuciado— a su reclamo de Protección y Seguridad Plenas conforme al TLCAN.

2. La Demandante no ha sido objeto de una expropiación indirecta conforme al artículo 1110 del TLCAN

409. La Demandante sigue siendo vaga con respecto a qué exactamente le fue privado: ¿fue ExO (que permanece bajo la misma propiedad), una oportunidad de negocio perteneciente a ExO (pero no a Odyssey), o algo más? Es importante señalar al respecto que la referencia a "expropiar […] indirectamente" en el artículo 1110 del TLCAN se refiere a una expropiación regulatoria, no a la toma de una inversión en la que una persona solo tiene una propiedad indirecta. Además, si la inversión que supuestamente se tomó es ExO, la Demandante no ha intentado explicar por qué tendría derecho a una compensación por la participación del 47% de ExO que aceptó no poseer.

410. En cualquier caso, la Demandante no puede escapar al hecho de que no tiene ningún derecho susceptible de expropiación. Como fue explicado previamente, la Demandante no tenía ningún derecho otorgado para explotar los depósitos concesionados.[755] De hecho, ExO nunca ha recibido las autorizaciones necesarias para explotar estos depósitos, algún otro depósito en México, ni algún otro depósito en algún otro lugar del mundo.[756] Como tal, los supuestos referidos eran meramente contingentes por naturaleza y, por tanto, no serían susceptibles de expropiarse.

411. En un débil intento por eludir este problema, la Demandante continúa afirmando lo obvio al argumentar un punto diferente, a saber, que los derechos de propiedad intangibles podrían expropiarse.[757] De manera similarmente ineficaz, la Demandante cita su propio informe de experto en el sentido de que el derecho fiscal mexicano define "activos intangibles" como aquellos que

---

754 La única referencia a "protección y seguridad plenas" en las 240 páginas del Memorial de Réplica de la Demandante aparece en un punto petitorio, en el cual la Demandante solicita al Tribunal "DECLARAR que México violó el Artículo 1105(1) del TLCAN al no otorgar […] la plena protección y seguridad." *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 585.

755 Memorial de Contestación, ¶¶ 546-50.

756 Memorial de Contestación, ¶ 549.

757 Memorial de Réplica, ¶ 242.

"generan beneficios financieros futuros".[758] No hay indicios de que el derecho contingente de la Demandante generará algún beneficio futuro, por lo que el derecho fiscal es irrelevante.

412. Incluso si la Demandante pudiera establecer un derecho contingente para desarrollar el deposito en algún momento futuro, dicho derecho no sería reconocible para propósitos de expropiación. Esto es así porque no todo daño potencial a la valoración futura de una inversión constituye un derecho de propiedad protegido para propósitos de expropiación.[759]

413. Además, el intento de la Demandante de alinear la matriz fáctica de este caso con los de laudos anteriores fracasa por una simple razón: La Demandante omite el hecho que los derechos involucrados en esos casos difieren del derecho contingente que supuestamente ostentaba ExO y que estaba sujeto a una amplia gama de aprobaciones regulatorias.[760]

414. En particular, la decisión en *Tethyan v. Pakistan* —actualmente suspendida por el propio CIADI y además todavía sujeta a un procedimiento de anulación ante la Corte de Distrito Federal en Washington, D.C. —,[761] se refería a un acuerdo de *joint venture* entre el inversionista y el Estado para convertir una licencia de exploración en un contrato de arrendamiento minero.[762] Esto llevó a la demandante a gastar "más de US$ 240 millones en trabajos de exploración", solo para luego ver al propio gobierno utilizar un estudio de factibilidad de la demandante para hacerse cargo

---

758 Memorial de Réplica, ¶ 245.

759 *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, Sept. 16, 2003, ¶ 6.2 ("Since 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." (énfasis añadido). **RL-0057**. *Methanex v. United States,* UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 17 (estableciendo 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."). **CL-0074.**

760 Memorial de Réplica, ¶ 246.

761 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, Docket No. 1-19-cv-02424, D.C. District Court, Request for Annulment of the Award dated 12 July 2019, Nov. 8, 2019, **RL-0058;** *ver también Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, Docket No. 1-19-cv-02424, D.C. District Court, ("On March 16, 2021, the Secretary General of ICSID notified the parties that she registered the Application, and that the "enforcement of the Award is provisionally stayed" in accordance with ICSID Rule 54, which provides for an automatic stay on request pending a decision by the arbitral tribunal regarding whether a stay of enforcement should be continued pending further ICSID proceedings."). **RL-0135.**

762 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, November 10, 2017, ¶ 217. **RL-0058.**

efectivamente del proyecto.[763] En *South American Silver c. Bolivia*, "las mismas autoridades bolivianas en sus declaraciones públicas se refirieron a las medidas tomadas como una 'nacionalización,'"[764] lo que significa que la demandada admitió que los derechos de las demandantes habían sido expropiados, y que la única pregunta que quedaba era si la expropiación era legal.[765] Ninguno de estos hechos dispositivos se presentan aquí. En cuanto a *Bear Creek c. Peru*, la Demandante no puede negar que el inversionsita demandante en ese caso ya había obtenido las autorizaciones para "adquirir, poseer y operar las concesiones mineras correspondientes".[766] Este tampoco es el caso en este procedimiento.

415. Sobre el papel de las expectativas del inversionista, la Demandante no discute que "[l]egitimate expectations . . . have also entered the law governing indirect expropriations".[767] Como se sostiene en el Memorial de Contestación, McLachlan explica que "the absence of specific representations is a material factor in leading to a finding that the standard has not been breached".[768] De hecho:

> [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.[769]

---

763 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, November 10, 2017, ¶ 1328-29. **RL-0058.**

764 *South American Silver Limited (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo, Nov. 22, 2018, ¶ 550. **CL-0108.**

765 *South American Silver Limited (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo, Nov. 22, 2018, ¶ 551. **CL-0108.**

766 *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, Nov. 30, 2017, ¶ 149. **CL-0016.**

767 Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 115. **RL-0031.**

768 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶¶ 7.187, 8.122 n. 228 (referencia cruzada de la discusión sobre las expectativas legítimas en el contexto del TJE). **RL-0021.**

769 *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 7. **CL-0074.**

416. La Demandante no aborda éstas, ni ninguna de las fuentes legales en la que se basa la Demandada. En cambio, la Demandante, sin ofrecer una sola fuente legal, simplemente busca trazar una distinción terminológica entre "expectativas respaldadas por la inversión" ("*investment-backed expectations*") y "expectativas legítimas,"[770] pero, *e.g.*, McLachlan y muchas fuentes legales citadas discuten las expectativas en el contexto de expropiación indirecta como "expectativas legítimas" – no, como diría la Demandante, "expectativas respaldadas por la inversión".[771] En cualquier caso, esto no es más que un débil intento de distinción semántica sin efecto sustancial en el caso.

417. En suma, además de la incapacidad de la Demandante para señalar un derecho no contingente, la Demandante tampoco identifica manifestaciones concretas que pudieran haber dado lugar a expectativas legítimas por parte de la Demandante.

418. De hecho, la Demandante reconoce que "los Estados tienen el derecho legítimo a ejercer poderes de policía".[772] Esto es así, por ejemplo, cuando una dependencia ambiental toma una determinación sobre la descontinuación de una determinada sustancia química.[773] Sin embargo, lo más importante es que, como se discutió anteriormente, un tribunal internacional de inversión no debe cuestionar las conclusiones de dicha dependencia.[774]

3. La Demandante no ha logrado demostrar haber recibido un trato menos favorable en los términos exigidos por el artículo 1102 del TLCAN

419. Como la Demandante afirma, "[l]as partes parecen estar de acuerdo en general sobre los elementos del análisis del trato nacional," incluyendo "trato" "en circunstancias similares" que es "no menos favorable".[775]

---

770 Memorial de Réplica, ¶ 252.

771 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶¶ 8.121-122, 8.133, 8.134, 8.154. **RL-0021.**

772 Memorial de Réplica, ¶ 255.

773 *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 29. **CL-0033.**

774 *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶¶ 134-35. **CL-0033.**

775 Memorial de Réplica, ¶ 257.

420. Como se abordó anteriormente por la Demandada, "[t]he legal burden to establish the affirmative requirements of the national treatment standard rests always on the claimant".[776] La Demandada también reitera que las circunstancias son necesariamente dependientes del contexto:[777]

> The Parties did not take issue with the concept expressed by the *Pope & Talbot* tribunal, that "'circumstances' are context dependent and have no unalterable meaning across the spectrum of fact situations". In addition, the Parties accepted, as the Archer Daniels tribunal put it, that "all 'circumstances' in which the treatment was accorded are to be taken into account in order to identify the appropriate comparator". These obviously include the legal and regulatory regime that governs parties that are being compared for the purposes of NAFTA Article 1102.[778]

421. Incluso si el trato viola el estándar, puede no obstante estar justificado si tiene "a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of [the treaty]".[779]

422. Como fue explicado en el Memorial de Contestación, la reclamación de Trato Nacional de Odyssey carece de méritos, lo cual nuevamente queda en evidencia a través del Memorial de Réplica.

423. Como punto de partida, la Demandada considera poco convincente que Odyssey afirme que Don Diego es "fundamentalmente diferente" a los proyectos Chatham Rise en Nueva Zelanda y Sandipiper en Namibia, con base en aspectos "técnológicos", a pesar de que los tres (Don Diego, Chatham Rise y Sandpiper) son proyectos de dragado de fondo marino realizados en alta mar ("*offshore*") enfocados en sustraer mineral de fosfato.[780] Contrario a esta situación, la Demandante realiza argumentos poco convincentes encaminados a señalar que Don Diego "es comparable" con los Seis Proyectos. De manera simplista, Odyssey afirma que Don Diego era similar a los Seis

---

776 Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.275. **RL-0021.**

777 Memorial de Contestación, ¶ 577.

778 *Apotex v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014, ¶ 8.42. **RL-0036.**

779 *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, Apr. 10, 2001, ¶ 78. **CL-0090.**

780 Memorial de Réplica, ¶¶ 47-49, 366, 460-461. *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 524-527.

Proyectos porque las actividades consistían en dragar, transportar y depositar las arenas en otro lugar.[781] Es decir, la Demandante busca diferenciar a Don Diego de Sandpiper y Chatham Rise al no tener la misma "geología, medio ambiente, características de los recursos y otras circunstancias", pero al mismo tiempo busca equiparar a Don Diego con proyectos portuarios y de infraestructura que no tienen ninguna similitud.[782] Esta situación carece de sustento.

424. A pesar de que en el Memorial de Contestación la Demandada explicó a detalle que no violó el estandar de Trato Nacional establecido en el artículo 1102 del TLCAN, la Demandada reitera que: *i)* los Seis Proyectos no son sujetos u objetos comparables; *ii)* los sujetos u objetos identificados por la Demandante no se encuentran en circunstancias genuinamente similares al Proyecto Don Diego, y *iii)* la SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al Proyecto Don Diego.[783] Con base en ello, el Tribunal podrá concluir que la Demandada no violó el estandar de Trato Nacional. A continuación, se explican estos elementos.

a. Las entidades a cargo de los Seis Proyectos no son sujetos u objetos comparables

425. La Demandante seleccionó seis proyectos de distintas industrias y actividades a cargo de entidades públicas con la finalidad de agravar sus reclamaciones sobre trato discriminatorio. A consideración de Solcargo-Rábago, "la selección de los mismos [Seis Proyectos] no implica que el Estado Mexicano haya dado un trato preferencial a los sujetos de derecho público, sino que simplemente, la Demandante encontró seis proyectos de dragado autorizados por el Estado Mexicano en materia ambiental, que fueron promovidos por entes paraestatales".[784]

426. En efecto, algunas de las entidades a cargo de los Seis Proyectos forman parte de gobiernos locales (Proyecto Sayulita de la Comisión Estatal de Agua y Alcantarillado de Nayarit), son empresas productivas del Estado (Proyecto Laguna Verde a cargo de CFE), o entidades paraestatales (Proyecto El Chaparrito a cargo de ESSA; Proyecto Puerto Veracruz de la API Veracruz; Proyecto Santa Rosalía de la API Baja California Sur, y Proyecto Matamoros de la API

781 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 282.

782 Memorial de Réplica, ¶ 461.

783 *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 579-611.

784 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 158.

Tamaulipas). Claramente ninguna de las entidades a cargo de los Seis Proyectos cotiza en bolsas de valores en el extranjero, como Odyssey.

427. La realidad es que la Demandante, en todo caso, tuvo al menos que haber identificado un inversionista nacional (de naturaleza pública o privada) que haya buscado poner en marcha en el Golfo de Ulloa un proyecto de dragado marino con la finalidad de extraer roca de fosfato, y que a su vez haya obtenido una autorización de impacto ambiental por parte de la DGIRA, para poder presentar un caso de Trato Nacional conforme el artículo 1102 del TLCAN. Sin embargo, Odyssey no lo hizo.

428. La Demandante señala correctamente que los estándares y procedimientos de evaluación ambiental no distinguen entre proyectos, o si fueron gestionados por entidades privadas o públicas.[785] El problema en la reclamación de Odyssey sobre Trato Nacional consiste en que no ha demostrado que la DGIRA haya "relajado" los estándares ambientales para aprobar la AIA de los Seis Proyectos, o que la DGIRA le haya dado un trato más favorable a ESSA, a la API Veracruz, a la API Baja California Sur, a la API Tamaulipas, a CFE y a la Comisión de Aguas de Nayarit, en detrimento a ExO.

429. Nuevamente, la "selección a modo" ("*cherry-picking*") de los Seis Proyectos está encaminada a dar una falsa apariencia de que entidades públicas recibieron un trato más favorable por parte de la DGIRA.

b. Los Seis Proyectos no se encuentran en circunstancias similares al Proyecto Don Diego

430. A consideración de la Demandante, las actividades de un inversionista nacional con las de un inversionista extranjero pueden ser comparadas a pesar de que existan claras disparidades. Este argumento no solo es incorrecto e insostenible, sino también podría generar un precedente peligroso en materia de arbitraje de inversión. El segundo informe de Solcargo-Rábago ilustra esta situación:

> La Demandante intenta comparar su proyecto contra proyectos de otros sectores cuyo único parecido es que contemplan actividad de dragado marino, resultando casi tan absurda su contrastación, como comparar la excavación que implica una mina de tajo con la excavación propia de la construcción de una edificación. Esta disparidad le fue

[785] Memorial de Réplica, ¶ 266.

incluso señalada a la demandante por la empresa especialista en dragado Boskalis, quien sería su potencial contratista.[786]

431. Contrario a lo que afirma Odyssey, los Seis Proyectos no pueden ser "sujetos/objetos comparables" a Don Diego porque genuinamente no se encuentran en circunstancias similares. El hecho de que en todos ellos haya algún tipo de actividad de dragado marino no significa que puedan ser comparables, y mucho menos si existen claras diferencias en cuanto a magnitud, extensión, duración, temporalidad, localización, ecosistemas, vegetación y fauna, impactos ambientales, sectores industriales o actividades de explotación, entre muchos otros factores.[787]

432. La Demandada no considera necesario tener que explicar nuevamente algunas de las diferencias entre el Proyecto Don Diego y los Seis Proyectos, previamente explicadas en el Memorial de Contestación (*i.e.*, sector; área de la inversión; *lex specialis* de la concesión minera; marco jurídico aplicable al sector minero; productos o mercancías objeto de la inversión).[788] Sin embargo, la Demandada se ve en la necesidad de reiterar cinco aspectos.

433. *Primero*, en los Seis Proyectos se realiza dragado de mantenimiento, y no dragado de capital ("*capital dredging*") como hubiera sucedido en el Proyecto Don Diego. Inclusive, esta situación fue identificada por Boskalis, quien hubiera sido el contratista de ExO durante las actividades del Proyecto.[789]

434. En términos sencillos, la magnitud, duración y condiciones del tipo de dragado de los Seis Proyectos y Don Diego es totalmente distinto. Simplemente no es comparable el dragado de capital del Proyecto Don Diego que se hubiera realizado durante 50 años —los 365 días del año y durante las 24 horas del día— al dragado de mantenimiento de los Seis Proyectos que se realizó en una ocasión o de forma parcial y en lugares previamente dragados, con el fin exclusivo de retirar sedimentos.[790]

---

786 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 162.

787 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶ 170-173.

788 Memorial de Contestación, ¶¶ 587-590.

789 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 162-165.

790 Segundo Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 169, 184.

435. *Segundo*, la Demandante argumenta que el artículo 1102 del TLCAN no requiere que los inversionistas estén en circunstancias *idénticas*, sino *similares*.[791] La Demandada no cuestiona el alcance del artículo 1102 del TLCAN. El problema de las reclamaciones de Odyssey es que el Proyecto Don Diego y los supuestos "sujetos/objetos comparables" (Seis Proyectos) no se encuentran ni en circunstancias *similares*, ni mucho menos en circunstancias *idénticas*; todo lo contrario, Don Diego y los Seis Proyectos se encuentran en circunstancias totalmente *distintas*.[792]

436. *Tercero*, el simple hecho de que los Seis Proyectos y el Proyecto Don Diego estuvieran sujetos a procedimientos de impacto ambiental conforme a la LGEEPA ("régimen legal") no significa que se encuentren en circunstancias similares, como infundadamente alega Odyssey.[793] Este argumento solo denota un claro desconocimiento sobre el marco jurídico ambiental nacional e internacional. La obligación de que proyectos que puedan generar impactos ambientales deban obtener autorizaciones ambientales, derivado de procedimientos de evaluación de impacto ambiental, está prevista en los sistemas jurídicos nacionales y en tratados internacionales.[794]

437. *Cuarto*, a diferencia de los Seis Proyectos, para la puesta en marcha del Proyecto Don Diego, ExO necesitó una concesión minera, sin perjuicio de obtener una autorización ambiental para realizar las operaciones extractivas.[795] La Demandada no trata de "desviar la atención" del Tribunal, como señala Odyssey.[796] Todo lo contrario, la Demandada solamente enfatiza algo evidente: el régimen regulatorio aplicable a Don Diego es un factor de comparabilidad que lo distingue de los Seis Proyectos.

---

791 Memorial de Contestación, ¶ 271.

792 Informe Verónica Morales, ¶¶ 89-92, 108. Informe Urbán-Viloria ¶¶ 12-14. Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 52-69.

793 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 289.

794 Primer Informe Solcargo-Rábago, ¶¶ 81, 85. Opinión Consultiva OC-23/17 emitida el 15 de noviembre de 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¶ 157. **RL-0082.** ("esta Corte advierte que la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental existe también en relación con cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo".). Principio 17 de la Declaración de Río. **R-0055**. *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Sentencia, 20 de abril de 2010, CIJ, ¶¶ 204-205. **RL-0126.**

795 Memorial de Demanda, ¶ 587.

796 *Ver* Memorial de Réplica, ¶ 291.

438. *Quinto*, resulta falso que los Seis Proyectos y el Proyecto Don Diego generarían riesgos ambientales similares con base en el hecho de que en todos ellos se realizaría dragado en áreas costeras.[797] En particular, el Sr. Pliego señala los Seis Proyectos son comparables con Don Diego porque "son proyectos que tienen un potencial impacto ambiental similar en función de la actividad humana que se realiza, el dragado del fondo marino".[798] La Demandada no coincide con la afirmación del Sr. Pliego. Nuevamente, el tipo y finalidad de dragado no es el mismo.

439. Sin perjuicio de que los Seis Proyectos ni siquiera se realizan en el Golfo de Ulloa como hubiera sucedido con el Proyecto Don Diego, la Demandada ha aportado suficiente evidencia que demuestra la relevancia del Golfo de Ulloa, así como la importancia de proteger esta zona de impactos ambientales que puedan afectar su flora y fauna. En efecto, los seis proyectos presentados por la Demandante difieren del Proyecto Don Diego en diversas cuestiones sustantivas que han sido abordadas por los expertos de la Demandada:

- Comparar la presencia de tortugas en el Golfo de México o en el Golfo de California considerando únicamente una especie no es válido. La región del GU presenta densidad de tortuga amarilla muy por arriba que cualquiera de los seis proyectos, por lo que no es posible compararlos en términos de "presencia/ausencia" de tortugas marinas.[799]
- El GU presenta, a diferencia del sitio de los otros seis proyectos, una alta concentración de tortugas Caretta caretta en su estadio juvenil y subadulto, las cuales utilizan el GU cómo zona de alimentación por periodos largos y como área de reproducción.[800]
- El GU es el único lugar de entre los proyectos comparados en el que la permanencia y concentración de tortugas marinas es tal que lo hace un hábitat crítico.[801]
- El Proyecto Don Diego es el único proyecto con una actividad de dragado permanente.[802]

---

797 Memorial de Réplica, ¶ 272.

798 Segundo Informe Vladimir Pliego ¶ 90.

799 Informe Verónica Morales ¶ 90.

800 Informe Verónica Morales ¶ 89.

801 Informe Verónica Morales ¶ 92.

802 Informe Verónica Morales ¶ 92.

- El Proyecto Don Diego es el único proyecto que no está en las inmediaciones de la línea de costa y/o en canales de navegación establecidos con anterioridad.[803]
- Ninguno de los seis proyectos pretende dragar en profundidades mayores de 20 metros.[804]
- El Proyecto Don Diego es el único proyecto que pretende retornar el material dragado y tratado al sitio de donde fue extraído.[805]
- El Proyecto Don Diego es el único proyecto cuyo producto del dragado tiene fines comerciales.[806]
- El Proyecto Don Diego es el único proyecto cuya actividad de dragado requiere más de una embarcación trabajando de manera simultánea.[807]
- El Sr. Pliego presenta aspectos que no son aplicables para efecto de la comparación de proyectos como la determinación de una menor o mayor biodiversidad en las áreas de los proyectos.[808]

440. Lo anterior, fue confirmado por los expertos en subsistencia y conservación de la tortuga marina *Caretta caretta*, ya que después de un análisis puntal de cada proyecto concluyen que estos proyectos no son comparables con el Proyecto Don Diego, por las diferencias en circunstancias de cada zona y la biodiversidad específica del Golfo de Ulloa (*e.g.*, hábitat crítico, situación de áreas altamente perturbadoras, etc.). En particular, el Grupo de Expertos en Tortugas Marinas ha explicado que el Golfo de Ulloa es un "centro de actividad biológica", con altos niveles de producción biológica y con gran biodiversidad, la cual es utilizada en su totalidad por tortugas marinas:[809]

> Cabe resaltar que, si bien todos los proyectos mencionados por el Sr. Pliego se llevaron o se van a llevar a cabo dentro de Áreas Naturales Protegidas (ANPs) o en zonas limítrofes, ninguno de estos lugares ha sido reconocido como un centro de actividad

---

803 Informe Verónica Morales ¶ 92.

804 Informe Verónica Morales ¶ 92.

805 Informe Verónica Morales ¶ 92.

806 Informe Verónica Morales ¶ 92.

807 Informe Verónica Morales ¶ 92.

808 Informe Verónica Morales ¶¶ 93 y 94.

809 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶¶ 48-49, 82.

> biológica, como lo es el Golfo de Ulloa. Además, ninguno de los proyectos mencionados por el Sr. Pliego se lleva a cabo en un área de agregación y hábitat crítico para la C. caretta u otra especie de tortuga marina. Finalmente, los lugares mencionados para los demás proyectos de dragado se dieron o se van a dar en áreas altamente perturbadas particularmente por actividad antropogénica.[810]

441. Por su parte, el Biólogo Bermúdez ha explicado que el Golfo de Ulloa es una Región Marina Prioritaria para la Conservación, ha sido declarado como área del refugio de vida silvestre para la tortuga amarilla y forma parte de la zona de la Costa Occidental de Baja California Sur declarado como zona de refugio pesquero.[811]

442. La Dra. Morales ha explicado que el Golfo de Ulloa es un hábitat crítico de máxima concentración de la tortuga *Caretta caretta* (lo cual ha sido confirmado por el Dr. Seminoff).[812] La siguiente conclusión de la Dra. Morales resulta relevante:

> En este contexto, ninguno de los sitios referidos por el Sr. Pliego se compara con el Golfo de Ulloa, particularmente en lo referente a la tortuga amarilla *Caretta caretta* ya que, como ha sido ampliamente argumentado en las secciones anteriores, el GU es hábitat crítico de máxima concentración de la especie en su estadio juvenil y subadulto, debido a que lo utiliza como zona de alimentación por periodos largos (7-20 años continuos) y hay indicios recientemente documentado de que también es un área de reproducción.
>
> Todas las especies de tortugas marinas en México se encuentran clasificadas en la categoría de riesgo de "en Peligro de extinción" (P), de acuerdo con la Norma Oficial Mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010. Ello en sí mismo justifica la protección de las tortugas en todo el territorio nacional; ahora bien, en el GU, no solo se da cumplimiento a este mandato, sino que se cuida la zona por el uso que las altas concentraciones de tortuga marina *Caretta caretta* hace del sitio […][813]

443. Asimismo, los Dres. Urbán y Viloria han explicado que el área del Proyecto hubiera coincidido con las rutas migratorias de ballenas grises, jorobadas, azules, y con la zona de alimentación del lobo fino de Guadalupe (*ver* Imagen 3), siendo todas ellas especies amenazadas y en peligro de extinción.[814]

---

810 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 53.

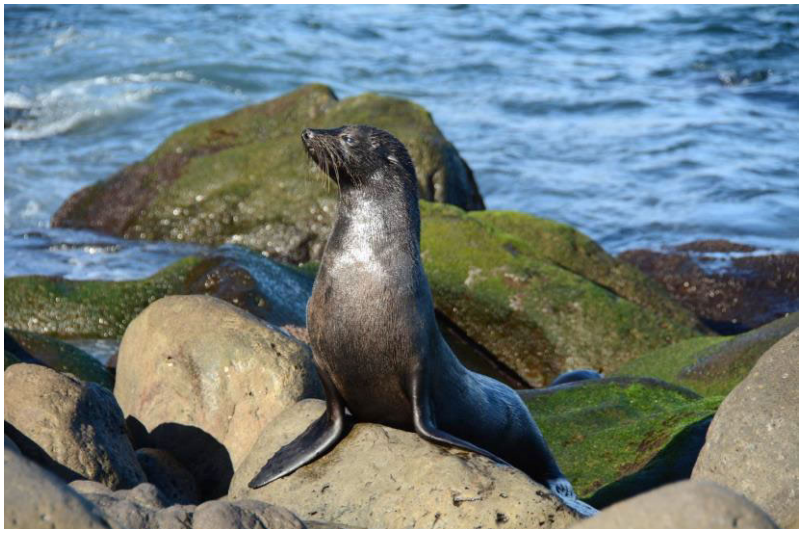
811 Segunda DT Benito Bermúdez ¶ 7.

812 DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17 ("[…] based on my own research, I know that loggerheads occur throughout the Gulf of Ulloa and are present in areas outside of the "hotspots […] considering the large number of loggerheads that can be present in the Gulf of Ulloa—approximately 40,000—I did not and would not suggest that the Don Diego Project could move forward with no impact to the local loggerhead population.)."

813 Informe Verónica Morales, ¶¶ 89 y 91.

814 Informe Urbán-Viloria, ¶¶ 6 y 38.

Imagen 3. Lobo Fino de Guadalupe.



Fuente: Fuente. Urbán et al., "Diversidad de Mamiferos Marinos en las Costas de Baja California Sur", p. 24. **Anexo UV-015**.

444. La siguiente conclusión de los Dres. Urbán y Viloria también resulta relevante:

> En el Golfo de Ulloa suceden fenómenos naturales únicos en su tipo, como la ruta migratoria de la tortuga *Caretta Caretta* proveniente de Japón, así como las rutas migratorias de ballenas provenientes de Rusia y costas norteamericanas.
>
> Existe la necesidad de observar cada proyecto en contexto, pues la diferencia principal radica en la zona y el tipo de actividad a realizarse en la misma. En este caso, la zona en donde se pretendería llevar a cabo Don Diego, es decir, el Golfo de Ulloa, se trata de una zona que, dadas sus peculiaridades, como lo son su riqueza y productividad biológica, es considerada como única en el mundo.[815]

445. El análisis de los Dres. Urbán y Viloria se ve reflejado en las conclusiones del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO con relación al proyecto Don Diego:

> […] the submitted EIA does not evaluate potentlal impacts of the project on the Outstandlng Universal Value (OUV) of the Whale Sanctuary El Vizcaíno property […] particular attention should be paid to the assessment of potentlal direct impacts on the marine species, such as the grey and the blue whale, as well as four species of marine turtles and other specias found in the property, taking into account that these direct impacts can also occur in the areas outside the properties boundaries, far example during migration periods. Indirect impacts on these species should also be assessed, such as from sedimenta released during the extraction operations.[816]

---

815 Informe Urbán-Viloria, ¶¶ 13-14.

816 Comunicación del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO, 18 de abril de 2016. **R-0139**.

446. De manera muy simplista, la Demandante argumenta que las similitudes también derivan del hecho de que en los Seis Proyectos y el Proyecto Don Diego son proyectos a realizarse en áreas costeras; tenían el potencial de generar impactos en el lecho marino, y en todos ellos existe la presencia de tortugas marinas.[817] Nuevamente, las actividades de los Seis Proyectos no se realizan en centros de actividad biológica, como es el caso del Golfo de Ulloa.[818] De este modo, las diferencias del Proyecto Don Diego con los proyectos presentados, la forma en la que se llevan a cabo, así como las diferencias de los lugares en los que se realizan, incluyendo la concentración de *Caretta caretta* en el Golfo de Ulloa y el ser un hábitat crítico para esta especie en peligro de extinción, hacen que dichos proyectos no sean comparables. Por lo tanto, la presencia de tortugas marinas en Don Diego y en los Seis Proyectos no es el problema, sino la concentración, tiempo de residencia y el uso del hábitat que estas especies hacen de una zona determinada.[819]

447. El Tribunal podrá concluir que en ninguno de los sitios donde se realizan los Seis Proyectos es considerado un hábitat crítico de la tortuga amarilla; no es la zona de alimentación de un pinnípedo en peligro de extinción (lobo fino de Guadalupe); no forma parte de rutas migratorias de mamíferos marinos en peligro de extinción, ni mucho menos suceden fenómenos naturales como sí suceden en el Golfo de Ulloa. Ante ello, claramente los impactos ambientales no serían comparables.

448. La Tabla 5 muestra de forma objetiva algunos aspectos que no fueron considerados por la Demandante y el Sr. Vladimir Pliego en el Memorial de Réplica, la cual deja en evidencia que no existen circunstancias similares entre los Seis Proyectos y Don Diego.[820]

---

817 Memorial de Réplica, ¶ 292, 294.

818 Informe Grupo de Expertos en Tortugas Marinas, ¶ 53.

819 Informe Verónica Morales, ¶ 88.

820 La tabla fue tomada del informe de la Dra. Morales Zárate. *Ver* Informe Verónica Morales, ¶ 92.

Tabla. 5. El Proyecto Don Diego no está en circunstancias similares con los Seis Proyectos

	El Chaparrito	Laguna Verde	Sayulita	Puerto de Veracruz	Puerto Matamoros	Puerto Santa Rosalía	Don Diego
¿Hay presencia evidente de tortugas marinas en el sitio específico del área a dragar?	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
¿La permanencia y concentración de tortugas marinas en el área, es tal que se considere hábitat crítico?	No	No	No	No	No	No	Sí
¿La actividad de dragado será permanente en el área del proyecto?	No (solo mantenimiento)	No	Parcialmente	No	No	No (solo mantenimiento)	Sí
¿El proyecto está en las inmediaciones de la línea de costa y/o en canales de navegación establecidos con anterioridad?	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
¿El proyecto pretende dragar en profundidades mayores de 20 m?	No (profundidad máx. 6.7m)	No (Profundidad máx. 6 m)	No.	No (Profundidad máx. 18 m)	No (Profundidad máx. 8 m)	No (Profundidad máx. 8.5 m)	Sí
¿El proyecto pretende retornar el material dragado y tratado al sitio de donde fue extraído?	No	No	No	No	No	No	Sí
¿El producto del dragado tiene fines comerciales?	No	No	No	No	No	No	Sí
¿La actividad de dragado requiere en su desarrollo cotidiano de más de una embarcación trabajando de manera simultánea?	No	No	No	No	No	No	Sí

Fuente: Informe Verónica Morales.

c. La SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al Proyecto Don Diego

449. La Demandante no ha demostrado que el Proyecto Don Diego recibió un trato menos favorable que los Seis Proyectos o que haya sido "evaluado más estrictamente que otros proyectos comparables".[821] Al igual que fue señalado *supra*, la Demandada no considera necesario transcribir lo que fue abordado en el Memorial de Contestación para explicar que la SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al Proyecto Don Diego.[822]

450. Basta con que el Tribunal revise las resoluciones AIA de los Seis Proyectos para corroborar que todos fueron autorizados sujetos a decenas de condicionantes[823], e inclusive uno de los proyectos fue sometido en dos ocasiones a evaluación de impacto ambiental porque el promovente (API Tamaulipas) se desistió de la primera MIA, justamente como sucedió en la MIA 2014 del Proyecto Don Diego.[824]

451. Con base en tecnisismos, la Demandante y el Sr. Pliego pretenden afirmar que el nivel de escrutinio del PEIA del Proyecto Don Diego fue mayor al que fue aplicado en los PEIA de los Seis Proyectos.[825] Una acusación de esta naturaleza necesita un alto grado de evidencia para ser demostrada de forma satisfactoria, lo cual no ocurre en este arbitraje.

452. Nuevamente no puede pasar desaparecibido el hecho de que el [redacted] de los Proyectos Matamoros, Sayulita, Puerto

---

821 Memorial de Réplica, ¶¶ 286, 304.

822 Memorial de Contestación, ¶¶606-611.

823 El Proyecto el Chaparrito estuvo sujeto a 15 condicionantes (Resolución AIA del Proyecto El Chaparrito, pp. 73-77, **C-0104**); El Proyecto Laguna Verde estuvo sujeto a 14 condicionantes (Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, pp. 52-58, **C-0110**); el Proyecto Puerto Veracruz dependió de 15 condicionantes (Resolución AIA del Proyecto Puerto Veracruz, pp. 126-139, **C-0119**); El Proyecto Matamoros dependió de 16 condicionantes (Resolución AIA del Proyecto Matamoros, pp. 146-168, **C-0130**); El Proyecto Santa Rosalia estuvo sujeto a 15 condicionantes (Resolución AIA del Proyecto Santa Rosalía, pp. 35-39, **C-0122**), y el Proyecto Sayulita dependió de 16 condicionantes (Resolución AIA Proyecto Sayulita, pp. 38-45, **C-0116**).

824 Memorial de Contestación, ¶ 603. Resolución del 20 de enero de 2015 de la DGIRA sobre el desistimiento de la MIA del Proyecto Puerto Matamoros. **R-0145.**

825 *Ver* Memorial de Réplica, ¶¶ 304-306, 313-314, 316-317.

Veracruz y Laguna Verde.[826] La Demandante y el Sr. Vladimir Pliego han preferido guardar silencio sobre este hecho, ya que deja en evidencia que sus reclamaciones sobre un supuesto trato discriminatorio carece de fundamentos.

IV. DAÑOS

453. Los siguientes alegatos se presentan sin perjuicio de los argumentos legales de la Demandada. Nada en esta sección deberá interpretarse como una admisión de responsabilidad ni como una renuncia a alguna de las defensas sobre el fondo de esta controversia.

A. Introducción

454. Como se explicará a mayor detalle en los siguientes apartados, la reclamación de daños de la Demandante continúa sufriendo de problemas fundamentales que se pueden sintetizar como sigue:

- La Demandante no ha especificado adecuadamente su reclamación. En particular, no ha aclarado qué daños fueron causados por las presuntas violaciones de las que acusa a México. Tampoco ha aclarado si los daños que alega se reclaman por cuenta propia, de conformidad con el artículo 1116 del TLCAN, o en representación de ExO, conforme al artículo 1117. Esto tiene implicaciones sobre el tipo de daños que se pueden reclamar y quién debería recibir el pago en caso de un resultado favorable para el inversionista.
- La aprobación de la MIA era una condición necesaria más no suficiente para que el Proyecto se convirtiera en un negocio rentable. La Demandante no ha demostrado que, de no ser por la presunta violación habría podido: (i) explotar el Proyecto de manera rentable; (ii) confirmar los volúmenes y características de los recursos minerales que según afirma, existen en sus concesiones; (iii) obtener los demás permisos que requería; (iv) obtener el financiamiento necesario para poner en marcha el negocio; (v) desarrollar e implementar las nuevas técnicas de extracción y producción que pretendía utilizar; (vi) establecer una base de clientes adecuada y ganar una participación de mercado tan significativa como suponen sus peritos. En términos simples no ha demostrado la existencia del vínculo causal necesario entre la violación y el daño que reclama.
- La reclamación de daños de la Demandante no es congruente con la medida de daños que ella misma propuso y considera aplicable bajo el estándar de reparación plena. Por un lado, afirma que los daños deben ser determinados con base en el valor justo de mercado de la inversión determinado inmediatamente antes de la denegación de la MIA. Sin embargo, instruyó a sus peritos valuar el proyecto bajo el supuesto de que la MIA se habría aprobado. La Demandada sostiene que ExO debe valorarse en el estado que se encontraba el 6 de abril de 2016, sin supuestos de ningún tipo sobre la aprobación o denegación de la MIA.

---

[826] Memorial de Contestación, ¶¶ 610-611. *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.**

- Los precedentes inversionista-Estado relacionados con disputas en el sector minero son claros en que para utilizar la metodología DCF para valuar un proyecto minero en etapa de pre-producción, es necesario alcanzar una etapa de desarrollo superior a la que había alcanzado el Proyecto Don Diego. En particular, los tribunales internacionales rechazan el uso de esta metodología para proyectos no productivos que no cuentan con estudios de factibilidad, reservas probadas o probables y fuentes adecuadas de financiamiento. El Proyecto no contaba con ninguno de estos elementos.
- Los estándares y directrices reconocidos internacionalmente (como CIMVAL y VALMIN) también rechazan el DCF para proyectos como Don Diego que se encontraba en una etapa de exploración y no contaba con un estudio de factibilidad técnica y económica.
- No existe evidencia contemporánea que demuestre la viabilidad económica y técnica del Proyecto. Por el contrario, la evidencia contemporánea demuestra que, a la fecha de valuación, el Proyecto no tenía Reservas, ni estudios de factibilidad o prefactibilidad, ni había celebrado contratos o cartas de intención con clientes potenciales, ni había asegurado el financiamiento del proyecto.
- La evidencia contemporánea también demuestra que los fundamentos del DCF de la Demandante (costos de operación, precios, volúmenes, grado del producto) carece de un fundamento suficientemente sólido como para ser considerados confiables para la determinación de los daños a través de un modelo DCF.
- Se solicitan intereses pre-laudo a una tasa exhorbitante de 13.95% basada en el WACC del Proyecto, lo cual explica por qué cerca del 44% de los daños reclamados sean atribuibles a intereses. Intereses determinados a una tasa como esa compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió.

455. En virtud de lo anterior, la única conclusión posible es que la reclamación de la Demandante por más de USD $2,364,700,000 más intereses es exagerada, especulativa y, por consiguiente, no puede servir de base para una determinación de daños.

456. La Demandada presenta junto con este escrito, un segundo informe pericial de WGM (expertos en la industria minera) y de Quadrant Economics (experto en daños) así como un primer informe pericial de Taut Solutions (experto en temas marítimos). El segundo informe de WGM aborda los aspectos técnicos del Proyecto y opina, entre otras cosas, sobre el nivel de desarrollo que tenía a la Fecha de Valuación y la viabilidad del Proyecto. El segundo informe de Quadrant responde a las críticas de Compass Lexecon a su primer informe y ofrece una valuación alternativa basada en el valor de capitalización de Odyssey que ubica el valor de la participación de Odyssey en el Proyecto en USD $43.2 millones.[827] La valuación de Quadrant se basa en el valor justo de mercado (VJM) de la inversión determinado inmediatamente antes de la presunta violación y toma

[827] El valor total del Proyecto bajo este cálculo ascendería a USD $84.7 millones.

en cuenta el estado de desarrollo del Proyecto, la opinión técnica de WGM, la orientación proporcionada por los estándares y lineamientos del CIMVAL y VALMIN y la evidencia contemporánea de la Demandante.

457. Alternativamente, si este Tribunal determinara que la medida de compensación aplicable no es el VJM de la inversión determinado inmediatamente antes de la violación, la Demandada sostiene que los daños deben basarse en los costos hundidos de la Demandante bajo el principio de reparación plena, pues no había certidumbre razonable sobre la rentabilidad futura del Proyecto a la Fecha de Valuación. Quadrant estima estos costos hundidos en su segundo informe en USD $13.0 millones a la Fecha de Valuación y USD $14.6 millones a octubre de 2018.

B. La Demandante no ha aclarado si la reclamación se presenta por cuenta propia o en representación de ExO

458. En su Memorial de Contestación, la Demandada indicó que no era claro si Odyssey había presentado su reclamación por cuenta propia en virtud del artículo 1116 o bien, a nombre de ExO conforme al artículo 1117.[828] Esta aclaración era importante porque tiene implicaciones sobre el tipo de daños que se pueden reclamar, y quién debe recibir el pago en caso de un resultado favorable. A pesar de haberla solicitado en el Memorial de Contestación, la Demandante no la proporcionó.

459. El artículo 1116 del TLCAN permite a un inversionista de una Parte presentar una reclamación por cuenta propia por pérdidas o daños causados por el incumplimiento de cualquier obligación sustantiva de la sección A del Capítulo 11. Los daños asociados a este tipo de reclamaciones se limitan a aquellos sufridos directamente como inversionista, lo cual se desprende de la condición que establece el artículo 1116 (1) del TLCAN. En el presente caso, la única pérdida o daño que Odyssey podría haber sufrido *qua* inversionista sería la pérdida del valor de su participación accionaria en ExO, ya que no ha identificado ninguna otra inversión calificada de conformidad con el artículo 1139.[829] Si se probaran dichos daños, éstos tendrían que pagarse directamente a la Demandante.

---

828 Memorial de Contestación, ¶¶ 619-622.

829 La Demandada tiene conocimiento de que la Demandante ha identificado otras supuestas inversiones, como las Concesiones Don Diego. Sin embargo, el título de esas concesiones y activos pertenece a ExO, no a la Demandante y, por lo tanto, cualquier pérdida o daño relacionado con esos activos o derechos deberá reclamarse en virtud del Artículo 1117.

460. Es importante destacar que, de conformidad con el artículo 1116, un inversionista no puede reclamar pérdidas o daños sufridos por una empresa en la que participa como accionista. Una reclamación de esta naturaleza debe presentarse al amparo del artículo 1117, y estaría sujeta a las restricciones allí establecidas, a saber, que la empresa sea una "persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto". Los daños asociados a una reclamación presentada al amparo del artículo 1117 en representación de ExO se limitarían a los daños sufridos por ExO y serían pagaderos a ExO de conformidad con el Artículo 1135(2)(b).

461. En este caso en particular, los daños de una reclamación instaurada al amparo del artículo 1116 se sobrepondrían por completo a los daños derivados de una reclamación presentada al amparo del artículo 1117.[830] Por esa razón, no puede perseguirse simultáneamente. Como mínimo, la Demandante debe especificar qué violación y qué daños reclama al amparo del artículo 1116, y qué violación y qué daños reclama en virtud de su reclamación al amparo del artículo 1117.

462. Dado que la Demandante no ha aclarado este importante aspecto de su reclamación, a pesar de haber sido advertida del problema y de la aclaración solicitada en el Memorial de Contestación, la Demandada toma la posición de que las reclamaciones por violación a los artículos 1102 (Trato nacional) y 1105 (Nivel mínimo de trato) se presentan a nombre de ExO bajo el artículo 1117 y la reclamación por violación al artículo 1110 (Expropiación) se presenta por cuenta propia al amparo del artículo 1116. Siendo así, cualquier daño por expropiación se limitaría al valor justo de mercado de la participación de la Demandante en ExO, puesto que Odyssey no es el dueño de ExO.

C. Carga y estándar de prueba

1. Carga de la prueba

463. En su Memorial de Contestación, la Demandada argumentó que era un principio bien establecido que la parte demandante tiene la carga de probar sus daños. En particular, la Demandada se refirió a los tres elementos fundamentales de cualquier reclamación de daños: el hecho de la pérdida o daño, el monto de la pérdida o daño y la existencia de un vínculo causal

[830] Esto se debe a que cualquier daño sufrido por ExO afectaría el valor de la participación de Odyssey en ExO.

entre el incumplimiento y la supuesta pérdida o daño.[831] En palabras del tribunal en *Rompetrol v. Romania*:

> [...] To the extent, however, that a claimant chooses to put its claim (as in the present Arbitration) in terms of monetary damages, then it must, as a matter of basic principle, be for the claimant to prove, in addition to the fact of its loss or damage, its quantification in monetary terms and the necessary causal link between the loss or damage and the treaty breach. [...][832]

464. La Demandante no controvierte que ella tiene la carga de la prueba; alega que la ha cumplido. La Demandada demostrará más adelante que esto no es así.

465. La Demandante también argumenta que la Demandada tiene la carga de probar las alegaciones fácticas en que se basa su defensa a las reclamaciones de indemnización de Odyssey.[833] La Demandada está de acuerdo, con la salvedad de que una parte demandada no está obligada a refutar hechos que la parte demandante tiene la carga de probar y no lo ha hecho.

2. Estándar de la prueba

466. Habiendo omitido cualquier discusión sobre el estándar de prueba aplicable a los daños en su Memorial de Demanda, la Demandante ahora toma la posición de que el estándar aplicable es el "balance de probabilidades" ("*balance of probabilities*").[834] Sin embargo, la Demandante no especifica si esto aplica al hecho de la pérdida o daño, a la existencia del vínculo causal necesario entre la violación y el daño, al monto de los daños, o a los tres elementos.

467. La Demandada mantiene su posición de que la pérdida legalmente relevante está acotada por el principio de "certeza razonable", y que dicho principio aplica tanto al hecho del daño como al monto de la pérdida. México abordó este principio en su Memorial de Contestación,[835] señalando que "[s]i 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

---

831 Ripinsky & Williams, "Damages in International Investment Law", British Institute of International and Comparative Law (2008), p. 162, **RL-0065.**

832 *Véase* también, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, ¶ 190. **RL-0085**.

833 Memorial de Réplica, ¶ 334.

834 *Id.*, ¶ 335.

835 Memorial de Contestación, ¶¶ 644-645.

responsabilidad del Estado."[836] Asimismo, ofreció numerosos ejemplos de tribunales que lo han aplicado. La Demandante no ha cuestionado la existencia del principio, ni que éste delimite los daños legalmente relevantes.

468. México también se refirió a varios casos en los que la aplicación del principio de certeza razonable llevó al tribunal a rechazar la metodología DCF por considerar que su uso arrojaría resultados demasiado especulativos en ausencia de un historial suficiente de operaciones rentables. Esto tampoco ha sido refutado por la Demandante. Para evitar repeticiones innecesarias, la Demandada remite al Tribunal a la sección IV.B.4.b del Memorial de Contestación.

469. La cuestión de cuánta incertidumbre o especulación puede tolerarse en el cálculo de los daños sigue siendo una cuestión abierta que los tribunales internacionales a menudo resuelven examinando los hechos y circunstancias específicas del caso, y ejerciendo la amplia discreción que tienen para la determinación de los daños. Sin embargo, como elocuentemente lo expresó el tribunal en *Amoco*: "[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."[837]

470. La posición de la Demandada es que, si bien el estándar de "balance de probabilidades" puede tener cierto sentido en el contexto del hecho de la pérdida, no es aplicable en el contexto del *quantum*. Después de todo, ¿cómo podría un tribunal determinar que una cifra en particular es más o menos probable que otra? Incluso si pudiera hacerlo, ¿podrían considerarse no especulativos aquellos daños que tienen una probabilidad de ocurrir ligeramente superior al 50%? ¿Quién podría argumentar con seriedad que tiene una "certeza razonable" de sobrevivir un salto en paracaídas, si la probabilidad de que éste se despliegue correctamente es de 51%?

471. La posición de la Demandada es que lo que debe guiar el análisis del Tribunal es evitar la especulación desmedida. De hecho, las fuentes legales citadas por Odyssey, lejos de apoyar la

---

836 *Id.*, ¶ 644 citando a *Amoco Int'l Finance Corp. v. Iran* , **RL-0067**; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States*, **CL-0054**; *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, **RL-0068**; *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, **CL-0011**; and, *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, **RL-0069**.

837 *Amoco Int'l Finance Corp. v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award", 14 de julio de 1987, ¶ 238. **RL-0067**.

aplicación del estándar de balance de probabilidades al monto de la compensación, apoyan la aplicación del principio de certeza razonable.

472. El pasaje en *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* en el que se basa la Demandante no identifica el "balance de probabilidades" como el estándar aplicable a los daños. El tribunal se basó en un pasaje de *Sapphire v. Iran* que habla sobre la "probabilidad suficiente" de la existencia del daño y su monto, sin definir cuál sería esa probabilidad:

> With respect to proof of damages in particular, the Tribunal finds the following passage quoted by the Claimants in their written submissions from the award in *Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Co.* to be apposite:
>
> "It is not necessary to prove the exact damage suffered in order to award damages. On the contrary, when such proof is impossible, particularly as a result of the behaviour of the author of the damage, it is enough for the judge to be able to admit <u>with sufficient probability the existence and extent of the damage</u>."[838]
>
> [Énfasis propio]

473. En *Impregilo c. Argentina*, el tribunal tampoco se refirió al estándar del balance de probabilidades en el contexto del *quantum*. Lo que determinó es que las "probabilidades y estimaciones razonables" deberán de bastar como base para una reclamación de daños, aunque no especificó a qué se refirió con el término "reasonable probabilities".[839]

474. El tribunal en *Vivendi c. Argentina* tampoco identificó el "balance de probabilidades" como el estándar de prueba aplicable a los daños. El tribunal se refirió en términos generales al principio de que no se requiere determinar los daños con absoluta certeza —una proposición con la que la Demandada está de acuerdo y expresamente identificó en su Memorial de Contestación— y luego se refirió al famoso pasaje de *Chorzów Factory* que habla de colocar al inversionista en la situación que *con toda probabilidad* habría existido:

> [...] Nonetheless, in this regard, it is worth remembering that international law does not demand absolute certainty in valuing the damages sustained by the Claimants but only, in the words of the Permanent Court of International Justice in the Chorzów Factory Case, to place the Claimants "in the situation which would, in all probability, have existed" if Argentina had not committed its illegal acts (emphasis supplied). In order to accomplish that, the Tribunal and its Independent Financial Expert had necessarily to engage in the hypothetical exercise of building a scenario to determine the financial fate

---

838 *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Award, 3 de marzo 2010, ¶ 229. **CL-0169**.

839 *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Award, 21 de junio de 2011, ¶ 371. **CL-0167**.

> of the Claimants in the situation where Argentina had accorded the Claimants' investments fair and equitable treatment. [840]

475. Como se formula con mayor precisión en uno de los principales textos sobre daños en el arbitraje internacional:

> In the context of damages, the standard of proof becomes a serious hurdle when the compensation claimed includes lost future gains. As discussed elsewhere in this study, one of the attributes of legally relevant damage is its *certainty*. Dictionary definition of the word 'certain' are: 'free form doubt or reservation', 'sure to happen' and 'inevitable. Interpretation of the 'certainty' requirement in line with these meaning would entail a very high standard of proof akin to 'beyond a reasonable doubt'. Such a strict interpretation would deprive aggrieved parties of adequate protection. Consequently, international law has followed the lead of most legal systems which 'relax the standards of proof and are satisfied if the profits would have been *probable* in light of the circumstances'.[841]
>
> [Énfasis en el original, subrayado por la Demandada]

476. Citando numerosos casos, los autores explican: "arbitral tribunals have held that future losses must be proved with [a] 'sufficient (degree of) certainty, 'sufficient degree of probability', 'some level of certainty' or 'comparative likelihood' and that they must be 'probable and not merely possible'."[842] Los autores citan también los Comentarios a los Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, que indican que se requiere de una "certidumbre suficiente" ("*sufficient certainty*") para que un flujo de ingresos se convierta en un interés legalmente protegido, y los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales que requieren un "grado razonable de certeza" al establecer el daño futuro.[843]

477. Como se explicará más adelante, la Demandada sostiene que la Demandante no ha demostrado que los flujos futuros en los que basa su reclamación de daños tengan un grado de certeza suficiente como para convertirse en un interés protegido. En términos simples, la Demandante no ha demostrado que habría logrado operar el Proyecto de manera rentable.

---

840 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic (II)*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Award, 9 de abril de 2015, ¶ 30. **CL-0189**.

841 Ripinsky & Williams, "Damages in International Investment Law", British Institute of International and Comparative Law (2008), p. 164. **RL-0065**.

842 *Id.*

843 *Id.*

a. El hecho de la pérdida o daño.

478. La Demandada mantiene su posición de que la sola existencia de depósitos de fosfato en el área del Proyecto Don Diego no confiere ningún valor a ExO y, por lo tanto, no es necesariamente cierto que la denegación de la MIA le haya provocado un daño que pueda cuantificarse de la forma en que lo hacen sus peritos. Para que la inversión tenga algún valor a los ojos de un comprador razonablemente informado es necesario demostrar que el depósito podía ser explotado de manera rentable. Esto no ha sido probado, ni siquiera sobre la base del balance de probabilidades. Como lo demuestra la valuación de Quadrant, el mercado atribuía cierto valor al Proyecto porque existía la posibilidad de que tuviese éxito, pero dicho valor era modesto precisamente porque el Proyecto se encontraba en una etapa muy temprana de desarrollo y no había demostrado su rentabilidad futura.

b. Causalidad

479. La Demandante sostiene que ha probado que las violaciones del TLCAN por parte de México fueron la causa inmediata de sus pérdidas. En el párrafo 335 del Memorial de Réplica, afirma que "[e]ra objetivamente previsible que, si la SEMARNAT negaba la MIA, Odyssey no podría explotar la Concesión y experimentaría una perdida completa tanto para ExO, su vehículo de propósito especial para desarrollar y operar el Proyecto Don Diego, como para el propio Proyecto Don Diego".[844]

480. Si bien es cierto que ExO requería la aprobación de la MIA para continuar con su proyecto, no se sigue que de haberla conseguido, ExO habría avanzado a través de las diversas etapas de desarrollo que tenía por delante, que habría obtenido los permisos faltantes, que habría obtenido el financiamiento necesario para poner en operación el Proyecto, que habría implementado las nuevas técnicas de extracción de manera rentable, que habría establecido una base de clientes confiable para sus productos y que habría ganado la parte significativa del mercado que su perito de daños proyectó en su modelo DCF.[845] En términos simples, la MIA era una condición necesaria pero no suficiente para que el Proyecto se convirtiera en un negocio rentable.

---

844 Memorial de Réplica, ¶ 335.

845 Memorial de Contestación, ¶ 664.

481. Contrario a lo que sugiere la Demandante, la MIA no era ni el único, ni el último obstáculo que ExO necesitaba superar para transformar el proyecto en etapa pre-productiva que tenía en la operación minera altamente rentable que forma la base de su valuación de daños. Es importante no perder de vista el hecho de que la denegación de la MIA, a lo mucho, privó a la Demandante de una oportunidad comercial, no de un negocio en marcha con un historial probado de operaciones rentables.

482. Desde el punto de vista de causalidad, la pregunta relevante es si la denegación de la MIA causó los daños que Odyssey reclama en este procedimiento. La respuesta a esa pregunta es "no", y es en este sentido que la Demandada sostiene que la Demandante no ha logrado establecer la existencia del nexo causal necesario entre la violación y los daños que reclama.

c. Monto del daño

483. Como se explicó en la sección dedicada al estándar de prueba, no son pocos los tribunales que han determinado que las reclamaciones de daños demasiado especulativas deben rechazarse.

484. La Demandante especula indebidamente de varias maneras. A pesar de afirmar con vehemencia que la Demandada ignora la evidencia que presentó, no parece cuestionar varios hechos materiales que socavan su posición y demuestran que, de conformidad con los lineamientos generalmente aceptados en la industria minera, las mejores prácticas internacionales y los precedentes inversionista-Estado, los daños en este caso no pueden determinarse mediante el enfoque de ingresos.

485. Particularmente, la Demandante no cuestiona que:

- Ninguna compañía, incluso las empresas mineras más grandes del mundo, han podido establecer una operación minera en alta mar como la que la Demandante pretendía desarrollar en México;
- Odyssey no tenía experiencia previa en el sector minero o el negocio de fosfatos (*i.e.*, no tenía un historial de operaciones rentables en México o en cualquier otro lugar);
- ExO no contaba con un estudio de alcance ("*scoping study*") o una Evaluación Económica Preliminar (PEA por sus siglas en inglés) preparada o validada por un perito independiente;
- ExO no contaba con un Estudio de Factibilidad (FS) o incluso uno de Pre-factibilidad (PFS) que estableciera la viabilidad técnica y económica del Proyecto;

- ExO no tenía "Reservas Probadas" o "Probables", tal y como se entienden esos términos en el contexto de la industria minera;[846]
- ExO no había terminado de definir la ingeniería básica del Proyecto. La Propuesta de Boskalis era una propuesta preliminar que no contaba con un nivel de detalle suficiente;
- ExO no había obtenido el financiamiento necesario para el Proyecto;
- ExO no había definido su producto mediante pruebas ni había establecido el mercado potencial para su producto;
- Exo no había obtenido diversos permisos adicionales que se requerían para poner el Proyecto en operación.

486. La Demandada ha revisado todos los laudos públicamente conocidos en casos inversionista-Estado relacionados con proyectos mineros, y no ha encontrado un solo caso en el que el tribunal haya otorgado daños con base en un modelo DCF (o cualquier otra metodología del enfoque de ingresos) sin que el proyecto contara un Estudio de Factibilidad (FS o PFS) o Reservas. La Demandada sostiene que esto es indicativo del nivel alto de incertidumbre que caracteriza a los proyectos mineros en su etapa de pre-producción (como el Proyecto Don Diego) y de la adhesión de los tribunales internacionales al principio de certeza razonable al otorgar daños.

487. Bajo estas circunstancias, la elección de la Demandante de ignorar los hechos y enfocarse en cambio en los 24 informes periciales que ha presentado en este procedimiento, no es ninguna sorpresa. La realidad es que, con esta estrategia, la Demandante simplemente busca eludir hechos inconvenientes como, por ejemplo: que no había establecido la viabilidad técnica y económica del Proyecto a la Fecha de Valuación y, como lo demuestran sus propios documentos, el Proyecto estaba aún en la etapa de exploración.

488. La Demandante afirma que sus informes periciales están basados en información que estaba disponible en la Fecha de Valuación, pero ese no es el punto.[847] Los informes que habrían

---

[846] Como se explicó en ¶ 649 del Memorial de Contestación, "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 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.'"

[847] En apoyo a su argumento sobre las prácticas basadas en información *post-hoc*, la Demandante se basa principalmente en una cita de un informe de un "special master" (no un juez) de un caso del tribunal de distrito de Kentucky de EE.UU., sin siquiera intentar explicar cómo ese fallo refleja el derecho internacional o cómo los hechos en ese caso se relacionan con los de este arbitraje. Memorial de Réplica, ¶ 378. Si el Tribunal decide que los fallos de los tribunales de los EE.UU. son relevantes, hay ejemplos de

sido necesarios para que el proyecto fuera considerado siquiera potencialmente viable, tales como los estudios de factibilidad y de ingeniería, son hechos nuevos en sí mismos. Es revelador que la Demandante sólo recientemente haya invertido en dichos informes, y no lo haya hecho mientras buscaba desarrollar el Proyecto. Ello demuestra que la Demandante (y sus nuevos inversionistas) valoran la reclamación de arbitraje mucho más de lo que alguna vez valoraron el Proyecto.

489. Por otro lado, si bien es razonable suponer que un comprador hipotético habría revisado toda la información que estaba disponible en la fecha de valuación, la Demandante no puede argumentar seriamente que habría llegado a las mismas conclusiones a las que llegan los expertos que contrató para este arbitraje. Lo más probable es que un comprador hipotético hubiese contratado a un experto debidamente calificado (como WGM) quien habría confirmado que el proyecto estaba en la etapa de exploración y que su rentabilidad futura era muy incierta aún. También es razonable suponer que habría contratado a un experto en valuación, como Quadrant, que habría confirmado que seguían existiendo riesgos importantes y que el Proyecto no valía lo que la Demandante reclama en este procedimiento.

D. Medida de compensación

490. Las partes de este arbitraje parecen estar de acuerdo en que la medida de compensación en este caso es el valor justo de mercado de la inversión determinado inmediatamente antes de la expropiación.

491. En su Memorial de Demanda, la Demandante argumentó 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 [...]".[848] La Demandante también citó los Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados y *Crystallex c. Venezuela* en apoyo

---

valuaciones basadas en datos posteriores a la fecha de valuación que se han rechazado. *Ver por ejemplo Regents Park Partners*, 1992 Tax Ct. Memo LEXIS 357 (Tax Ct. 1992), p. *47 (**RL-0107**) ("We are persuaded that Roddewig's use of the income approach is in error to the extent that he incorporated data for years following 1981, and likewise we are persuaded that the use of the post-valuation date sales in the sales comparison and cost approaches was in error."); *Estate of Gillet v. Comm'r*, 1985 Tax Ct. Memo LEXIS 227 (Tax Ct. 1985), p. *34-35 (**RL-0116**) ("In our view neither the foregoing testimony nor anything else in the record establishes that the plug figures for the variables used in Hanley's formulas, which figures were derived from known data for the period 1978 through 1982, were foreseeable as of the valuation date. Thus, Hanley's use of actual figures derived from events post-dating the valuation date is inappropriate.").

[848] Memorial de Demanda, ¶ 373.

a la posición de que "la compensación que refleje el valor de capital de los bienes que hayan sido tomados o destruidos como resultado de un hecho internacionalmente ilícito se evalúa generalmente sobre la base del 'valor justo de mercado' de la propiedad perdida"[849], y que "otorgar una indemnización basada en el valor justo de mercado de la inversión garantiza que se reestablecerá la situación en la que la parte perjudicada habría estado de no haber sido por los actos internacionalmente ilícitos".[850] Con base en lo anterior, la Demandante concluyó: "Accordingly, the appropriate measure of damages, pursuant to the Chorzów Factory standard, is the fair market value of the Don Diego Project prior to SEMARANT's first denial of the MIA, regardless of whether the Tribunal finds a breach of only one or of all three of the aforementioned articles."[851] [Énfasis añadido]

492. En su Memorial de Contestación, la Demandada estuvo de acuerdo en que el monto de la compensación debía determinarse con base en el valor justo de mercado de ExO determinado inmediatamente antes de la expropiación, siempre que el Tribunal concluyera que la Demandada expropió su inversión en violación al artículo 1110, o violó los artículos 1102 y/o 1105 y dichas violaciones tuvieron un efecto equivalente a una expropiación. (Lo anterior está implícito en la posición de la Demandante de que el monto de la compensación deberá ser el mismo "independientemente de si el Tribunal encuentra una violación de sólo uno o de los tres artículos antes mencionados".[852]) La Demandada señaló además que lo que la Demandante identificó como la "medida apropiada de daños" era de hecho la medida de compensación establecida en el artículo 1110(2), la cual aplica a casos de expropiación presentados bajo el TLCAN, como el presente caso.[853]

493. En su Memorial de Réplica, la Demandante afirma que "[n]o hay duda de que el estándar apropiado para la compensación es el FMV de ExO en el momento de la expropiación" y que "México mismo acepta el estándar de reparación completa de *Chorzów Factory* y está de acuerdo

---

849 *Id.*

850 *Id.*, ¶ 375.

851 *Id.*, ¶ 376.

852 Memorial de Contestación, ¶¶ 631-632.

853 *Id.*, ¶ 631.

en que la reparación completa requiere que se le otorgue el FMV de ExO (o del Proyecto).”[854] Esto es una tergiversación burda de la posición de la Demandada.

494. La Demandada no aceptó el estándar de reparación plena y tampoco que el “estándar apropiado para la compensación es el FMV de ExO en el momento de la expropiación”, o que “la reparación completa requiere que se le otorgue el FMV de ExO (o del Proyecto).” Para ser claros, la posición de la Demandada es que, en este caso, el monto de la compensación conforme al artículo 1110(2) y también bajo el estándar de reparación plena, sería el VJM de ExO determinado inmediatamente antes de la expropiación.[855] Estas distinciones, en apariencia menores, tienen repercusiones importantes y no deben tomarse a la ligera, como se explicará más adelante.

495. La Demandada también señaló oportunamente que la reclamación de daños de Odyssey era incongruente con la medida de daños que había identificado inicialmente. Si bien la Demandante afirma que los daños deben ser determinados inmediatamente antes de la decisión de la MIA, instruyó a sus expertos en daños a suponer, para efectos de la cuantificación del daño, que la MIA se habría otorgado. La Demandada sostiene que ExO debe valorarse en el estado en que se encontraba el 6 de abril de 2016, sin supuestos de ningún tipo sobre la aprobación, aprobación condicionada o denegación de la MIA.

496. Si el Tribunal rechaza el VJM de la inversión determinado inmediatamente antes de la expropiación como la medida de daños aplicable en este caso, la Demandada alternativamente propone, de conformidad con el estándar de reparación plena, que los daños se determinen sobre la base de los costos hundidos de la Demandante, como lo han hecho numerosos tribunales internacionales en el contexto de reclamaciones por expropiación asociados a proyectos mineros en etapa de pre-producción que no cuentan con reservas ni estudios de factibilidad. Más sobre este punto en la Sección F de esta sección de daños.

E. Fecha de expropiación

497. La Demandante alega que su inversión fue expropiada el 7 de abril de 2016 mediante la decisión de la SEMARNAT sobre la solicitud de la MIA del Proyecto Don Diego. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 1110(2) y con la propia interpretación de la Demandante del estándar

854 Memorial de Réplica, ¶ 322.

855 Memorial de Contestación, ¶ 632.

de reparación plena, el valor justo de mercado de ExO debe determinarse el 6 de abril de 2016.[856] Sin embargo, en su Memorial de Réplica, la Demandante insiste en que la fecha de valuación debe ser el 7 de abril de 2016 y argumenta que la posición de la Demandada es "errónea por varios motivos".[857]

498. Según la Demandante, el primer error es que la Demandada está eludiendo el caso de la Demandante; particularmente que la denegación de la MIA fue un acto ilícito en violación de varias disposiciones del TLCAN.[858] De acuerdo con la Demandante, "dado que la denegación de la MIA es el acto ilícito, la valuación debe suponer que la MIA se hubiera concedido en el escenario hipotético, independientemente de la fecha de valuación que se utilice."[859] La Demandante, sin embargo, no intenta siquiera explicar la incompatibilidad de este supuesto con su posición sobre la medida de compensación aplicable.

499. Como se explicó en la sección anterior, fue la Demandante quien argumentó que: "la medida apropiada de daños, de conformidad con el caso fábrica de Chorzów, es el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego al momento <u>anterior a la primera denegación de la MIA por parte de la SEMARNAT</u>".[860] La Demandante también argumentó que "Compass Lexecon ha calculado la compensación pagadera por las violaciones de México basada en el valor justo de mercado del Proyecto <u>en una fecha inmediatamente anterior a que la SEMARNAT negara la MIA</u> [...]".[861] Dado que la denegación de la MIA ocurrió el 7 de abril de 2016, no puede haber ningún argumento serio de que la fecha de valuación debe ser el 6 de abril de 2016 (o bien el 7 de abril, pero antes de la determinación sobre la MIA).[862]

---

856 *Id.*, ¶ 634. Memorial de Demanda, ¶ 380.

857 Memorial de Réplica, ¶ 341.

858 *Id.*, ¶ 341.

859 *Id.*, ¶ 341.

860 Memorial de Demanda, ¶ 376. Énfasis añadido.

861 *Id.*, ¶ 380. Énfasis añadido.

862 A la misma conclusión se puede llegar a partir de una lectura llana del Artículo 1110(2), que establece que "[i]ndemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada <u>inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo</u> (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."

500. La Demandante también dejó claro lo que entendió por el término "valor justo de mercado" al basarse en la definición adoptada por el Tribunal de Reclamaciones Iran-Estados Unidos, a saber: "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."[863] Por lo tanto, conforme al propio análisis de la Demandante, la reparación total en este caso implicaría otorgar una indemnización por un monto equivalente al precio que un comprador dispuesto pagaría por ExO a un vendedor dispuesto inmediatamente antes de la primera denegación de la MIA, en circunstancias en las que cada uno tenga buena información y ninguno actúe bajo coacción o amenaza.[864]

501. Dado que la decisión sobre la solicitud de la MIA 2015 se emitió el 7 de abril de 2016, se deduce que el valor justo de mercado de ExO al 6 de abril de 2016 (o el 7 de abril inmediatamente antes de la decisión) no puede reflejar *ningún* resultado particular con respecto a la solicitud de MIA. Dicho de otra manera, ningún comprador razonablemente informado habría supuesto, el 6 de abril de 2016, que la solicitud de la MIA de ExO habría sido resuelta favorablemente, ni habría acordado pagar un precio congruente con dicho supuesto. Por lo tanto, la Demandada reitera que la valuación de los daños debe basarse en el supuesto de que la decisión sobre la MIA estaba pendiente y, por lo tanto, la incertidumbre que rodeaba la aprobación de la MIA en la Fecha de Valuación debe tenerse en cuenta en el análisis de los daños.[865]

502. El segundo supuesto error no es realmente un error. La Demandante simplemente afirma que "la razón para fijar la fecha de valuación en el momento inmediatamente anterior al hecho ilícito de un Estado es garantizar que el valor de la inversión no se vea reducido por esos actos".[866] Luego, reafirma que tanto el Memorial de Demanda como Compass Lexecon utilizaron el 7 de abril de 2016 como fecha de valuación.

503. La Demandada coincide en que la razón para valorar la inversión inmediatamente antes de que se produjera la supuesta expropiación es evitar cualquier impacto (para bien o para mal) de la

---

863 Memorial de Demanda, ¶ 374.

864 La Demandada observa que, si la reclamación se limita a la reclamación del 1116 de Odyssey, los daños se limitarían al valor de la participación de Odyssey en ExO (es decir, el valor justo de mercado del 53.89% de las acciones de ExO al 6 de abril de 2016)

865 Memorial de Contestación, ¶ 638.

866 Memorial de Réplica, ¶ 342.

presunta violación en el ejercicio de valuación. Esto se desprende claramente de la segunda parte del artículo 1110(2), el cual específicamente señala que el VJM determinado inmediatamente antes de la expropiación "no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación." Sin embargo, de esa proposición no se desprende que la fecha de valuación adecuada en este caso deba ser el 7 de abril de 2016, o que la Demandante y su experto puedan suponer, para efectos de valuación, que la MIA habría sido aprobada. Al proceder bajo este supuesto, los expertos en daños de la Demandante no están determinando el VJM de ExO al 6 de abril de 2016 (o el 7 de abril inmediatamente antes de la decisión sobre la MIA) sino algo completamente distinto.

504. La idea de que "[l]a valuación debe suponer que la MIA se hubiera concedido en el escenario contrafáctico, independientemente de la fecha de valuación que se utilice"[867] es equívoca en otro importante sentido. La supuesta violación no es la denegación de la MIA *per se*, sino la forma en que la Demandante alega que le fue negada. La Demandante alega específicamente que la decisión fue discriminatoria (reclamación del Artículo 1102) y que violó la obligación de México de otorgar a su inversión un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas (reclamación del Artículo 1105). Sin embargo, eso no significa que, en ausencia de la supuesta discriminación y el supuesto trato injusto y no equitativo, la MIA del Proyecto Don Diego habría sido aprobada por la SEMARNAT. Suponer tal cosa implicaría que la SEMARNAT no tenía más alternativa que aprobar la solicitud MIA 2015 para evitar una violación del TLCAN, lo cual es insostenible.

505. En este contexto, la Demandada observa que ni siquiera los testigos de la Demandante creen que la MIA se habría aprobado así, sin más. El [redacted]"[868] [redacted]

867 *Id.*, ¶ 341

868 Primera DT de [redacted], ¶ 19.

[redacted].”[869]

506. Es simplemente incorrecto suponer, para efectos de valuación, que la MIA se habría aprobado, o especular bajo qué condiciones se habría aprobado. El enfoque correcto es el que la Demandante propuso inicialmente y por el cual abogó, pero luego decidió no seguir.

F. Casos inversionista-Estado que involucran proyectos mineros

507. La Demandante sostiene que diversos tribunales internacionales han reconocido que activos no operativos pueden valorarse utilizando el método DCF.[870] De acuerdo con el Memorial de Réplica, “su análisis se ha centrado en si es razonablemente cierto que, de no ser por los actos ilícitos del Estado, el activo podría haber llevado bienes al mercado y generado un beneficio de su venta”.[871] Sin embargo, la Demandante no identifica qué factores fueron considerados por dichos tribunales para decidir si la rentabilidad futura de un proyecto minero en la etapa preoperativa había sido demostrada con un grado de certeza razonable.

508. Para completar el análisis, la Demandada ha revisado todas las decisiones disponibles públicamente en casos inversionista-Estado que involucran disputas en el sector minero. Este análisis comenzó con la identificación de 44 casos mineros.[872] De este total: 24 se resolvieron a favor del Estado y, por lo tanto, no hay decisión sobre daños; 4 no están disponibles públicamente[873]; y 4 casos más no son relevantes porque los daños no se basaron en el valor de la

---

869 Primera DT de [redacted], ¶ 7.

870 Memorial de Réplica, ¶ 344.

871 *Id.*, ¶ 344.

872 Los casos fueron identificados usando la herramienta de búsqueda avanzada del Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD (https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search). La búsqueda incluyó casos concluídos (es decir, casos resueltos a favor del Estado, inversionista o ninguna de las partes) en los siguientes subsectores dentro del sector de la minería y la explotación de canteras: “Mining of coal and lignite”, “Mining of metal ores”, y “Other mining and quarrying”. La búsqueda excluyó: “Extraction of crude petroleum and natural gas” y “Mining support service activities”. La consulta se realizó en agosto de 2021.

873 No hay decisiones públicamente disponibles en: *Swissbourgh and others v. Lesotho*, *Mytilineos v. Serbia (II)*, *WWM and Carroll v. Kazakhstan*, y *WWM and Carroll v. Kazakhstan*.

mina o proyecto.[874] Esto deja un total de 12 casos en los que el tribunal arbitral otorgó daños a la parte demandante.

509. Seguidamente, la Demandada intentó identificar los factores que fueron considerados por dichos tribunales para resolver sobre el enfoque de valuación o método a utilizar para determinar los daños. Encontró información útil en al menos 3 de esos casos.

510. En *Bahgat v. Egypt*, el tribunal señaló que el método DCF sólo se ha utilizado cuando se puede demostrar la existencia de factores que permiten una estimación confiable de las utilidades futuras. Entre estos factores se encuentran la disponibilidad de reservas, el financiamiento y la posibilidad de que se pueda vender el producto:

> The Tribunal summarizes the jurisprudence as follows. Although the DCF method has been used to value going concerns, this methodology has also been applied under certain narrowly defined conditions to investments that are not going concerns. However, the DCF method has been used only if factors were proven that permitted reliable estimation of the investment's future profits. These include the existence of detailed business plans, substantiated information on the price and quantity of the products and services, on the availability of financing, and on the existence of a stable regulatory environment. Even in cases involving commodities that have predictable sale prices, before applying the DCF method, tribunals have assured themselves of the availability of reserves, financing, appropriate methods of exploration, and the possibility of the product being sold.[875]
>
> [Énfasis añadido]

511. El segundo caso es *Khan Resources v. Mongolia*. En ese caso el tribunal concluyó que cuando una mina cuenta con "reservas probadas", un modelo DCF a menudo se considera apropiado para calcular el VJM:

> The Claimants advocated using a DCF method, which they state is appropriate for determining the fair market value of a mine with proven reserves.[746] According to the Claimants, once these reserves are known, together with the costs associated with development and production, the market price for the relevant resource can be applied to estimate future earnings with reasonable certainty. It therefore does not matter that the mine has not actually come into full production or is not a functioning "going concern." The Tribunal agrees that, in the case of a mine with proven reserves, the DCF

---

874 *Antoine Goetz & Consirte et S.A. Affignage des Metaux v. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo, 21 de junio de 2012, **RL-0136.** *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, Final Award, 30 Novemer 2011, **RL-0120.** *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, Final Award, 17 December 2015, **RL-0137**. *Glencore International and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia (I)*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, **RL-0138**.

875 *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egypt*, Caso PCA No. 2012-07, Final Award, 23 de diciembre de 2019, ¶ 438. *Ver* también ¶ 442. **RL-0139.**

> method is often considered an appropriate methodology for calculating fair market value.[876]
>
> [Énfasis añadido]

512. El tercer caso es *Crystalex c. Venezuela*. El tribunal en ese caso señaló que la fase de exploración había concluido, que la empresa contaba con Estudios de Factibilidad aprobados por el Ministerio de Minas de Venezuela y que la mina tenía Reservas Probadas y Probables. Estos y otros factores respaldaron su conclusión de que la demandante había probado el hecho de la rentabilidad futura:

> En primer lugar, no puede ponerse en duda que Las Cristinas es una de las minas más importantes de Latinoamérica, y las autoridades venezolanas también las percibían como tales. Durante los años en los que estuvo activa en el terreno, Crystallex había completado las actividades de exploración (perforación y ensayo), y los estudios de factibilidad presentados por la Demandante (y aprobados por el Ministerio de Minas) demuestran que la naturaleza del yacimiento Las Cristinas era muy conocida. En particular, el Informe Técnico de MDA del año 2007 confirmó que Las Cristinas tenía reservas probadas y probables estimadas en 16,86 millones de onzas de oro in situ, al igual que recursos medidos e indicados de 20,76 millones de onzas y recursos inferidos de 6,28 millones de onzas. El Tribunal no encuentra motivo alguno para poner en duda la exactitud de los estudios que esos prestigiosos consultores prepararon en forma contemporánea para la Demandante a lo largo de los años. Tal como destacara el tribunal en ADC c. Hungría, un plan de negocios "constituye la mejor prueba ante el Tribunal de las expectativas de las partes al momento de la expropiación respecto del caudal de flujo de fondos esperado" [Traducción del Tribunal]. [877] [Énfasis añadido]

513. En otro pasaje, ese mismo tribunal se refirió a los Lineamientos del CIMVAL y nuevamente al Estudio de Factibilidad y su aprobación por parte del Ministerio de Minas de Venezuela para concluir que "Las Cristinas, por tanto, debe ser considerada un 'activo de desarrollo'":

> Los Lineamientos CIMVal definen el término "activo de desarrollo" como "un Yacimiento Mineral que se encuentra en preparación para la producción de minerales y cuya viabilidad económica ha quedado demostrada mediante un Estudio de Factibilidad o un Estudio de Prefactibilidad, e incluye todo Yacimiento Mineral que cuente con un Estudio de Factibilidad o un Estudio de Prefactibilidad Vigente positivo, pero que aún no hubiera obtenido financiamiento o no esté en construcción". El hecho de que el Ministerio de Minas había aprobado el Estudio de Factibilidad de Crystallex el día 6 de marzo de 2006 no es objeto de debate. Por lo tanto, Las Cristinas debería considerarse

---

876 *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd*., Caso PCA No. 2011-09, "Award", 2 de marzo de 2015, ¶ 391 (énfasis añadido). **RL-0140.**

877 *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, ¶ 878. **CL-0042**.

> un "activo de desarrollo" en los términos de los Lineamientos (por oposición a un "activo de exploración" menos avanzado). En relación con los "activos de desarrollo", los Lineamientos CIMVal aconsejan la aplicación de metodologías basadas en los ingresos y el mercado, y desalientan el uso de metodologías basadas en los costos.[878]

514. Dada la presencia de este hilo conductor en las decisiones de tribunales arbitrales, la Demandada revisó cada uno de los 12 laudos disponibles con el fin de determinar: (i) si la operación/proyecto estaba en pre-producción (*i.e.*, en etapa preoperativa) al momento de la violación y, en su caso, en qué etapa; (ii) si la parte demandante había completado un Estudio de Pre-factibilidad (PFS) o Factibilidad (FS) al momento de la violación; (iii) si el proyecto tenía Reservas Probadas o Probables al momento del incumplimiento; y (iv) qué enfoque y método se utilizó para determinar los daños. La siguiente tabla resume los resultados e incluye el Proyecto Don Diego para fines de comparación. (Los casos en los que el tribunal optó por el método DCF están resaltados en gris):

Casos inversionista-Estado en el sector minero resueltos a favor de la parte demandante[879]

No.	Short Name	Stage	Resources	Reserves	Pre-feasibility study	Feasibility study	Approach	Method
1	*Quiborax v. Bolivia*	Production	Yes	Yes			Income	DCF
2	*Clayton/Bilcon v. Canada*	Pre-production (Early development stage)					Market	Prior transactions
3	*Gold Reserve v. Venezuela*	Not specified		Yes		Yes	Income	DCF (agreed by experts)
4	*Bahgat v. Egypt*	Pre-production (Early exploration stage)		Disputed		Disputed	Cost	Sunk costs
5	*Copper Mesa v. Ecuador*	Pre-production (Early exploration stage)					Cost	Sunk costs
6	*Crystallex v. Venezuela*	Pre-production (Development)		Yes		Yes	Market	Market capitalization & Market multiples
7	*Khan Resources v. Mongolia*	Pre-production (Development)	Yes	Yes	Yes	Yes	Market	Offers made for the mine or shares
8	*Rusoro Mining v. Venezuela*	Not specified	Yes	Yes	Yes	Yes	Composite	Composite
9	*Tethyan Copper v. Pakistan*	Pre-production (Advanced stage exploration)	Yes	Disputed	Yes	Yes	Income	Modern DCF
10	*South American Silver v. Bolivia*	Pre-production (Mineral resource property)	Yes	No	No	No	Cost	Sunk costs
11	*Stans Energy v. Kyrgyzstan (II)*	Pre-production (Early stage)		No	No	No	Cost	Sunk costs
12	*Bear Creek Mining v. Peru*	Pre-production (Early stage)	Yes	Yes		Yes	Cost	Sunk costs
*	**Don Diego Project**	**Pre-Production (parties disagree on specific stage within pre-production)**	**Yes**	**No**	**No**	**No**		

878 *Id.*, ¶ 884. **CL-0042**.

879 *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16 September 2015. **RL-0141**; *Bilcon of Delaware et al v. Government*

515. Cabe señalar que, salvo una excepción (*Quiborax*), todos los casos incluidos en el cuadro anterior se relacionan con proyectos en etapa de pre-producción, como el Proyecto Don Diego. En los 11 casos de proyectos en etapa de pre-producción, el enfoque más utilizado para determinar los daños fue el enfoque de costos (5 casos), seguido del enfoque de mercado (3 casos) y el enfoque de ingresos (2 casos[880]). En un caso más (*Rusoro*), el tribunal usó un enfoque de valuación híbrido o compuesto que combinó, *inter alia*, el valor de mercado y valor contable.

516. Es importante señalar que, en los dos casos en los que el tribunal optó por un análisis DCF para determinar daños en proyectos en etapa de pre-producción (*Gold Reserve* y *Tethyan*), la parte demandante había completado un Estudio de Factibilidad (FS) y demostrado la existencia de Reservas Probables o Probadas. En otras palabras, contaba con evidencia contemporánea de la viabilidad económica y técnica del proyecto, así como una estimación precisa de los volúmenes minerales que podrían extraerse económicamente.

517. En contraste, el proyecto Don Diego no tenía Reservas y no había completado siquiera un Estudio de Pre-Factibilidad. De hecho, ni siquiera contaba con un estudio de alcance independiente o evaluación económica preliminar (PEA).[881] Todo lo que tenía en términos de una evaluación financiera de la viabilidad del Proyecto era el [redacted]

---

of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, **CL-0123**; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, September 22, 2014, **CL-0056**; *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. The Arab Republic of Egypt*, PCA Case No. 2012-07,Final Award, 23 de diciembre de 2019, **RL-0139**; *Cooper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, **CL-0040**; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, **CL-0042**; *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd*., Caso PCA No. 2011-09, Award on the Merits, 2 March 2015, **RL-0140**; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, **CL-0099**; *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Award, 12 July 2019, **CL-0116**; *South American Silver Limited (Bermuda) v. the Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013- 15, Award, 22 November 2018, **CL-0108**; *Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (II)*, PCA Case No. 2015-32, Award, 20 August 2019, **RL-0142**; *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, **CL-0016**.

[880] Un DCF también fue usado en *Quiborax*, pero el activo en cuestión en ese caso ya estaba en la etapa de producción.

[881] WGM explicó en su informe que "Dichos estudios [estudios de alcance o evaluación económica preliminar] son principalmente de naturaleza conceptual y se utilizan para evaluar la factibilidad económica potencial de un proyecto a nivel de capital y estimaciones de costos operativos de +-30-50% para fines de planificación interna antes de pasar a la planificación avanzada." Primer Informe de WGM, ¶ 40, cuarta viñeta.

[redacted] el cual no cumple con los requisitos de una PEA y, por lo tanto, no se puede utilizar para fines de análisis financiero.[882] Ningún comprador razonablemente informado se habría basado en este documento para efectos de establecer un precio para el Proyecto.

518. También es importante señalar que en *Gold Reserve c. Venezuela —i.e.*, uno de los dos casos en los que el Tribunal optó por el método DCF para valorar un proyecto en etapa de pre-producción— el tribunal tomó esa decisión en gran medida porque los expertos en daños de ambas partes estuvieron de acuerdo en que podía aplicarse de manera confiable en las circunstancias de ese caso.[883] No hace falta decir que no existe un acuerdo de esa naturaleza en el presente caso. De hecho, los expertos en daños e industria de la Demandada coinciden en que el uso de un DCF para valorar el Proyecto Don Diego sería totalmente especulativo.[884]

519. En las siguientes secciones se analizan los casos que cita la Demandante para respaldar su posición, y sus críticas a los casos que cita la Demandada en su Memorial de Contestación.

1. Los casos citados por la Demandante no apoyan el uso de un DCF en las circunstancias de este caso

520. La Demandante cita *Gold Reserve, Crystallex, Mohammad Ammar, Rusoro y Tethyan* en apoyo a su argumento de que "[l]os laudos inversionista-estado reconocen que un método de valuación de ingresos prospectivos es apropiado para propiedades de preproducción como Don Diego"[885] y de que "[h]ay un cuerpo sustancial de casos de tratados de inversión en los que los tribunales han respaldado el uso de un DCF como metodología de valuación para proyectos sin un historial operativo o un historial de rentabilidad, incluidas las propiedades mineras que aún no están en producción".[886]

521. Como se explicará un poco más adelante, todos estos casos se distinguen del presente caso, particularmente en lo que respecta a la disponibilidad de evidencia contemporánea sobre la viabilidad económica y técnica del proyecto, lo cual es un factor crucial para probar la rentabilidad

---

882 Primer Informe de WGM, ¶ 40, quinta viñeta.

883 *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)09/1, "Award", 22 de septiembre de 2014, ¶ 687 y 690. **CL-0056**.

884 Primer Informe de WGM ¶¶ 12 y 56; Primer informe de Quadrant Economics, ¶ 31.

885 Memorial de Réplica, título V.C.1.

886 *Id.*, ¶ 356. *Ver* notas al pie de página 865 y 866.

futura y, por lo tanto, crucial para determinar si es apropiado utilizar un DCF, un ROV o cualquier otra metodología basada en ingresos futuros.

522. Antes de analizar estos casos, México abordará brevemente la tergiversación de los argumentos de la Demandada por parte de la Demandante. La Demandante afirma que "México sostiene que una valuación de DCF no se puede utilizar para una inversión como Don Diego, que aún no ha comenzado la operación comercial, sobre la base de que carece de un "historial suficiente de operaciones rentables para proyectar de manera confiable los flujos de efectivo.'"[887] La Demandante cita el párrafo 645 del Memorial de Contestación, en donde se discute el principio de certeza razonable y no los hechos y circunstancias particulares que rodeaban el Proyecto Don Diego, o si un DCF puede ser usado en este caso en particular:

> 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: [...][888]

523. La Demandada identificó cuatro ejemplos concretos en los que tribunales internacionales habían llegado a la misma conclusión y concluyó con el siguiente comentario:

> 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 <u>y la viabilidad económica del Proyecto no se había demostrado a la Fecha de Valuación.</u>[889]

524. Como puede apreciarse, la posición de la Demandada no está basada exclusivamente en la ausencia de un historial probado de operaciones rentables, sino en la combinación de la ausencia de un historial de operaciones rentables y la inexistencia de evidencia contemporánea sobre la viabilidad técnica y económica del Proyecto.

a. *Gold Reserve v. Venezuela*

525. La Demandante cita este caso en apoyo a la idea de que un DCF puede ser apropiado en casos donde el proyecto a valorar no tiene un historial probado de rentabilidad. La Demandante subraya el hecho de que el proyecto de Las Brisas nunca fue una mina en funcionamiento y, sin

---

887 *Id.*, ¶ 343.

888 Memorial de Contestación, ¶ 645.

889 *Id.*, ¶ 646. Énfasis añadido.

embargo, los expertos de ambas partes acordaron que un DCF podría ser usado de forma confiable y el tribunal aceptó su posición.[890] La sugerencia parece ser que por el hecho de que, en otro caso, dos expertos en daños estuvieron de acuerdo en que un DCF podía ser usado para valuar una mina específica en etapa de pre-producción, ello es generalmente válido para cualquier mina en etapa de pre-producción. Lo más notable de esta proposición por demás simplista, es que, a pesar de que reconocer que los arbitrajes de inversión dependen del contexto fáctico,[891] la Demandante no realizó ningún análisis de los hechos o circunstancias que llevaron a los expertos y al tribunal a esa conclusión.

526. La Demandada comenzará por lo obvio: los expertos de las partes en este caso no están de acuerdo en que un DCF sea confiable. Asimismo, el hecho que dos expertos en otro caso hayan logrado un acuerdo sobre la pertinencia de utilizar un modelo DCF, no apoya en modo alguno el uso de dicha metodología en el presente caso. Insinuar lo contrario sería una de esas "burdas generalizaciones" de las que se queja la Demandante en su Memorial de Réplica.[892]

527. Por otra parte, incluso un análisis superficial del laudo de *Gold Reserve* revela que los expertos de la Demandante acordaron que el DCF podía ser usado por la naturaleza del producto (*i.e.*, un commodity) y el análisis detallado de flujos de efectivo que había sido elaborado contemporáneamente:

> Claimant's experts have modelled an alternative value based on a weighted average of a DCF valuation, comparable publically traded company and comparables transactions. 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, <u>the Tribunal accepts the 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.</u> 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.[893] [Emphasis added]

---

890 Memorial de Réplica, ¶ 354.

891 *Id.*, ¶ 344.

892 *Id.*, ¶ 343.

893 *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)09/1, "Award", 22 de septiembre de 2014, ¶ 830. **CL-0056.**

528. El tribunal también señaló que "any DCF calculation is dependent upon an assessment of the quantum of the mineral deposits likely to be extracted"[894] y parece ser que tomó en consideración el hecho de que Gold Reserve, a diferencia de ExO, tenía Reservas Minerales:

> Clearly, any DCF calculation is dependent upon an assessment of the quantum of the mineral deposits likely to be extracted over the 20 year period of the extended concession. The DCF valuation by both Mr Kaczmarek (Navigant) and Dr Burrows (CRA) was initially based on reserves estimated using a layback on the North Parcel of land. Pursuant to Procedural Order No. 2, the experts adjusted the valuation for a no-layback scenario which excluded the North Parcel. This revision required a re-estimation of mineral deposits which in turn required examination of the following issues by the mining and metallurgical experts: (i) pit shape and design; (ii) need for a buffer zone; (iii) impact of stockpiling; (iv) likely delays for obtaining permits in the no-layback scenario; (v) metallurgical issues including ramp-up, mill capacity, and metal recovery rates and concentrate grades; and (vi) their saleability.[895] [Emphasis added]

529. Las determinaciones del tribunal sobre los llamados "recursos adicionales" en ese caso – *i.e.*, Recursos Inferidos– también son relevantes para este caso debido a que la Demandante ha incluido Recursos Inferidos tanto en su análisis DCF (la valuación de Compass Lexecon) como en la valuación basada en el enfoque de mercado (la valuación de Agrifos):

> However, the Tribunal must consider what the value that a willing buyer would have been likely to ascribe to such resources as at April 2008. Given that, as described by Respondent, these resources have the "lowest level of geological confidence"[626] and that the Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties ("CIMVal") Guidelines, to which Claimant refers, acknowledges the "higher risk or uncertainty" associated with these resources and cautions that they should only be used with great care, the Tribunal finds the additional resources to be too speculative to include in the present valuation. The Tribunal concludes in this case that for the purposes of a fair market valuation, it will not ascribe any value to the additional resources in its calculations.[896] [Emphasis added]

530. La Demandante también ignora detalles importantes sobre la etapa de desarrollo del proyecto. Gold Reserve contaba con un estudio de factibilidad "Geo-exploratorio y tecno-económico"[897] así como un "Estudio de Factibilidad Técnica, Financiera y Medioambiental", ambos aprobados por el Ministerio de Minas de Venezuela.[898] En este caso, ExO no tenía siquiera

---

894 *Id.*, ¶ 691.

895 *Id.*, ¶ 691.

896 *Id.*, ¶ 780.

897 *Id.*, ¶ 14.

898 *Id.*, ¶ 18.

una PEA independiente y mucho menos un PFS o FS. Claramente, los proyectos no son comparables en términos de su etapa de desarrollo.

b. *Crystallex c. Venezuela*

531. *Crystallex c. Venezuela* es un caso que surge de la cancelación de un contrato de operación de una mina que explotaba un depósito de oro en Venezuela. En su Memorial de Demanda, la Demandante citó este caso para argumentar que tribunales internacionales han aceptado que "los ingresos en proyectos mineros se pueden pronosticar con un grado razonable de certeza".[899]

532. En el Memorial de Contestación, la Demandada se refirió a diferencias importantes entre *Crystallex* y el presente caso, y demostró, en una tabla comparativa, cómo la Demandante había sacado de contexto la decisión de ese tribunal.[900] La Demandante no respondió a ninguno de esos puntos en su Memorial de Réplica y, no obstante, insiste en que "el tribunal de Crystallex concluyó que un enfoque prospectivo y basado en los ingresos era apropiado para valorar ese proyecto, a pesar de que la empresa no tenía un historial probado de rentabilidad y nunca comenzó a operar la mina."[901]

533. La Demandante también se apoya en *Crystallex* para argumentar que el tribunal optó por ese enfoque porque que Crystallex "había completado la fase de exploración, se había establecido el tamaño de los yacimientos, el valor se puede determinar en función de los precios de mercado, y los costos son bien conocidos en la industria y se pueden estimar con un grado suficiente de certeza".[902] Lo que la Demandante omite mencionar es que Crystallex contaba con Estudios de Factibilidad (FS) que también habían sido aprobados por el Ministerio de Minas de Venezuela.[903] Esto no es un detalle intrascendente que pueda ignorarse a conveniencia.

534. Crystallex también contaba con reportes técnicos que concluían que la mina tenía Reservas Probadas y Probables de oro.[904] Significativamente, el tribunal sostuvo que "Las Cristinas" (nombre dado al proyecto en este caso) debía ser considerado como un "activo en desarrollo" de

---

899 Memorial de Demanda, ¶ 394.

900 Memorial de Contestación, ¶¶ 692-695.

901 Memorial de Réplica, ¶ 355.

902 *Id.*, ¶ 355.

903 *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, ¶ 884. **CL-0042.**

904 *Id.*, ¶¶ 878.

conformidad con los Lineamientos del CIMVAL, ya que tenía un Estudio de Factibilidad aprobado:

> Los Lineamientos CIMVal definen el término "activo de desarrollo" como "un Yacimiento Mineral que se encuentra en preparación para la producción de minerales y cuya viabilidad económica ha quedado demostrada mediante un Estudio de Factibilidad o un Estudio de Prefactibilidad, e incluye todo Yacimiento Mineral que cuente con un Estudio de Factibilidad o un Estudio de Prefactibilidad Vigente positivo, pero que aún no hubiera obtenido financiamiento o no esté en construcción". El hecho de que el Ministerio de Minas había aprobado el Estudio de Factibilidad de Crystallex el día 6 de marzo de 2006 no es objeto de debate. Por lo tanto, Las Cristinas debería considerarse un "activo de desarrollo" en los términos de los Lineamientos (por oposición a un "activo de exploración" menos avanzado)1262. En relación con los "activos de desarrollo", los Lineamientos CIMVal aconsejan la aplicación de metodologías basadas en los ingresos y el mercado, y desalientan el uso de metodologías basadas en los costos.[905] [Énfasis añadido]

535. Ninguno de estos importantes hechos está presente en este caso.

c. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Tajikistan*

536. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Tajikistan* involucra una reclamación relacionada con la omisión de Tayikistán de emitir licencias de conformidad con ciertos contratos de exploración de hidrocarburos celebrados entre el Sr. Al-Bahloul y el Comité Estatal de Tayikistán para Petróleo y Gas. El Tribunal determinó que Tayikistán había violado una obligación al amparo de una cláusula paraguas al no otorgar dichas licencias.

537. Al analizar la reclamación de daños, el tribunal reconoció que la metodología DCF podía justificarse en ciertos casos en donde la inversión no tiene un historial de operaciones.[906] Sin embargo, rechazó su uso debido a diversos factores que ponían en duda el éxito del proyecto, aún en caso de que Tayikistán hubiese emitido las licencias:

> In summary, Claimant asks the Tribunal to accept the assumption that he would have been able to acquire financing for the exploration (but he had no definite offer of financing, just expressions of interest), that upon exploration he would have found hydrocarbons (although the probabilities were low and there is no evidence that any other company seems to have found hydrocarbons so far) and that he would have been able to exploit and sell the oil (although he had no proven experience in this field).
>
> In the Tribunal's view, this entails simply too many unsubstantiated assumptions to justify the application of the DCF-method. The application of the DCF-Method fails

---

905 *Id.*, ¶ 884.

906 *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Caso No. V064/2008, Laudo Final, 8 de junio de 2010, ¶¶ 74-75. **CL-0177**.

> from the outset by virtue of the failure to prove that financing was in fact available for the necessary exploration, even if the Respondent had issued the licenses in 2001. The Tribunal ntoes that this not only affects the application of the DCF-method, but also destroys the causality between the breach committed by the State and the loss of the alleged future cash flows (or "lost profits", as it is characterized by the Claimant).[907]
>
> [Énfasis en el original]

538. La Demandada sostiene que el Proyecto Don Diego estaba en una situación similar en la Fecha de Valuación: no existía certeza razonable de que el Proyecto habría tenido éxito, aún con la aprobación de la MIA.

539. En todo caso, es claro que *Mohammad Ammar Al-Bahloul* no brinda ningún apoyo a la proposición para la cual se cita, a saber, que "[h]ay un cuerpo sustancial de casos de tratados de inversión en los que los tribunales han respaldado el uso de un DCF como metodología de valuación para proyectos sin un historial operativo o un historial de rentabilidad, incluidas las propiedades mineras que aún no están en producción".[908]

d. *Rusoro v. Venezuela*

540. *Rusoro Mining v. Venezuela* es un caso que surge de una serie de medidas adoptadas por Venezuela que alteraron el marco jurídico bajo el cual la empresa pretendía operar, y concluyó con la nacionalización de la inversión de la demandante. La Demandante cita *Rusoro* en apoyo a la idea de que los tribunales internacionales aceptan la metodología DCF para valuar proyectos sin historial de operaciones.[909]

541. La Demandada simplemente observa que el tribunal de *Rusoro* sostuvo: "inexistence of a proper DCF Valuation is –in the Tribunal's opinion– not an oversight, but rather the result of the very special characteristics surrounding Rusoro, which make the use of DCF inappropriate [...]".[910] Estas características incluían: la falta de un historial probado de operaciones rentables por parte de Rusoro (*i.e.*, 75% de los flujos de caja a ser valuados derivaban de instalaciones inexistentes); la

---

907 *Id.*, ¶¶ 95-96.

908 Memorial de Réplica, ¶ 356.

909 *Id.*, ¶¶ 345, 356.

910 *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela,* CIADI Caso No. ARB (AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, ¶ 785. **CL-0099**.

alta volatilidad en el precio del oro; y el hecho de que las minas requerían una inversión adicional de USD $310 millones y no había certeza de que Rusoro habría podido obtenerlos.[911]

542. En este caso, ni ExO ni Odyssey tenían un historial probado de rentabilidad, el Proyecto requería (de acuerdo con la Demandante) USD $229.7 millones para la Fase 1 y USD $510 millones para la Fase II (en términos reales de 2016) en CAPEX,[912] y ExO no había obtenido aún financiamiento para dichas inversiones. Por lo tanto, conforme al análisis de *Rusoro*, un DCF no podría utilizarse en este caso.

543. También, es importante señalar que el caso *Rusoro* involucraba una multiplicidad de proyectos y que la demandante utilizó distintos enfoques para determinar el valor de aquellos que contaban con Recursos y aquellos que tenían Reservas.[913] En el caso de los proyectos con Recursos, los cuales, por definición, tienen un nivel de confianza geológica más bajo, la demandante utilizó un enfoque de mercado basado en transacciones comparables.[914] Para dos proyectos adicionales de exploración, se optó por un "enfoque a costos". Solo tres proyectos con "reservas definidas" fueron valuados con un modelo DCF.[915]

544. Sobre el uso del DCF, el tribunal señaló:

> DCF, however, cannot be applied to all types of circumstances, and while in certain enterprises it returns meaningful valuations, in other cases it is inappropriate. DCF works properly if all, or at least a significant part, of the following criteria are met[596]:
>
> - The enterprise has an established historical record of financial performance;
> - There are reliable projections of its future cash flow, ideally in the form of a detailed business plan adopted in *tempore insuspecto*, prepared by the company's officers and verified by an impartial expert;
> - The price at which the enterprise will be able to sell its products or services can be determined with reasonable certainty;
> - The business plan can be financed with self-generated cash, or, if additional cash is required, there must be no uncertainty regarding the availability of financing;

---

911 *Id*.

912 Primer Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 77 y 107.

913 *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIADI Caso No. ARB (AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, ¶ 727. **CL-0099**.

914 *Id.*, ¶¶ 723-724.

915 *Id.*, ¶¶ 727 y 781.

- It is possible to calculate a meaningful WACC, including a reasonable country risk premium, which fairly represents the political risk in the host country;

- The enterprise is active in a sector with low regulatory pressure, or, if the regulatory pressure is high, its scope and effects must be predictable: it should be possible to establish the impact of regulation on future cash flows with a minimum of certainty.[916]

545. La Demandada sostiene que ni ExO ni el Proyecto cumplen con la mayoría de estos requisitos: no hay un historial de operaciones, no hay un plan de negocios verificado por un tercero independiente, no hay certeza sobre el financiamiento, no hay certeza sobre el precio al que ExO hubiera podido vender sus productos (de hecho, el producto no ha sido definido de forma precisa) e incluso si el sector minero pudiese ser considerado como un sector con un nivel de reglamentación bajo (*quod non*), ExO no participaba activamente en ese sector.

546. En cualquier caso, incluso para aquellos proyectos con Reservas definidas, el tribunal en *Rusoro* rechazó el DCF y, en su lugar, favoreció un promedio ponderado de la valuación máxima de mercado, el valor contable y la valuación de la inversión ajustada.[917]

e. *Tethyan v. Pakistan*

547. Otro caso en el cual la Demandante apoya su argumento a favor de un DCF es el de *Tethyan v. Pakistan*, el cual surge de la negativa de Pakistán de otorgar un arrendamiento minero ("*mining lease*"). El Tribunal en ese caso observó que la aplicación de métodos de valuación basados en ingresos depende fundamentalmente de las circunstancias del caso, e identificó dos puntos clave: (i) "whether, based on the evidence before it, the Tribunal is convinced that in the absence of Respondent's breaches, the project would have become operational and would also have become profitable",[918] y (ii) "[whether the tribunal] is convinced that it can, with reasonable confidence, determine the amount of these profits based on the inputs provided by the Parties' experts for this calculation".[919] El Tribunal concluyó que, en las circunstancias de ese caso, el método apropiado de valuación era un "modern DCF" o un "Certainty-Equivalent DCF".[920]

---

916 *Id.*, ¶ 759.

917 *Id.*, ¶¶ 787-789.

918 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI Caso No. ARB/12/1, Laudo, 12 de julio de 2019, ¶ 330. **CL-0116**.

919 *Id.*, ¶ 330.

920 *Id.*, ¶ 350.

548. Sin embargo, existen diferencias significativas entre *Tethyan* y este arbitraje que deben ser tomadas en consideración. En *Tethyan*, la demandante argumentó que tenía Reservas Probadas y Probables[921] y Estudios de Pre-factibilidad y Factibilidad que fueron realizados al momento en que las demandantes decidieron proceder con el proyecto (*i.e.*, no fueron preparados con motivo del arbitraje). [922] Odyssey no puede hacer una afirmación de esa naturaleza.

549. Además, la demandante en *Tethyan* contaba con experiencia previa en la operación de minas de cobre y oro alrededor del mundo; había demostrado que el proyecto era técnica y económicamente viable; y también había demostrado que habría podido proceder con las etapas de construcción y operación si se hubieran otorgado los arrendamientos mineros.[923] Ninguno de estos elementos está presente en este caso. Odyssey no tenía Reservas Probadas, ni Estudios de Factibilidad, ni experiencia previa en el sector minero, ni financiamiento para el proyecto.

550. Los siguientes extractos demuestran que la decisión del tribunal se basó en la existencia de un Estudio de Factibilidad contemporáneo, en la existencia de financiamiento para el proyecto y en el reconocimiento contemporáneo de los funcionarios de la demandada de que se esperaba que el proyecto fuese muy lucrativo:

> As for the first question, the Tribunal considers that for the reasons to be set out in more detail below, Claimant has established that if Respondent had not denied TCCP's Mining Lease Application in violation of Respondent's obligation under the Treaty, the Reko Diq project would have gone forward and become operational and profitable in due course. More specifically, the Tribunal is convinced that based on the Feasibility Study that Claimant delivered to the GOB on 26 August 2010 and the commitment shown by Claimant as well as its two owners, Antofagasta and Barrick, Claimant would have been able to obtain the necessary funds and would also have brought the necessary experience to successfully execute the project in Balochistan.
>
> In particular, the Tribunal cannot follow Respondent's allegation that the Feasibility Study "*was a blueprint for another Mega Project failure*."[324] In the Tribunal's view, the fact that the Feasibility Study was produced at a time when Claimant and its owners were determined to proceed with the project and the fact that its owners combined their impressive experience in operating copper mines and in operating gold mines across the globe, had been sponsoring and overseeing the project during its exploration stage, and were willing to contribute large further amounts of equity into the project, are very strong indications that they believed that this project would become operational and profitable. The Feasibility Study itself was the result of several years of intensive work

921 *Id.*, ¶ 462.

922 *Id.*, ¶¶ 331-332.

923 *Id.*, ¶¶ 331-332 y 1846.

> on the ground, which was overseen by both of Claimant's owners and in which numerous outside consultants and companies participated. To suggest that the team conducting the exploration work and compiling the Feasibility Study had no idea what they were doing is not credible, in particular considering that Antofagasta and Barrick were investing large amounts of equity as well as seconding their own personnel for the project.[924]
>
> […] In the Tribunal's view, the conclusion that the project did not have any value is simply not credible. The Feasibility Study and Expansion Pre-Feasibility Study had confirmed that Reko Diq contained enormous mineral resources and had further demonstrated how these could be extracted and processed to be sold on the metals markets. Contemporaneous statements made by Government officials as well as by Dr. Mubarakmand who led the GOB's own project demonstrate that the Governments shared the belief at the time that the mine was going to be very lucrative and attractive commercially […].[925]
>
> […] Claimant has further demonstrated that, contrary to Respondent's arguments, the project was technically and economically feasible and could have proceeded to construction and the operational stage if the mining lease had been granted. […][926]
>
> [Énfasis añadido]

551. El tribunal de *Tethyan* también se refirió al informe del Dr. Ripinksy (uno de los peritos en ese caso), el cual hacía referencia a "múltiples fundamentos importantes" que necesitan establecerse "en la fecha de valuación" para que un DCF pudiera ser considerado, así como a ciertas "incertidumbres fundamentales" que generalmente impiden el uso del DCF:

> Respondent's expert **Dr. Ripinsky** stated in his expert report that while, as a general rule, a DCF calculation requires a proven track record of performance, it "appears to be acceptable where … the claimant is able to establish with sufficient certainty the principal assumptions and parameters in its DCF model despite the absence of a track record." He concluded from his review of recent awards concerning mining ventures that "the application of the DCF method to a mining project at an early stage requires several important fundamentals to be in place as at the date of valuation, such as inter alia the existence of confirmed financing necessary for the project as well as clarity about the commercial terms of operation and a detailed (independently-verified) business plan." In addition, Dr. Ripinsky considered that "technological, logistical, infrastructure, regulatory and other risks" could also constitute "fundamental uncertainties" which generally preclude reliance on the DCF method.[927]
>
> [Énfasis añadido]

552. De nueva cuenta, ninguno de estos aspectos fundamentales existe en el presente caso. Incluso el plan de negocios de la Demandante no calificaría como un "plan de negocios

---

924 *Id.*, ¶¶ 331-332.

925 *Id.*, ¶ 337.

926 *Id.*, ¶ 1846.

927 *Id.*, ¶ 329.

independiente verificado", ya que fue preparado por Odyssey [redacted] y no fue verificado de forma independiente. Adicionalmente, los riesgos significativos de carácter tecnológico, logístico, de infraestructura y regulatorios seguían existiendo en la Fecha de Valuación.

2. Las críticas de la Demandante a los casos citados por la Demandada son superfluas e incorrectas

553. En los párrafos 683 a 689 del Memorial de Contestación, la Demandada explicó a detalle las similitudes entre este caso y *S.A Silver c. Bolivia* y *Bear Creek c. Perú*. A continuación, la Demandada abordará brevemente las críticas de la Demandante a estos dos casos.

a. *Bear Creek c. Perú*

554. La Demandante argumenta que la referencia de México a *Bear Creek c. Perú* está fuera de lugar porque "una cuestión crítica [en dicho caso] eran los derechos de las comunidades indígenas y si la mina tenía una perspectiva realista de obtener la licencia social que necesitaría para operar y su impacto en la valuación"[928] Adicionalmente, citando la opinión disidente del profesor Philippe Sands, la Demandante argumenta que "los hechos de este caso no se asemejan a los de Bear Creek, donde era "extremadamente obvio que la viabilidad y el éxito [del] proyecto…dependía necesariamente del apoyo [de las comunidades] local[es].".[929]

555. La Demandada nunca argumentó que los hechos y circunstancias en *Bear Creek* fueran análogos a los de este caso, aunque de hecho son más similares de lo que la Demandante quisiera admitir. La Demandada lo citó por la conclusión de que la atención debe centrarse en "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".[930] Asimismo, lo citó como ejemplo de un caso en el que un tribunal rechazó el método DCF porque el proyecto se encontraba en una etapa temprana y no había recibido muchas de las aprobaciones gubernamentales y los permisos ambientales necesarios para proceder (como era el caso del Proyecto Don Diego en la Fecha de Valuación).

---

928 Memorial de Réplica, ¶ 352.

929 Memorial de Réplica, ¶ 353; *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/14/21) Laudo, 30 de noviembre de 2017. **CL-0016**. Opinión Disidente del Prof. Philippe Sands en *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, ¶ 6. **RL-0040**.

930 Memorial de Contestación, ¶ 682, citando a *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 noviembre de 2017, ¶ 598. **CL-0016**.

556. La oposición social al Proyecto Don Diego tampoco debe ser ignorada como factor que contribuye a la incertidumbre que rodeaba al proyecto (como fue el caso en *Bear Creek*). En su Memorial de Contestación, la Demandada explicó que durante las consultas públicas de 2015, los residentes de Comondú, pescadores e instituciones presentaron decenas de solicitudes de consultas públicas para expresar sus preocupaciones acerca del Proyecto, mismas que incluían: el incremento de las mareas rojas, el efecto del ruido en diferentes especies, la falta de experiencia de Odyssey en actividades de minería marina, los impactos negativos a largo plazo causados por el Proyecto y la falta de precisión en la MIA 2015 con respecto a las especies de cetáceos que habitan el Golfo de Ulloa.[931]

557. Además, como se señaló en la sección de méritos, las siguientes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales expresaron serias preocupaciones acerca del Proyecto Don Diego: la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP) (agencia gubernamental); Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C. (organización sin fines de lucro); Oceans Future Society (organización sin fines de lucro); la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) (organización sin ánimo de lucro); WildCoast (organización sin fines de lucro); Greenpeace (organización sin fines de lucro); Centro de Investigaciones Biológicas del Noreste, S.C. (instituto de investigación); el Instituto de Ciencias del Mar de la UNAM (instituto de Universitario); Society for Marine Mammalogy (asociación científica); UNESCO (Agencia de las Naciones Unidas); Sociedades Pesqueras de Baja California (asociación de pescadores); y el Congreso de Baja California Sur (Congreso del Gobierno del Estado), entre otros.[932]

b. *South American Silver c. Bolivia* (S.A. Silver)

558. En su Memorial de Réplica, la Demandante argumenta que *S.A Silver* es "obviamente distinguible del caso en cuestión."[933] En primer lugar, señala que las partes en esa disputa estuvieron de acuerdo en que "el proyecto calificaba como una propiedad de recursos minerales bajo CIMVAL, lo que significaba que tenía recursos minerales, pero no se había demostrado que fuera económicamente viable en una SFP [PFS], estudio de factibilidad o análisis comparable" y,

---

931 *Id.*, ¶¶ 267-268.

932 *Id.*, ¶¶ 279-305. *Ver* Sección II.D.4 *supra.*

933 Memorial de Réplica, ¶ 348.

por lo tanto, "los expertos de las partes convinieron en que no era apropiado aplicar un enfoque de la valuación por el DCF."[934] La segunda objeción a la referencia de la Demandada a ese caso es que, el proyecto minero en *S.A. Silver* implementaría un novedoso proceso hidrometalúrgico para separar y recuperar los metales contenidos en la piedra arenisca extraída, mientras que el Proyecto Don Diego "utiliza métodos de dragado convencionales y probados para levantar las arenas fosfóricas, y equipos convencionales de procesamiento y manejo de materiales disponibles comercialmente para separar los productos de fosfato de los residuos gruesos y finos."[935]

559. Con respecto a la primera observación de la Demandante, la Demandada observa que, desde un punto de vista de desarrollo, el proyecto en *S.A Silver* compartía muchas características con el Proyecto Don Diego: ninguno estaba en una etapa avanzada, ambos tenían Recursos, pero no Reservas Probadas o Probables; ninguno había completado un PFS o FS y, por lo tanto, no había evidencia contemporánea de que los minerales pudieran extraerse económicamente. Más importante aún, la Demandante no aborda el hecho de que el tribunal en *S.A. Silver* específicamente identificó estas cuestiones y, de manera más general las "condiciones de avance del Proyecto" como un "imp[edimento para] aceptar la valoración que presenta la Demandante", que es precisamente el problema en este caso:

> En resumen, el Tribunal encuentra probado que, al momento de la Reversión, (i) el Proyecto no se encontraba en una etapa avanzada, solo contaba con el PEA 2011 y no había adelantado un estudio de pre-factibilidad o factibilidad; (ii) no tenía reservas minerales, sino apenas recursos, la mayoría de ellos inferidos, y (iii) no existía certeza de que los metales pudiesen ser extraídos económicamente mediante el Proceso Metalúrgico. El Tribunal considera que las condiciones de avance del Proyecto generan serias dudas sobre su viabilidad económica y, por las razones que se explican a continuación, impiden aceptar la valoración que presenta la Demandante.[936]
>
> [Énfasis añadido]

560. La segunda observación de la Demandante está igualmente fuera de lugar. La Demandante no puede controvertir seriamente la naturaleza "novedosa" del Proyecto que pretendía llevar a cabo en México. Si bien es cierto que el dragado, en general, existe desde hace muchos años, no existe una sola operación en el mundo que consista en extraer roca fosfórica del lecho marino, procesarla en un buque especialmente diseñado para ese fin y convertirla en productos comercialmente

934 *Id.*, ¶ 349.

935 *Id.*, ¶ 351.

936 *S. A. Silver c. Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo, 22 de noviembre de 2018, ¶ 823, **CL-0108**.

viables. También era "novedoso" el uso de una unidad "deeptrail", que era una tecnología nueva en desarrollo, y el uso de un FPSP.[937]

G. La determinación de daños de la Demandante continúa siendo especulativa

1. Las normas y directrices CIMVAL y VALMIN

561. En su Memorial de Réplica, la Demandante alega que México y sus expertos cometen errores lógicos y fácticos al argumentar que las normas mineras prohíben el uso de métodos de valuación prospectivos, como el DCF, para propiedades minerales como Don Diego.[938] La Demandante resume estos supuestos errores en los siguientes tres puntos:

> a. En primer lugar, México y sus expertos asumen implícitamente que las normas de información pública son obligatorias y deben cumplirse incluso antes de que una parte sofisticada pueda desarrollar en privado un DCF válido y preciso. […]
>
> b. En segundo lugar, México y sus expertos tipifican erróneamente el contenido de las normas y directrices de la industria minera a las que se refieren, alegando, por ejemplo, que los yacimientos deben clasificarse como reservas o que los proyectos deben tener una SFP emitida antes de que se pueda realizar un DCF. […]
>
> c. En tercer lugar, México y sus expertos aplican incorrectamente las normas y directrices de la industria minera al yacimiento de Don Diego, afirmando que Don Diego no cumple con ciertas normas o definiciones (como la de una Reserva Mineral) que no se reclaman en este caso y son irrelevantes para el Yacimiento.[939]

562. México comenzará por señalar que nunca argumentó que los estándares y lineamientos CIMVAL o VALMIN fueran de aplicación obligatoria. México se refirió a estas normas y directrices porque reflejan las mejores prácticas internacionales y porque la Demandante argumentó en su Memorial de Demanda que éstas habían guiado el análisis de sus peritos en daños.[940] Fue en respuesta al presunto apoyo de las normas y directrices a la posición de la Demandante que la Demandada decidió analizar su contenido, como lo demuestra el siguiente extracto del Memorial de Contestación:

> 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

---

937 Segundo Informe de WGM, ¶ 43.

938 Memorial de Réplica, ¶ 358.

939 *Id.*, ¶ 358.

940 Memorial de Demanda, ¶ 382.

> 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 Projecto”.[860] Por lo tanto, vale la pena examinar lo que recomiendan esas pautas y estándares en situaciones como esta.[941]

563. También es inexacto decir que “México y sus expertos asumen implícitamente que los estándares de información pública son obligatorios y deben cumplirse incluso antes de que una parte sofisticada pueda desarrollar en forma privada un DCF válido y preciso”. La Demandada nunca argumentó ni implícitamente supuso tal cosa. Simplemente describió las recomendaciones contenidas en esas normas y directrices, y las aplicó a los hechos de este caso.

564. Es revelador que la Demandante no controvierte que tanto las directrices de CIMVAL como VALMIN contienen recomendaciones explícitas con respecto al enfoque de valuación a seguir, dependiendo de la etapa de desarrollo de la propiedad mineral en cuestión. La Demandante tampoco controvierte que las normas y directrices de CIMVAL y VALMIN reflejan las mejores prácticas de la industria y, por lo tanto, que sean relevantes para la valoración de daños en este caso, en particular, para la selección del enfoque de valuación. El Tribunal no necesita perder tiempo en determinar si son obligatorias porque eso es irrelevante. El hecho de que la Demandante haya alegado que se basó en ellas, y el hecho de que incorporan las mejores prácticas internacionales en la industria minera es suficiente para establecer su relevancia.

565. La Demandante también acusa a la Demandada de caracterizar erróneamente “el contenido de los estándares y lineamientos de la industria minera a los que se refieren, alegando, por ejemplo, que los yacimientos deben ser clasificados como reservas o que los proyectos deben tener un PFS emitido antes de que se pueda realizar un DCF".[942] Sin embargo, como se explicará a continuación, las conclusiones de la Demandada se derivan directamente de las recomendaciones de CIMVAL y VALMIN.

566. Según la Tabla 1 de CIMVAL (reproducida a continuación), el enfoque de ingresos se recomienda para “Propiedades de desarrollo” y sólo "en algunos casos" para “Propiedades de recursos minerales”. En particular, no se recomienda para "Propiedades en exploración".

---

941 Memorial de Contestación, ¶ 668.

942 Memorial de Réplica, ¶ 358(b).

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

567. VALMIN contiene recomendaciones análogas, aunque las categorías tienen nombres diferentes.

568. Por lo tanto, para determinar qué recomiendan las normas y directrices de CIMVAL y VALMIN para un proyecto como el del Proyecto Don Diego, se requiere determinar la etapa de desarrollo del Proyecto. Las partes discrepan sobre este punto, y es precisamente por eso que la cuestión de si existía un Estudio de Prefactibilidad a la Fecha de Valuación es especialmente relevante.

569. Como se señaló en el Memorial de Contestación, CIMVAL define "Propiedad de Desarrollo" como: "a Mineral Property that is being prepared for mineral production <u>and for which economic viability has been demonstrated by a Feasibility Study or Prefeasibility Study</u> and includes a Mineral Property which has a Current positive Feasibility Study or Prefeasibility Study but which is not yet financed or under construction."[943] Por otra parte, VALMIN define "Proyectos en Desarrollo" como: "[t]enure holdings for which a decision has been made to proceed with construction or production or both, but which are not yet commissioned or operating at design levels. <u>Economic viability of Development Projects will be proven by at least a Pre-Feasibility Study</u>."[944]

570. Dado que la Demandante y sus peritos han reconocido abiertamente que el Proyecto no tenía un PFS a la Fecha de Valuación,[945] se sigue, de una lectura simple de las directrices CIMVAL

943 Memorial de Contestación, ¶ 674 citando CIMVAL 2003, p. 8 (p. 10 pdf.). **C-0196**.

944 *Id.*, ¶ 674 citando el Código VALMIN 2015, p. 39. **C-0195**.

945 Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 28: "*Reconocimos que, si bien no existía un documento formal etiquetado como prefactibilidad o un análisis de factibilidad definitivo, esto no significa que el*

y VALMIN, que el Proyecto Don Diego no era una Propiedad / Proyecto de Desarrollo, como lo sostienen la Demandante y sus expertos en daños.[946] Siendo así, la pregunta es si el Proyecto puede considerarse como una "Propiedad de Recursos Minerales" o un "Proyecto de Pre-desarrollo" y si, en las circunstancias de este caso, se justificaría una valuación bajo el enfoque de ingresos, ya que ambos conjuntos de directrices recomiendan dicho enfoque sólo "en algunos casos".

571. Las partes y sus expertos también discrepan sobre este importante punto. Sin embargo, incluso si el Proyecto calificara como una Propiedad de Recursos Minerales (lo cual la Demandada niega), las directrices CIMVAL especifican las condiciones que deben cumplirse para la inclusión de Recursos Minerales en un análisis DCF; condiciones que el Proyecto Don Diego claramente no cumplía:

> G4.4 It is generally acceptable to use Mineral Resources in the Income Approach <u>if Mineral Reserves are also present and if, in general, mined ahead of the Mineral Resources in the same Income Approach model</u>, provided that in the opinion of a Qualified Person the Mineral Resources as depicted in the Income Approach model are likely to be economically viable.
>
> G4.5 It is generally acceptable to use Measured and Indicated Mineral Resources in the Income Approach if Mineral Reserves are not present <u>provided that in the opinion of a Qualified Person the Mineral Resources as depicted in the Income Approach model are likely to be economically viable</u>.[947]

572. Como todos sabemos ahora, el Proyecto Don Diego, no tenía Reservas Minerales y, por lo tanto, el apartado G4.4 citado anteriormente no aplica. También es un hecho que, a la Fecha de Valuación, ExO no contaba con una opinión de una Persona Calificada que indicara que los Recursos Minerales identificados en el [redacted] o en el Informe Técnico NI 43-101 "probablemente sean económicamente viables". De hecho, en la sección 23.7, el Informe Técnico NI 43-101 establece específicamente que "Oceanica no había completado la ingeniería básica necesaria para estimar confiablemente el capital [necesario] y los costos

---

Proyecto no podría haber sido ya desagregado a un nivel acorde con una SSP". Memorial de Demanda, ¶ 386: "

En su enfoque para valorar los daños, el Profesor Spiller y el Sr. López Zadicoff reconocieron que Odyssey y ExO no estaban planeando (o preparándose) para desinvertir en el Proyecto cuando el SEMARNAT negó el MIA y, por lo tanto, no tenían necesidad de hacerlo. Aún no habían recopilado y empaquetado la información que de otro modo alimentaría en un estudio formal de prefactibilidad. […]".

946 Memorial de Demanda, ¶ 388.

947 CIMVAL Standards and Guidelines 2003, p. 24. **C-0196**.

operativos."[948] Esto es importante porque sin una estimación confiable de los gastos de capital (CAPEX) y los costos operativos (OPEX), no sería posible evaluar la viabilidad económica del Proyecto. De lo anterior se desprende que el apartado G4.5 citado anteriormente tampoco es aplicable.

573. Es importante señalar que la Propuesta Boskalis, en la que se basa la Demandante para estimar OPEX y CAPEX, *es anterior* al Informe Técnico NI 43-101.[949] Además, el señor Bryson ha testificado que "[a] medida que desarrollábamos optimizaciones de ingeniería con Boskalis, se las comunicábamos al Sr. Lamb, quien hacía sus propios aportes, sugerencias o proponía modificaciones a la luz de nuestro cada vez mayor entendimiento del recurso gracias al sondaje y los análisis"[950]. Por lo tanto, es razonable concluir que el Dr. Lamb conocía la Propuesta Boskalis y las optimizaciones cuando hizo la observación de que "Oceanica no había completado la ingeniería básica necesaria para estimar confiablemente el capital [necesario] y los costos operativos."

574. WGM, el experto en minería de la Demandada, comparte esta opinión. En su primer informe pericial, WGM señaló, por ejemplo, que "[e]l trabajo de prueba metalúrgico y el trabajo de diseño de procesos se realizaron a niveles rudimentarios de esfuerzo y se basaron en gran medida en suposiciones generalizadas y factores derivados de manuales de ingeniería, en lugar de trabajos de prueba reales o trabajos a escala piloto en el depósito".[951] WGM también confirma que el proyecto Don Diego no cumple con la definición de "propiedad de recurso mineral" porque carece de los atributos necesarios. Específicamente, WGM identifica lo siguiente:

- the Don Diego project did not have an independent Prefeasibility Study or Feasibility study and thus no demonstrated economic viability;
- the Don Diego project had no market study demonstrating sale of product at the volumes and prices claimed [redacted];

948 Informe NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb, p. 83. **C-0084**. El texto original en inglés señala: "Oceanica has not completed the basic engineering necessary for the reliable estimating of capital an operating costs estimates".

949 La Propuesta Boskalis (**C-0059**) tiene fecha 28 de mayo de 2013 y fue revisada el 20 de diciembre de 2013 (C-0219). El Informe Técnico NI 43-101 tiene fecha del 30 de junio de 2014 (**C-0084**).

950 Primera DT de Craig Bryson, ¶ 87.

951 Primer Informe de WGM, ¶ 110.

- the Don Diego project had not completed any substantive bulk sampling and mineral processing test program to verify a technically and economically viable production process to produce a commercially acceptable product;
- available assay data indicated levels of deleterious elements such as cadmium were at levels which would preclude sale of the product in many markets;
- the Don Diego project had not secured any significant financing to advance the project;
- there was no demonstrated interest in investment in the project from any significant potential consumer of phosphate rock;
- Odyssey had no financial capability on its own to advance the project, and had not secured any substantial financial commitment from others to do so;
- the quantum and grade of the mineral resources were subject to significant uncertainty, as noted in Section 3.3, above; and,
- capital cost and operating costs [redacted] were developed at a very preliminary level, as detailed in the Lomond Expert Report.[952]

575. La Demandante afirma que "México y sus expertos tratan a CIMVAL y VALMIN con una rigidez doctrinaria".[953] De la misma manera, México podría argumentar que la Demandante y sus expertos descartan casualmente normas y directrices reconocidas internacionalmente simplemente porque socavan su posición en este procedimiento.

2. El Proyecto Don Diego era un proyecto de alto riesgo en etapa de exploración

576. Como señaló WGM en su primer informe, no hay proyectos de fosfato costa afuera en funcionamiento hoy en día. La ausencia de dichos proyectos refleja los considerables riesgos técnicos, económicos y ambientales que enfrentan, especialmente en comparación con las operaciones de extracción de roca fosfórica tradicionales. También refleja el hecho de que dichos proyectos, en general, han sido impulsados por empresas mineras jóvenes, como Odyssey, que carecen de las capacidades técnicas y financieras para impulsarlos.[954]

577. La industria de extracción y procesamiento de fosfato, y la comunidad de financiamiento minero, habrían estado muy conscientes de los problemas que enfrenta cualquier proyecto de extracción de fosfato costa afuera dados los desafíos técnicos, ambientales, operativos y financieros ampliamente conocidos que enfrentan los proyectos de Chatham Ridge, Sandpiper y

952 Segundo Informe de WGM, ¶ 95.

953 Memorial de Réplica, ¶ 369.

954 Segundo Informe de WGM, ¶ 39.

Greenflash. Como se indica en el Informe Técnico del Dr. Lamb (C-0084), el yacimiento Don Diego se conoce desde hace más de 50 años y, de hecho, en años anteriores se otorgaron concesiones similares costa afuera y cerca de la costa en México, pero éstas fueron abandonadas por razones técnicas y económicas.[955]

578. Sin embargo, la Demandante continúa argumentando que el Proyecto estaba suficientemente avanzado como para justificar una valuación basada en un análisis DCF y que se encontraba en un "nivel de pre-factibilidad", a pesar de reconocer que, para abril de 2016, no se había elaborado un PFS. Como se explica en el Memorial de Contestación, esto no es más que un engañoso intento de eludir un hecho inconveniente, a saber, que no se puede utilizar un DCF para valuar el Proyecto en las circunstancias de este caso.[956]

579. La Demandante parece tener la impresión de que la inexistencia de evidencia contemporánea de la viabilidad del Proyecto (es decir, un PFS o FS) es simplemente un inconveniente que puede remediarse mediante la presentación de numerosos informes periciales. Sorprendentemente, ninguno de los expertos de la Demandante pretende realizar un PFS o afirma que la viabilidad del Proyecto se había demostrado a la Fecha de Valuación. En lugar de ello, cada experto opina sobre un tema específico que habría sido analizado en el contexto de un PFS o FS, como el volumen y grado de los fosfatos, las condiciones de mercado de su producto y la estimación de CAPEX y OPEX, entre otros.

580. El argumento al parecer es que debe considerarse que la Demandante había demostrado la viabilidad económica y técnica del Proyecto porque, en opinión de sus expertos, la información disponible en ese momento era congruente con la información y el nivel de detalle que típicamente contiene un PFS. Además, dado que la información en la que se basan los expertos existía en la fecha de valuación, la sugerencia es que sus opiniones *post hoc* deben recibir el mismo valor probatorio que la evidencia contemporánea. Ambas proposiciones deben ser rechazadas por este Tribunal.

581. La Demandante argumenta también que sus pruebas no han sido refutadas porque la Demandada no respondió punto por punto a cada uno de los 25 informes periciales que ha

---

955 *Id.*, ¶ 46.

956 Memorial de Contestación, ¶ 656.

presentado en este procedimiento.[957] Este argumento también debe descartarse. Tanto Quadrant como WGM han opinado, en términos generales, que el Proyecto se encontraba en una etapa muy temprana de desarrollo, que se requerían estudios adicionales para evaluar adecuadamente su viabilidad, y que un DCF no es apropiado en estas circunstancias. Obviamente, la Demandante está intentando explotar su ventaja de financiamiento[958] para abrumar a la Demandada y eludir el hecho de que no tiene evidencia contemporánea que respalde sus atrevidas afirmaciones.

582. A diferencia de la Demandante, la Demandada ha basado su posición, no solo en la opinión de sus expertos (WGM), sino también en la evidencia contemporánea de la Demandante, como su informe anual 2015 presentado ante la SEC, que señala: "we [Odyssey] have invested in marine mineral companies that to date are <u>still in the exploration phase</u> and have not begun to earn revenue from operations"; y el Informe Técnico NI 43-101 que señala: "[t]he Don Diego Phosphorite Project is in the <u>exploration stage</u> [...]"[959] La Demandante no tiene ninguna respuesta para esta evidencia, más allá de esconderse detrás del supuesto alto umbral establecido por los requisitos para la presentación de información ante la SEC, y sugerir que un comprador sofisticado no prestaría atención a estas afirmaciones que confirman que el Proyecto estaba en etapa de exploración.

583. El hecho de que se requería exploración adicional se confirma a partir de las propias pruebas aportadas por la Demandante. Por ejemplo, el Informe NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb recomienda llevar a cabo perforaciones adicionales en áreas de Recursos Medidos (*i.e.*, Measured Resources) para incrementar la confianza en la continuidad del depósito.[960] El Sr. Bryson, a su vez, testifica que:

[redacted]

957 Memorial de Réplica, ¶¶ 357 y 388.

958 De acuerdo con el 10-K de 2020 de Odyssey, la Demandante cuenta con financiamiento hasta por un monto de $20 millones de dólares: "O*n June 14, 2019, Odyssey executed an agreement that provided up to $6.5 million in funding for prior, current and future costs of the NAFTA action. On January 31, 2020 this agreement was amended and restated, as a result of which the $6.5 million availability increased to $10.0 million (See NOTE H – Litigation Financing). In December 2020, Odyssey announced it secured an additional $10 million from the funder to aid in our NAFTA case*." **CLEX-0102,** p. 4.

959 Memorial de Contestación, ¶¶ 678-679.

960 **C-0084**, p. 13.

[redacted].[961] [Énfasis añadido]

584. Es importante señalar que la decisión pendiente sobre la solicitud de MIA no impidió este trabajo de exploración adicional y, contrario a lo que argumenta la Demandante en este procedimiento, el hecho de que no se haya llevado a cabo en ese momento sugiere que Odyssey no estaba completamente seguro de que la solicitud de MIA sería aprobada y/o que no tenía los recursos financieros para completar su investigación.

3. La evidencia contemporánea no demuestra la viabilidad económica y técnica del Proyecto

585. En su segundo informe, Quadrant acertadamente señala que determinar la etapa del Proyecto es un asunto técnico que es mejor dejar a los expertos en minería. Sin embargo, desde el punto de vista de la valuación, existen ciertos hechos que habrían sido muy relevantes para el comprador hipotético.

586. El Dr. Flores se refiere a varias metas que el Proyecto aún tenía que alcanzar, las cuales incluían: establecer su viabilidad económica a través de un FS, establecer la existencia de Reservas, asegurar un mercado para su producto, completar sus planes de desarrollo y finalizar un contrato con el contratista encargado del desarrollo y operación del Proyecto:

> The fact of the matter is that as of the Valuation Date there were essential milestones that the Project had not achieved. First, the Project had not proven its economic viability, as it did not have mineral reserves. Second, no PFS or more advanced FS was ever conducted by an independent engineering and mining company. Third, Don Diego had not secured a market for its product or interest from major mining companies. Fourth, the operating and development plans had not been finalized and no contract had been established with a third-party to develop or operate the Project. Lastly, Don Diego had not secured the necessary financing for development.[962]

587. Asimismo, señala correctamente que cualquier empresa minera que pretenda con seriedad desarrollar sus activos y convertirlos en una operación comercial, tomará ciertas medidas para completar estas metas antes de recibir todos los permisos necesarios. Sin embargo, hay poca evidencia de que la Demandante o ExO hayan tomado alguno de estos pasos en los dos años que

961 Primera DT de Craig Bryson, ¶ 220.

962 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 36.

transcurrieron entre la finalización del Informe Técnico NI 43-101 en junio de 2014 y la Fecha de Valuación.

588. La Demandante se basa esencialmente en tres elementos de prueba contemporánea que busca reinterpretar y reformular en este procedimiento como evidencia de prefactibilidad. Estos son: el Informe Técnico NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb, la Propuesta Boskalis (con optimizaciones) y el [redacted]. De hecho, el punto de partida de Compass Lexecon para su modelo DCF es el [redacted] y el NI 43-101.[963]

589. En su primer reporte, el Dr. Spiller reconoce que el Proyecto no tenía un documento "que condensara toda la información en la que se basaría en una transacción final" y que "el Representante Legal nos ha instruido para que partamos, aparte de nuestra propia visión del plan de negocios de ExO y de los datos geológicos, de marketing y técnicos subyacentes, en los informes técnicos y de marketing de expertos preparados por el Sr. Federico Kunz, el Sr. David Fuller, el Sr. Glenn Gruber, Dr. Ian Selby (incluyendo su análisis de costo beneficio contenido en el anexo 3 de su informe de experto y que fue escrito por el Dr. Sheehan) y el Sr. Peter Heffernan (todos menos el Sr. Kunz serán referidos conjuntamente como los **Expertos Técnicos y de Marketing)**."[964] Es evidente que existe la necesidad de basarse en estos informes periciales *post hoc* porque la mayor parte del trabajo para demostrar la viabilidad económica y técnica del Proyecto <u>no se había realizado antes de la Fecha de Valuación</u>, y la evidencia contemporánea disponible es insuficiente para demostrar que el proyecto estaba suficientemente avanzado como para justificar una valuación DCF.

590. También vale la pena señalar que prácticamente todos los informes periciales en los que se apoya el Dr. Spiller se basan en el mismo conjunto de documentos. Por ejemplo:

- El Sr. David Fuller (Lomond & Hill) opina sobre la razonabilidad de las estimaciones de CAPEX y OPEX para el FPSPs y costos de empleados presentados [redacted][965]

963 Memorial de Demanda, ¶ 396.

964 Primer Informe de Compass Lexecon, ¶ 7.

965 Primer Informe de Lomond & Hill, ¶ 2.2.1.

- El Sr. Glenn Gruber (Phosphate Beneficiation LLC) recibió instrucciones de realizar una evaluación independiente de la viabilidad técnica del componente de proceso [redacted].[966]
- El Dr. Ian Selby evalúa la caracterización mineral y la factibilidad técnica del proyecto y la razonabilidad de los costos y estimaciones de producción, con base en el NI 43-101 y el [redacted].[967]
- El Dr. Sheehan revisó la Propuesta de Minería de Fosfato de Boskalis (C-0059), las Estimaciones Actualizadas de Boskalis (cadena de correo electrónico de fecha 16 de julio de 2015) (C-0120) y la Primera Declaración Testimonial de Craig Bryson.[968]

591. En las siguientes subsecciones, la Demandada abordará a mayor detalle la evidencia contemporánea en la que se basan todos estos expertos con el objetivo final de justificar el uso de un enfoque DCF para determinar el VJM del proyecto inmediatamente antes de la denegación de la MIA.

a. Propuesta de Boskalis y documentos relacionados

(1) La Propuesta de Boskalis

592. En respuesta a la Solicitud de Propuestas (RFP) emitida por Odyssey Marine Operations (OMO) el 28 de mayo de 2013, Boskalis presentó una propuesta para la extracción y procesamiento de fosfatos del área del Proyecto Don Diego que fue presentada por la Demandante como anexo C-0059. El documento describe la propuesta como "a conceptual description of the mining and processing works"[969], y advierte que "a thorough analysis of newly obtained information is highly recommended before final design can be made".[970]

593. La propuesta incluía dos opciones distintas para el aspecto minero de la operación, que diferían significativamente en términos de los gastos de capital necesarios (CAPEX) y sus respectivos costos operativos (OPEX). [redacted]

966 Primer Informe de Glen Gubber, p. 1.

967 Primer Informe de Ian Selby, ¶¶ 3-4.

968 Primer Informe de Dr. Sheenan, p. 1.

969 Propuesta de Boskalis, p. 12. **C-0059**.

970 *Id.*

[redacted]

594. La Propuesta Boskalis está repleta de notas de advertencia y exenciones de responsabilidad que demuestran el carácter preliminar del trabajo y la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales de planificación, análisis, desarrollo y pruebas:

- "The presented proposal is a first step in the development of the optimal solution for the Don Diego phosphate mining. We are convinced that our concept has considerable merits in terms of practicality, feasibility, operability and economic benifits, [sic] with several opportunities for further optimization. We would very much appreciate the opportunity to enter into further development for the presented solution to make the Don Diego phosphate mining a success for Odyssey."[974] [Énfasis propio]
- "In this stage of tendering we have primarily focussed [sic] on the concept development of the mining and processing activities. More detailed plans for the project organisation and key personnel will be developed in subsequent stages."975 [Énfasis propio]
- [redacted]."[976] [Énfasis propio]
- "During this preparation phase for tendering, we have encountered some topics that needs [sic] more investigation in the next stage, such as: [redacted]"[977] [Énfasis propio]

971 *Id.*, pp. 3-4.

972 *Id.*, pp. 5 y 46.

973 *Id.*, p. 4.

974 *Id.*, p. 5.

975 *Id.*, p. 48.

976 *Id.*, p. 48.

977 *Id.*, p. 49.

- "[t]he available information is very limited. [redacted]."[978] [Énfasis propio]
- "[redacted][979] [Énfasis propio]
- "For design purposes, we have assumed that the received sample is representative for the Don Diego phosphate deposit. [redacted]."[980] [Énfasis propio]
- "[redacted]."[981] [Énfasis propio]
- "[redacted]."[982] [Énfasis propio]

595. De acuerdo con el testimonio del Sr. Gordon, el 19 de julio de 2013, Boskalis y OMO firmaron un "acuerdo de exclusividad" para el Proyecto (Anexo C-0199). El propósito del acuerdo de exclusividad era: "investigate the feasibility of the business case" (mediante un "Sub-Estudio") e "investigate the technical, operational, economical, financial and extent of the Services to be provided by BOSC with regard to the Project" (mediante el "Estudio").[983] Una vez finalizado tanto el Estudio como el Sub-Estudio, las partes del acuerdo tomarían una determinación sobre la viabilidad de los servicios y decidirían si se procedería o no a la ejecución de un "contrato de ingeniería, adquisición y construcción" (Contrato EPC).

596. El alcance del Sub-Estudio y el Estudio se definen en el acuerdo de la siguiente manera:

[redacted]

978 *Id.*, p. 13.
979 *Id.*, p. 30
980 *Id.*
981 *Id.*, p. 49.
982 *Id.*, p. 45.
983 [redacted]

[redacted]

[redacted].[984]

[Énfasis propio]

597. [redacted]. Esta flagrante omisión sugiere fuertemente que estos estudios nunca se llevaron a cabo pues de lo contrario habrían sido presentados como prueba.

598. Sin embargo, existe evidencia de ciertas actualizaciones de la propuesta original de Boskalis. El 18 de junio de 2014, Boskalis preparó una presentación titulada [redacted]. La Demandante presentó esta presentación como anexo C-0087 y se refiere a este documento como los [redacted] La presentación no tiene mayores explicaciones sobre el material, el proceso o los resultados, y tampoco contiene conclusiones. Como tal, constituye evidencia de la realización de una prueba y nada más.

---

984 *Id.*, pp. 1-2.

985 *Id.*, p. 3.

599. El 25 de febrero de 2015, Boskalis presentó un "resumen de optimización" destinado a "[formalize] the information exchanged under e-mail from B.J. Mooibroek to Craig Bryson on 21 March 2014 regarding 'Optimum production rate'."[986] El correo electrónico en referencia no ha sido presentado como prueba, pero el resumen ejecutivo de Boskalis señala que [redacted]"[987] [redacted][988]

600. [redacted]:[989]

[redacted]

601. Es importante destacar que, incluso esta segunda propuesta "optimizada" tenía una precisión esperada de +/- 25% y se presentó con importantes reservas. Por ejemplo, con respecto al [redacted], la nueva propuesta señala que "[redacted]

---

986 [redacted]

987 *Id.*, p. 8. El texto original en inglés es el siguiente: [redacted]"

988 *Id.*, p. 9. El texto original en inglés es el siguiente: [redacted]

989 *Id.* Téngase en cuenta que los totales para el CAPEX y OPEX para la propuesta anterior no fueron incluidos en la tabla. [redacted]

[redacted].”[990]

602. La adición del proceso de secado por gravedad para reducir la humedad al 5% no parece haber sido el único cambio. También hubo ajustes en los rubros “P2O5 Product” y “Mining quantity” que naturalmente afectan todas las cifras expresadas en unidades por tonelada. Por ejemplo, el OPEX por tonelada atribuible al rubro “Mining” se redujo [redacted][991] Este tipo de ajustes son comunes a medida en que se desarrolla y perfecciona un proyecto, pero también sirven como recordatorio de las razones por las que una "estimación presupuestaria inicial" (como la describió Boskalis) no constituye una base fiable para pronosticar los flujos futuros de efectivo de un proyecto en su etapa inicial.

603. El cambio de especificaciones también es evidente a partir de un correo electrónico del 16 de julio de 2015 del Sr. Mooibroek a los Sres. Bryson y Longley sobre las llamadas “estimaciones presupuestarias actualizadas de Don Diego” (Anexo C-0120). La nueva “actualización presupuestaria con cifras preliminares” elimina los procesos [redacted]. Téngase en cuenta que esto parece haber sido un cambio de postura, ya que [redacted] (*ver supra*, ¶ 591). También es necesario tomar en cuenta lo que señala WGM en su segundo informe sobre la eliminación de estas opciones de desalinización y secado térmico. De acuerdo con WGM, sin [redacted], lo cual habría resultado en descuentos importantes en el precio en el mejor de los casos.[992]

---

990 *Id.*, Sección 3.2.2, p. 9. Énfasis añadido. El texto original en inglés es el siguiente: [redacted] Véase también Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 67.

991 [redacted]

992 Segundo Informe de WGM, ¶ 12(xii).

604. Es importante considerar también que la actualización presupuestaria de Boskalis señala expresamente que "una actualización así de rápida viene acompañada de muchas reservas y notas precautorias" ("such a quick update comes with a lot of qualifications and cautionary statements"), entre las que encuentran las siguientes:

- [redacted][993] [Énfasis añadido]
- [redacted][994] [Énfasis añadido]
- [redacted]".[995] [Énfasis añadido]
- [redacted]."[996]
- [redacted][997]

605. Los expertos de México (WGM) coinciden en que las cifras de Boskalis eran muy preliminares y no proporcionan una base sólida para un análisis DCF. WGM, en particular, observa en su segundo informe que "las estimaciones de costo proporcionadas por Boskalis son conceptuales y, como se señala más abajo, están basadas en volumen, no en las toneladas extraídas

993 Cadena de correo electrónico de B. Mooibroek (Boskalis) a C. Bryson y J. Longley, p. 1. [Énfasis añadido]. **C-0120.**

994 *Id.*

995 *Id.*, p. 2.

996 *Id*.

997 *Id.*, p. 2. **C-0120**. Véase también Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 68.

o el grado del material."[998] Esto es significativo porque "a pesar de que Boskalis puede proyectar con precisión el volumen de material que pueden mover en un determinado periodo de tiempo, solo pruebas de minería sobre este depósito proporcionarían el rango de densidad y grado que se puede alcanzar a partir de este yacimiento particular."[999] Adicionalmente, WGM señala: "Boskalis has clearly identified that its conceptual estimations are based on test work that is too limited and has identified several areas of insufficiency of information or data, indicating that more test work and research is required."[1000]

(2) El informe del Sr. Fuller confirma la naturaleza preliminar de la estimación de Boskalis

606. El Informe del Sr. Fuller pretende validar las cifras de CAPEX y OPEX de Boskalis para la Plataforma Flotante de Producción y Almacenamiento (FPSP, por sus siglas en inglés), que era una embarcación modificada diseñada para procesar los materiales dragados.

607. La sección de "Alcance e Instrucciones" (*i.e.*, "Scope and Instructions") indica que al Sr. Fuller se le encomendó determinar, *inter alia*, si las cifras de CAPEX y OPEX de Boskalis para la FPSP eran "razonables", aunque no especifica si esto se refiere a la razonabilidad como variable en un DCF o "razonable" para un proyecto en sus primeras etapas.[1001] La sección "Resumen de las conclusiones" indica además que "[e]l autor considera que las estimaciones de Boskalis y, por ende, las estimaciones de gastos de capital de Odyssey, se pueden caracterizar como estimaciones de Clase 4 de la AACE "[1002] y que él "no puede verificar, de manera independiente, el nivel de exactitud de +/-25 % que declara Boskalis, aunque, en base a la revisión y la experiencia del autor, pareciera ser una aseveración razonable."[1003]

---

998 Segundo Informe de WGM, ¶ 77. El texto original en inglés es el siguiente: "[c]ost estimates provided by Boskalis are conceptual and as noted below are based on volume, not actual tonnes and grade of material mined."

999 *Id.*, ¶ 79(ii). El texto original en inglés es el siguiente: "although Boskalis can accurately project the volume of material they can move over time, only test mining of this deposit will provide the range of density and grade that they can achieve in this particular deposit."

1000 *Id.*, ¶ 78.

1001 Primer Informe de Lomond & Hill, ¶ 2.2.

1002 *Id.*, p. 2, "Resumen de las conclusiones".

1003 *Id.*

608. Para contextualizar la clasificación del Dr. Fuller de la Propuesta de Boskalis, el informe contiene la siguiente tabla que muestra la clasificación de las estimaciones según la AACE International Recommended Practice No. 18R-97:[1004]

	Primary Characteristic	*Secondary Characteristic*			
ESTIMATE CLASS	**LEVEL OF PROJECT DEFINITION** Expressed as % of complete definition	**END USAGE** Typical purpose of estimate	**METHODOLOGY** Typical estimating method	**EXPECTED ACCURACY RANGE** Typical variation in low and high ranges [a]	**PREPARATION EFFORT** Typical degree of effort relative to least cost index of 1 [b]
Class 5	0% to 2%	Concept Screening	Capacity Factored, Parametric Models, Judgment, or Analogy	L: -20% to -50% H: +30% to +100%	1
Class 4	1% to 15%	Study or Feasibility	Equipment Factored or Parametric Models	L: -15% to -30% H: +20% to +50%	2 to 4
Class 3	10% to 40%	Budget, Authorization, or Control	Semi-Detailed Unit Costs with Assembly Level Line Items	L: -10% to -20% H: +10% to +30%	3 to 10
Class 2	30% to 70%	Control or Bid/ Tender	Detailed Unit Cost with Forced Detailed Take-Off	L: -5% to -15% H: +5% to +20%	4 to 20
Class 1	50% to 100%	Check Estimate or Bid/Tender	Detailed Unit Cost with Detailed Take-Off	L: -3% to -10% H: +3% to +15%	5 to 100

Notes: [a] The state of process technology and availability of applicable reference cost data affect the range markedly. The +/- value represents typical percentage variation of actual costs from the cost estimate after application of contingency (typically at a 50% level of confidence) for given scope.
[b] If the range index value of "1" represents 0.005% of project costs, then an index value of 100 represents 0.5%. Estimate preparation effort is highly dependent upon the size of the project and the quality of estimating data and tools.

609. Es importante destacar que, de conformidad con las recomendaciones de AACE, "sólo el nivel de definición del proyecto determina la clase de la estimación" y, como lo demuestra la tabla, el nivel de definición del Proyecto en una estimación Clase 4 (expresado cómo % de la definición total del proyecto) es entre 1% y 15%. Esto se confirma además en la sección "Nivel de definición disponible" del informe del Dr. Fuller, mismo que señala que "[e]l Proyecto se encontraba en una fase relativamente temprana" y "[p]or ende, el nivel de definición en general es relativamente bajo."[1005]

610. El informe explica más adelante que la intención era que Boskalis fuera contratada en un régimen de construcción, propiedad y operación (BOO, por sus siglas en inglés) y, en

1004 *Id.*, ¶ 4.2.

1005 *Id.*, ¶ 5.1.1.a. Segundo Informe de Quadrant Economics ¶ 71.

consecuencia, "gran parte del detalle de ingeniería era propiedad de Boskalis y se proporcionó un desglose limitado de las estimaciones de CAPEX y OPEX a Odyssey".[1006] No hay pruebas que sugieran que Boskalis sería contratada en un régimen de construcción, propiedad y operación.[1007] De hecho, el acuerdo de exclusividad al que se hizo referencia *supra* indica que, una vez finalizados los estudios, las partes del acuerdo (OMO y Boskalis) decidirían si se procedía a la ejecución de un contrato EPC, no un BOO.[1008]

611. El informe Fuller también explica que "[e]l impacto sobre el Proyecto de estas cuestiones es que los entregables claves de ingeniería no están disponibles o no se avanzó en ellos adecuadamente, lo cual limita la capacidad de auditar, de modo independiente, las estimaciones de CAPEX para las FPSP."[1009] Como ejemplos de entregables de ingeniería claves que no estaban disponibles o que no progresaron adecuadamente, el informe identifica los siguientes:

> a. No hay criterios de diseño de disciplinas disponibles.
>
> b. Las listas y especificaciones mecánicas, eléctricas y de instrumentación detalladas no están disponibles.
>
> c. El único plano de diseño de planta de procesamiento disponible es apenas algo más que un esbozo.
>
> d. Las modificaciones que se deben realizar en el granelero no presentan suficiente información como para auditarlas de modo independiente.
>
> e. No hay un plan de ejecución del proyecto detallado (con un programa de construcción) disponible.
>
> f. Las estimaciones detalladas de CAPEX y OPEX con desgloses auditables y una Base de la Estimación no están disponibles.[1010]
>
> [Énfasis añadido]

612. Lo anterior es relevante porque confirma además que el [redacted], que se basa en la Propuesta de Boskalis que, a su vez, fue revisada por el Sr. Fuller, es congruente con un presupuesto preliminar que no brinda suficiente soporte para un análisis DCF. Simplemente no

---

1006 Primer Informe de Lomond & Hill, ¶ 5.1.1.b.

1007 Al respecto, el Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 71, menciona: "In fact, the evidence indicates that, if a partnership would have materialized between Boskalis and Odyssey, it would have been formalized through an EPC Contract, not a BOO contract."

1008 Segundo Informe de WGM, ¶¶ 41-42.

1009 Primer Informe de Lomond & Hill, ¶ 5.1.2. Énfasis añadido.

1010 *Id.*, ¶ 5.1.2.

se deduce de las conclusiones del Dr. Fuller que las estimaciones de OPEX y CAPEX de Boskalis puedan utilizarse razonablemente para estimar los flujos de caja futuros.

b. El Informe Técnico NI-43 101

613. El informe NI 43-101 fue elaborado por el Sr. Henry Lamb el 30 de junio de 2014. En su Memorial de Réplica, la Demandante describe el Informe Técnico NI 43-101 como un informe técnico robusto "basado en [redacted] tomadas del fondo marino dentro de la Concesión Don Diego y probadas independientemente por un importante laboratorio de investigación de fosfatos, estableció conservadoramente un Recurso Mineral de clase mundial de 494 millones de toneladas de arenas de fosfato no consolidadas de alta calidad, uniformes y continuas".[1011]

614. Dejando de lado por un momento las opiniones de WGM sobre el incumplimiento de las normas requeridas para un informe NI 43-101, en el informe del Dr. Lamb, es claro, incluso a partir de una revisión superficial del documento, que dicho informe no proporciona un soporte adecuado para una valuación bajo el enfoque de ingresos. Un buen ejemplo se encuentra en la sección "Statement of Certification by the Principal Author and Editor ", en la cual el Dr. Lamb afirma:

> 15. I have read National Instrument 43-101 and Form 43-101 F1. This report has been prepared in compliance with these documents to the best of my understanding; with the exception of the capital and operating cost estimates and the economic analysis that are relying on assumptions and general (non-specific deposit) estimates often applied in the phosphate industry for early stage projects. In additional activities are on-going with respect to mineral beneficiation options, no basic engineering has been performed, a feasibility study has not been prepared and the market potential has not been evaluated.[1012]
>
> [Énfasis añadido]

615. El Informe Técnico NI 43-101 también incluye una serie de recomendaciones que no corresponden a un proyecto en fase de pre-factibilidad y que, en cualquier caso, no parecen haber sido seguidas por Odyssey o ExO. Estas recomendaciones se resumen en el apartado 1.7 del Informe:

> 1.7 RECOMMENDATIONS OF THE QUALIFIED PERSON

1011 Memorial de Réplica, ¶ 324.

1012 NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb, p. 81. **C-0084**.

> The QP recommends the following:
>
> - Implement a drilling, sampling and testing program when the additional mining licenses are granted;
>
> - Update and revise the phosphate rock concentrate resources with the additional data from the new mining licenses;
>
> - Complete a continuous wet process phosphoric acid pilot plant test using a representative bulk sample of the Don Diego Phosphate Rock Concentrate;
>
> - Apply for additional mining licenses within the Done Diego Mineral License for those areas that have been abandoned by other parties;
>
> - Commission a market analysis for the project and investigate the opportunities for off-take agreements;
>
> - Develop a conceptual 20-year mine plan with a supporting production schedule;
>
> - Begin a basic engineering assessment (FEL 3) of the project using a third-party engineering company experienced in marine mining and phosphorite mineral processing;
>
> - Develop reliable capital and operating cost estimates; and,
>
> - Develop a Financial/Economic model.[1013]

616. Llama especialmente la atención la ausencia de una evaluación de ingeniería básica. El Dr. Lamb recomendó comisionar un estudio de factibilidad (FEL 3) del Proyecto a una empresa de ingeniería externa con experiencia en minería marina y procesamiento de minerales de fosforita. El Dr. Lamb estimó el coste del estudio entre 6 y 8 millones de dólares. El Dr. Lamb también ofreció la alternativa de una opción de menor costo que consistía en llevar a cabo un programa de dos fases para un estudio de pre-factibilidad y, en función de los resultados, pasar después a una evaluación FEL 3:

> 20.7 FEASIBILITY STUDY
>
> Commission a basic engineering assessment (FEL 3) of the project using a third-party engineering company experienced in marine mining and phosphorite mineral processing. The estimated cost for this study is estimated at $6 to $8 million. A lower cost option is to commission a two-stage program for a Pre-Feasibility Study and depending upon the results then move to a FEL 3 assessment.[1014]

617. No hay evidencia que demuestre que las recomendaciones del Dr. Lamb sobre la elaboración de una "estimación de ingeniería básica (FEL3)" o el programa de dos fases hayan sido implementados.

1013 *Id.*, p. 14.

1014 *Id.*, p. 78.

c. El [redacted]

618. El [redacted]. Según el Sr. Bryson, [redacted] se hizo a petición de [redacted], que pidió un plan de negocios actualizado que incorporara una nueva configuración y alineara los objetivos de producción y los supuestos sobre precios con las oportunidades de mercado.[1015]

619. La Demandante no controvierte que [redacted] no fue verificado por un tercero independiente, ni la afirmación de WGM de que, en el mejor de los casos, [redacted] puede considerarse un estudio de alcance interno (*i.e.*, "Scoping Study").

620. En su Memorial de Réplica, la Demandante afirma que [redacted] que más se desarrolló en el momento de la expropiación, y como tal forma el punto de partida para la investigación de debida diligencia del comprador hipotético".[1016] La Demandante describe [redacted], junto con la MIA, como "[l]a configuración final de la ingeniería de solución inmediatamente previa a la Denegatoria de la MIA".[1017] Estas afirmaciones van en contra de las múltiples referencias sobre la necesidad de estudios y análisis adicionales dentro del mismo documento:

- [redacted]"[1018] [Emphasis added]
- [redacted]."[1019]

1015 Primera DT de Craig Bryson, ¶ 185.

1016 Memorial de Réplica, nota a pie 892.

1017 Memorial de Demanda, ¶ 79.

1018 [redacted].

1019 *Id.*, p. 14.

- [redacted][1020]
- [redacted][1021] (*Ver* sección IV.G.3.d.2 *infra* para un análisis de la prueba de ácido fosfórico realizada por Jacobs Engineering)

621. Bajo la sección titulada [redacted].[1022] Esto parece ser una referencia a la propuesta de Boskalis del 28 de mayo de 2013, [redacted]. Como se muestra en la sección anterior (*supra*), las estimaciones de Boskalis eran muy preliminares y no proporcionan una base sólida para un análisis DCF.

622. Lo anterior se confirma también a partir de la [redacted]:

> [redacted]
>
> [redacted].[1023]
>
> [Énfasis añadido]

623. Este pasaje es especialmente relevante porque, como se señala en el Memorial de Contestación, [redacted] y la valuación de Compass Lexecon (y ahora la valuación de Agrifos)

1020 *Id.*, p. 7.

1021 *Id.*, p. 14.

1022 *Id.*, p. 7.

1023 *Id.*, p. 29.

incluyen "Recursos Inferidos" para estimar el valor de ExO. La Demandante ha sugerido que estas afirmaciones se hacen para cumplir con normas reglamentarias que tienen por objeto proteger a inversionistas individuales y que un inversionista sofisticado las ignoraría.[1024] La Demandada simplemente observa que las normas reglamentarias existen por una razón, y que la declaración del Dr. Lamb en el sentido de que "los 'Recursos Minerales Inferidos' tienen un alto grado de incertidumbre con respecto a su existencia y gran incertidumbre sobre su viabilidad económica y técnica" debe ser considerada como verdadera y correcta, a menos que la Demandante esté dispuesta a reconocer que [redacted] contiene declaraciones falsas y no se debe confiar en él.

624. El hecho es que [redacted] no parece haber sido preparado para fines de valuación, sino más bien, como un instrumento para justificar una inversión adicional para avanzar con el desarrollo del Proyecto. De hecho, Quadrant lo describe como: "marketing material prepared by Claimant to raise capital for the Project in 2015".[1025] De acuerdo con Quadrant, la información contenida en [redacted] equivale a lo que se ha descrito en la literatura financiera como "sales puffery" que "acentúa lo positivo y minimiza lo negativo en un intento por hacer creer a los inversionistas que es necesario invertir rápidamente".[1026] Quadrant también señala en su segundo informe que, dado que [redacted] no fue verificado por un tercero imparcial, cualquier inversionista potencial prudente lo habría tomado con una buena dosis de escepticismo, concluyendo, quizás, que la oportunidad de inversión era demasiado buena para ser cierta o que los supuestos del modelo no eran realistas.[1027]

625. En resumen, si bien es razonable suponer que [redacted] habría formado parte de cualquier acción de debida diligencia por parte de un comprador hipotético, eso no significa que éste lo habría aceptado tal cual. El comprador hipotético también habría considerado otra evidencia contemporánea y otros indicadores para determinar el valor del Proyecto, tales como la capitalización de mercado de Odyssey y el acuerdo de opción de compra entre Odyssey y MINOSA.[1028]

1024 Memorial de Réplica, ¶ 360.

1025 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 192.

1026 *Id.*, ¶¶ 105 y 192. El texto original en inglés dice: "overaccentuate the positive and minimize the negative in an attempt to make investors believe that there is an urgent need to invest quickly."

1027 *Id.*, ¶¶ 104-106.

1028 Esta opción le dio a MINOSA la oportunidad de adquirir la participación de la Demandante del 54% en el Proyecto por US$ 40 millones (lo cual implicaría un valor de US$ 74 millones por el proyecto

626. Por último, a la Demandada le gustaría dirigir la atención del Tribunal sobre la diferencia tan significativa que existe entre el VPN del Proyecto [redacted] [1029]) y el valor determinado por Compass Lexecon [redacted] [1030]). El hecho de que el resultado de Compass Lexecon sea 75% más bajo que el [redacted] dice mucho sobre la precisión y confiabilidad [redacted] y, además, es un recordatorio del peligro de utilizar un DCF para valuar un proyecto que no cuenta con ingeniería básica y otra información crucial.

d. Otra evidencia contemporánea relacionada

627. La Demandante ha hecho referencia a otros documentos para apoyar su argumento de que la información y datos contemporáneos del Proyecto no estaban limitados [redacted] y "que habrían estado disponibles para un comprador dispuesto a partir de la fecha de valuación."[1031] Esta sección aborda brevemente esta evidencia.

(1) El Memorándum Técnico del Dr. Lamb sobre el análisis preliminar del potencial de producción de roca de fosfato (C-0112)

628. Uno de los documentos que, de acuerdo con la Demandante, habría estado disponible a cualquier comprador interesado en la Fecha de Valuación es el memorándum técnico del Dr. Lamb sobre el análisis preliminar del potencial de producción de producto de roca de fosfato, del 14 de mayo de 2015.

629. El Memorándum fue preparado porque Oceanica Resources S de R.L. Panama había solicitado un "resource estimate for mining and producing a sized phosphate rock product with the intent to produce a commercial phosphate rock with the intent of minimal processing at sea and at

---

entero). El Tribunal debería notar que la opción se pudo haber ejercido en cualquier fecha antes de su vencimiento el 11 de marzo de 2011 - *i.e.* poco antes de la fecha de valuación - sin embargo, MINOSA decidió no ejercer la opción, lo cual indica que la participación de ExO no valía los 40 millones.

1029 [redacted], pp. 3 y 7. **C-0134**.

1030 Segundo Informe de Compass Lexecon, Tabla 1, ¶ 26.

1031 Memorial de Réplica, ¶ 339.

the lowest capital and operating cost".[1032] Las conclusiones del Dr. Lamb sugieren que era necesario realizar análisis adicionales, como se evidencia a continuación:

- [redacted].[1033]
- [redacted][1034]
- [redacted]."[1035]
- "[redacted]."[1036]
- "[redacted][1037]
- "[redacted]

1032 Memorándum del Dr. Lamb, p. 1. **C-0112**.

1033 *Id.*, p. 3.

1034 *Id.*

1035 *Id.*

1036 *Id.*, p. 4.

1037 *Id.*, p. 5.

[redacted]."[1038]

630. Como se puede apreciar, la opinión del Dr. Lamb se presentó con muchas reservas y notas precautorias.

(2) La prueba de ácido fosfórico de Jacobs Engineering (C-0469)

631. [redacted].

632. El Memorial de Réplica afirma que "[l]as pruebas adicionales realizadas por empresas globales de ingeniería de minas, incluida Jacobs Engineering, demostraron que esta roca fosfática de grado comercial funcionó excepcionalmente bien cuando se 'acidulaba' en ácido fosfórico, lo que la hacía comercialmente atractiva como materia prima para fertilizantes".[1041] Una lectura justa del Informe Jacobs no demuestra nada de eso. De hecho, solo confirma la propensión de la Demandante a adornar las cosas, como se aprecia en los siguientes extractos del documento:

- [redacted]."[1042]
- [redacted]".[1043]

1038 *Id.*, p. 5.

1039 [redacted].

1040 *Id.*, p. 14. **C-0134**.

1041 Memorial de Réplica, ¶ 385(iv).

1042 [redacted].

1043 *Id.*

- [redacted].”[1044]

633. La Demandada, respetuosamente, mantiene que ningún comprador hipotético razonablemente informado habría concluido que ExO había logrado esta “meta principal para el desarrollo de planes comerciales” con base en un experimento de muy pequeña escala que ni siquiera siguió los estándares procedimentales del examinador. Claramente se habría requerido de una confirmación mediante una prueba formal de ácido fosfórico, sin embargo, no hay evidencia de que dicha prueba se haya realizado.

4. El Segundo Informe de WGM confirma que un enfoque DCF no está justificado y sería altamente especulativo

634. A petición de México, WGM ha preparado un segundo informe pericial cuyo propósito es responder a las críticas de la Demandante y sus expertos a su primer informe. Esta sección resume las respuestas de WGM y confirma que un enfoque DCF para valuar ExO o el Proyecto Don Diego sería totalmente especulativo.

a. Estimación de recursos minerales

635. WGM cuestiona la estimación de recursos minerales preparada por el Dr. Lamb. Tal como se explica en su segundo informe, un factor significativo de la definición y continuidad de los recursos es la distribución del tamaño partículas, y esta información se encuentra ausente en casi un tercio de la base de datos de las perforaciones.[1045] Asimismo, si bien existe correlación entre el tamaño de las partículas y el grado de las mismas, los resultados demuestran una variación significativa en este cociente. De ahí la necesidad de que los practicantes se “aseguren de que la abundancia de los datos, su ideoneidad y distribución espacial sean adecuados para producir variogramas/correlogramas experimentales aceptables sobre los cuales se puedan ajustar modelos con suficiente confiabilidad”.[1046] Depender exclusivamente de ensayos para estimar la distribución

---

1044 *Id.*

1045 Segundo informe de WGM, ¶ 50.

1046 CIM Estimation of Mineral Resources & Mineral Reserves Best Practice Guidelines (2019), p. 20, **RL-0143**. Traducción de la Demandada. El texto original en inglés dice: “ensure that data abundance, appropriateness, and spatial distribution are adequate to produce acceptable experimental variograms/correlograms to which models can be fitted with confidence”.

del tamaño de las partículas y *vice versa* no se considera confiable y afecta seriamente la credibilidad de la continuidad espacial.[1047]

636. Sobre este punto, WGM observa además que la recomendación del Dr. Lamb de llevar a cabo más perforaciones en áreas de Recursos Medidos, con el objetivo de incrementar la confianza en la continuidad, contradice los requisitos del CIM de contar con suficientes "exploraciones, muestreos y pruebas" para definir un Recurso Mineral Medido y, además, es indicativo de una falta de entendimiento y confianza sobre la continuidad geológica del depósito. [redacted].[1048]

637. WGM concluye que los supuestos del Dr. Lamb sobre la distribución y grosor estimados del yacimiento de minerales están basados, en gran parte, en proyecciones entre perforaciones, siendo que puede existir una variabilidad considerable entre muestras. Esto también es un factor que cualquier comprador razonablemente informado habría tomado en consideración al ponderar si un análisis DCF produciría una estimación razonable del valor del Proyecto Don Diego.

638. Asimismo, de conformidad con los estándares de CIM, la clasificación de recursos minerales industriales debe demostrar que el producto puede comercializarse, lo cual no fue abordado de una forma adecuada por el Dr. Lamb. A diferencia de otros "commodities", como el oro, la comercialización de minerales industriales es más compleja y tiene más barreras de entrada.[1049] A medida en que las categorías de clasificación de recursos incrementan su nivel de confianza, de "Inferido" a "Indicado" a "Medido", es necesario demostrar la capacidad del producto para cumplir con las especificaciones técnicas del consumidor. La documentación presentada no indica que se haya asegurado algún cliente, ni que se haya cumplido con las especificaciones que requería algún cliente específico.[1050]

1047 Segundo Informe de WGM, ¶ 50

1048 *Id.*, ¶ 53.

1049 *Id.*, ¶ 61.

1050 *Id.*, ¶ 62.

639. WGM concluye que, en ausencia de los datos mencionados anteriormente, la mineralización no puede ser clasificada como un Recurso Mineral. A lo mucho sería un Objetivo de Exploración ("Exploration Target"), de acuerdo con la definición de los estándares de CRIRSCO.[1051]

b. Tamaño del mercado

640. WGM explica en su segundo informe que CRU incorrectamente estima el mercado de importación de rocas de fosfato en 2016 en 30.3 Mt y, por lo tanto, exagera el tamaño del mercado disponible para el llamado "producto medido" ("sized product") que el Proyecto pretendía producir.[1052]

641. De acuerdo con las estadísticas de la IFA, las importaciones totales de roca de fosfato en 2016 fueron aproximadamente 27.6 Mt, es decir, 9% menor que la estimación de CRU. WGM concluye a partir de esta nueva cifra que el mercado potencial para el Proyecto Don Diego en 2016 era de 12.8 Mt, y no los 15.2 Mt que supone CRU. Lo anterior significa que el Proyecto tendría que asegurar 38.93% del mercado disponible para asegurar los volúmenes de mercado que se tenían proyectados.[1053]

642. Tal participación de mercado no es realista, particularmente debido a que diversos proyectos de gran escala, orientados a la exportación y mucho más avanzados, como el proyecto Hinda (4 Mt/año), Elandsfontein (1.3 Mt/año) y Boabab (0.6 Mt/año), estaban siendo desarrollados al mismo tiempo. Como se explica en el segundo informe de WGM, la entrada al mercado de alguno de esos proyectos, incluso a tasas de producción reducidas, habría tenido un impacto significativo en los precios de roca de fosfato y en la disponibilidad de mercado para el Proyecto Don Diego. CRU no toma en cuenta ninguna de estas consideraciones en su análisis de mercado.[1054]

643. WGM también observa que, [redacted], el Proyecto iba a producir [redacted], y que ninguna mina independiente de roca de fosfato ha logrado producir

---

1051 *Id.*, ¶ 63.

1052 *Id.*, ¶ 18.

1053 *Id.*, ¶ 22.

1054 *Id.*, ¶ 23.

volúmenes superiores a [redacted]. Incluso, los grandes productores integrados generalmente no tienen producciones de roca de fosfato superiores a [redacted] en una sola mina –las excepciones son productores internacionales integrados de fertilizantes como Mosaic, Nutrien, Simplot, OCP, Ma'aden, Jordan Phosphate, EuroChem y PhosAgro.[1055]

c. Clientes potenciales

644. De acuerdo con WGM "[las] afirmaciones de CRU de que Don Diego habría podido asegurar mercados carecen por completo de soporte y están basadas en pura especulación."[1056] WGM señala que no se presentaron datos fácticos para demostrar que ExO hubiera asegurado algún compromiso para la comercialización del producto, incluso al nivel consultas generales de interés.[1057]

645. Por otro lado, las declaraciones de CRU de que el producto del Proyecto Don Diego habría sido competitivo en productos de alto nivel de otras fuentes [1058] está basado exclusivamente en un supuesto diferencial de precio. Sin embargo, mientras que CRU pretende ajustar el precio recibido por el Proyecto Don Diego por diferencias en calidad, costo de transporte y el descuento para poder entrar al mercado, no ha presentado evidencia que sugiera que tales oportunidades de mercado existían a la Fecha de Valuación, o que los descuentos habrían logrado los resultados esperados de atraer la atención del mercado. Los ejemplos que utiliza CRU sobre la competitividad del Proyecto en términos de costos están basados en un costo de entrega estimado en 2033, el cual es muy lejano en el tiempo como para poder utilizarse como base de cualquier pretensión.[1059]

646. Más específicamente, ni la Demandante ni su experto han prestado evidencia para apoyar la afirmación de que existía en ese momento una base de clientes capaz de absorber los [redacted] Como lo indica WGM en su segundo informe, los clientes potenciales identificados por CRU tenían compromisos existentes con otras partes y, por lo tanto, era poco probable que se convirtieran en clientes de ExO.

1055 *Id.*, ¶ 35.

1056 *Id.*, ¶ 14. El texto original en inglés señala: "Statements by CRU that Don Diego could secure markets are completely unsupported and based on pure speculation."

1057 *Id.*

1058 [redacted]

1059 Segundo Informe de WGM, ¶ 15.

647. [redacted]:

- [redacted][1060]; y
- [redacted][1061]

648. [redacted][1064]

649. [redacted]

1060 *Id.*, ¶ 24.

1061 *Id.*, ¶ 25.

1062 [redacted]. DT de [redacted], ¶ 11.

1063 [redacted].

1064 Segundo Informe de WGM, ¶ 16. El Texto original en inglés es el siguiente: "[redacted]".

1065 *Id.*, ¶ 31.

[redacted] Estos niveles excedían, por un margen considerable, los límites permisibles en todos los mercados principales, lo cual habría dificultado aún más la aceptación del producto en el mercado.[1066]

650. De hecho, [redacted] [1067]

651. En vista de lo anterior, la Demandada sostiene que cualquier supuesto de que ExO hubiese podido vender los volúmenes de producto que se utilizan en el análisis DCF es totalmente especulativo y no está respaldado.

d. Precio

652. El análisis DFC de Compass Lexecon se basa en las estimaciones de precios de CRU para derivar ventas futuras. Para obtener las estimaciones de precios, CRU comienza con el precio K10 marroquí y lo ajusta para tener en cuenta las diferencias en varios factores que afectan la calidad. CRU también aplica un descuento para atraer interés y asegurar el acceso a otros mercados, así como un ajuste de flete para tener en cuenta la diferente combinación de clientes en relación con OCP en Marruecos.[1068]

653. En su primer informe, el experto en industria de la Demandada (WGM) argumentó que, debido a su mayor similitud con las características del producto previsto del Proyecto, la base de comparación adecuada para efectos de la evaluación de precios era el precio FOB de la roca fosfórica egipcia; y no el precio K10 marroquí, que es significativamente más caro. Posteriormente, WGM obtuvo su propia estimación de precio ajustando el precio de la roca fosfórica egipcia para compensar por diferencias en la humedad, la proporción de elementos menores (MER) y la relación $CaO:P_2O_5$. WGM aplicó además un descuento de entrada al mercado y un ajuste de flete. [redacted]

1066 *Id.*, ¶ 29.

1067 DT de [redacted], ¶ 14.

1068 Primer Informe de WGM, ¶¶ 89-93. *Ver* también Primer Informe de CRU, p. 93.

[redacted]

654. En su segundo informe, CRU sostiene que el supuesto de WGM de que la base adecuada para la estimación del precio es el precio egipcio es incorrecta por varias razones, que van desde la incoherencia en las especificaciones de calidad y grado de la roca egipcia hasta su idoneidad para la producción de ácido fosfórico y los fertilizantes. WGM no está de acuerdo con las críticas de CRU, señalando en su segundo reporte, *inter alia*, que:

- "As prices for Egyptian and other North African phosphate rock are already adjusted against the Moroccan K10 price benchmark, a direct comparison of the attributes of the proposed Don Diego product against a similar quality basket of Egyptian phosphate rock product is appropriate".[1069]
- "Potential product from Don Diego would vary in phosphate content [redacted].[1070]
- Egyptian phosphate rock is primarily sold on the spot market. Product from Don Diego would similarly be sold on the spot market; no long terms sales agreements, letters of intent or even expressions of interest were in hand as of 2016 to support an alternative market viewpoint.[1071]
- "The product characteristics [redacted][1072]

655. Sobre la base de estas observaciones, WGM concluye que un análisis basado en los precios del fosfato egipcio es razonable y está respaldado por la información disponible a la Fecha de Valuación.[1073]

656. WGM también discrepa con el supuesto de CRU de que el producto potencial del Proyecto sería adecuado para la producción de ácido fosfórico de alta calidad, y señala que no se ha

---

1069 Segundo informe de WGM, ¶ 12(ix).

1070 *Id.*, ¶ 12(v).

1071 *Id.*, ¶ 12(iii).

1072 *Id.*, ¶ 12(ix).

1073 *Id.* ¶ 12(xi)

presentado ninguna prueba para respaldar este supuesto.[1074] El Tribunal recordará, de la discusión en la sección IV.G.3.d.2 *supra*, que la prueba de ácido fosfórico realizada por Jacob no fue "llevada a cabo de conformidad con el procedimiento estándar de Jacob, sino más bien se trató de un experimento de escala muy pequeño."[1075]

657. Finalmente, al criticar a WGM por su análisis basado en la roca egipcia, CRU acusa a WGM de "afirma[r] incorrectamente que otros precios de la fosforita se ajustan en función de esta referencia [Morocco K10], que se basa solo en el contenido de P_2O_5".[1076] Como se explica en su segundo informe, WGM nunca argumentó tal cosa. Lo que WGM declaró es que "<u>manteniendo todo lo demás constante</u>, los precios de la roca de fosfato se ajustan contra el precio de referencia K10 en proporción al contenido P_2O_5."[1077] El Dr. Heffernan, por supuesto, tiene derecho a opinar sobre la mejor manera de estimar los precios, pero no es libre de caracterizar erróneamente el informe de WGM para desacreditar sus conclusiones.

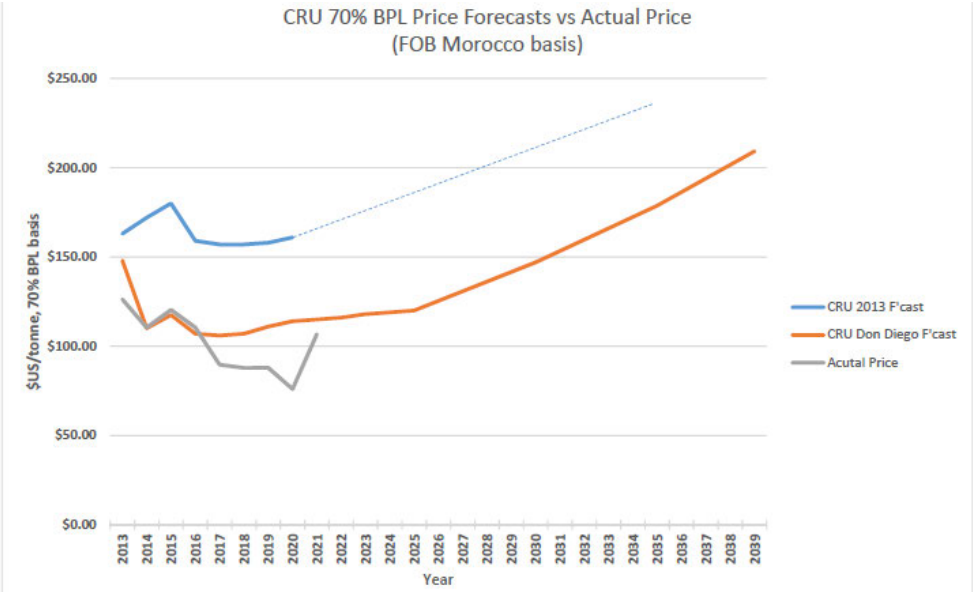
658. En cualquier caso, es importante tener presente que proyectar precios a un futuro distante es una tarea muy difícil e imprecisa. Esto es evidente a partir del gráfico elaborado por WGM en el que se compara el pronóstico elaborado por CRU para el Proyecto Arianne Phospate en 2013 (azul), el pronóstico para el Proyecto Don Diego (naranja) y los precios observados disponibles (gris). El gráfico demuestra que ambos pronósticos de CRU sobreestimaron el nivel de precios por margen significativo:

1074 *Id.*, ¶ 12.

1075 Prueba de ácido de Jacobs Engineering, p. 2. **C-0469**. El texto original en inglés señala: "conducted according to Jacob's standard testing procedure, but rather as a very small scale experiment."

1076 Segundo Informe de CRU, p. 7. Énfasis en el original.

1077 Primer Informe de WGM ¶ 87, primera viñeta.



659. Diferentes opiniones periciales sobre variables tan importantes como el precio del producto, seguramente tendrán un impacto significativo en la opinión de un comprador hipotético. El análisis de precios de WGM arroja resultados que están aproximadamente un 50% por debajo de las estimaciones de CRU. La Demandada sostiene que cualquier comprador razonablemente informado que se enfrente a opiniones periciales tan divergentes en una de las variables clave en cualquier análisis DCF, se vería renuente a confiar en esta metodología para estimar el valor del Proyecto o descontaría los flujos de efectivo proyectados a una tasa considerablemente mayor de lo que lo hace Compass Lexecon.

e. Financiamiento

660. Otro factor que los tribunales internacionales toman en consideración para determinar si un análisis DFC es apropiado es la existencia de fuentes de financiamiento adecuado. Como se señaló anteriormente en este escrito, el Proyecto necesitaba un financiamiento sustancial para convertirse en un negocio exitoso. Sin embargo, la Demandante no ha ofrecido evidencia para demostrar que habría tenido acceso a los recursos necesarios para transformar el Proyecto en un negocio en marcha. Incluso, el Sr. Gordon señala: "Odyssey was facing a cash crunch and badly needed an infusion to finance our ongoing operations."[1078]

661. En su segundo informe WGM ha identificado circunstancias adicionales que habrían hecho mucho más difícil para ExO asegurar mercados y financiamiento, incluyendo: un entorno de

[1078] Primera DT del Sr. Gordon, ¶ 67. Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 74.

financiamiento extremadamente difícil para las empresas mineras de fosfato jóvenes en el período de 2014 a 2016; el deterioro de las perspectivas de los precios de mercado de la roca fosfórica en el mismo período; las importantes expansiones de producción de los principales productores integrados de fosfato; y una disminución en el mercado de rocas de fosfato de libre comercio.[1079]

662. En vista de las extremadamente difíciles condiciones financieras y de mercado que enfrentaba el Proyecto, WGM considera que "any projections of project start-up and maximization of production capacity within the time period contemplated [redacted] and in the retrospective CRU market report are not credible."[1080]

f. Consideraciones operativas

663. En su segundo informe, el Sr. Gruber señala que el dragado de mineralización de fosfato no es un concepto nuevo. Si bien WGM acepta que la proposición puede ser cierta para las operaciones de dragado a pequeña escala en estanques artificiales poco profundos sin acceso a la costa en el interior de Florida, ese no es el caso para las operaciones de dragado en aguas profundas a gran escala en el océano abierto, como el que ExO pretendía implementar en México.[1081]

664. Como se explica en el segundo informe de WGM, el Sr. Gruber desestima como triviales los riesgos técnicos asociados con el Proyecto basándose en un análisis de ingeniería *post-hoc* de un proceso conceptual. Sin embargo, como indica WGM, la cantidad de pruebas para definir distribuciones de tamaño de partículas, tasas de recuperación y grados que se habían completado para la Fecha de Valuación fueron "extremely limited and at bench top level". En particular, no se habían procesado muestras representativas de material a granel a gran escala en operaciones de planta piloto que simularan flujos realistas, densidades de sólidos u otras condiciones del proceso.[1082] Sin esta información, es imposible evaluar adecuadamente el riesgo técnico.

665. WGM señala que incluso proyectos que han completado pruebas metalúrgicas, que están basados en procesos bien conocidos y que han sido diseñados por firmas consultoras experimentadas, han fracasado en la puesta en marcha. Como ejemplo, WGM ofrece el proyecto

---

1079 Segundo Informe de WGM, ¶ 28.

1080 *Id*.

1081 *Id.*, ¶ 70.

1082 *Id.*, ¶ 71.

de fosfato de *Elandsfontein* en Sudáfrica, el cual fracasó casi inmediatamente después de su puesta en marcha en 2017, y no ha vuelto a producir a pesar del importante trabajo de pruebas de proceso adicionales y el rediseño del esquema.[1083]

666. El Proyecto Don Diego enfrentaba muchos riesgos técnicos potenciales. WGM identifica por lo menos dos en su segundo informe, que están relacionados con la densidad de procesamiento y el ciclo del barco. Con respecto al primero, WGM explica que para mantener el compromiso asumido con la SEMARNAT de operar el proyecto con una sola descarga de residuos de la operación del barco FPSP al fondo del océano, era necesario controlar la densidad. Sin embargo, WGM considera que mantener la densidad en el rango requerido no es razonable conforme al esquema del proceso ("flowsheet").[1084] Con respecto al segundo, WGM observa que el programa de operaciones no parece incluir suficientes provisiones para los movimientos de barcos requeridos en el plan de operaciones para las condiciones climáticas promedio.[1085]

667. En relación con el punto anterior, la Demandada presenta junto con este escrito, un informe pericial elaborado por la firma Taut Solutions. Dicho informe explica que la Propuesta de Boskalis era preliminar y conceptual y, por lo tanto, no tenía el nivel de detalle, diseño y especificación de equipos necesario, ni consideraba provisiones necesarias para enfrentar contingencias como tormentas tropicales y otros detalles de la operación. Como ejemplo de estas omisiones se identifica la necesidad de utilizar buques de soporte y otras soluciones para el atraque del buque FPSP para poner en práctica una operación de esta naturaleza de una manera segura y en los tiempos previstos.[1086] Por ejemplo, el informe Taut advierte:

F. [redacted]

[redacted]

1083 *Id.*, ¶ 72.

1084 *Id.*, ¶ 79.

1085 *Id.*, ¶ 82, *et seq.*

1086 Informe de Taut Solutions, ¶ 8.

[redacted]

[redacted].[1087]

668. El perito en operaciones navales de la Demandada considera, además, que [redacted]

[redacted].[1088]

669. Por último, el perito de México señala que hay inconsistencias entre la Propuesta Boskalis [redacted]. El más evidente es el hecho de que [redacted] Esto genera dudas acerca de lo que incluye [redacted] bajo el encabezado "Proven Techonology and Process Assure Operation Success".[1089] La Demandada observa en este contexto que la Demandante no ha proporcionado una declaración testimonial de Boskalis que explique estas consideraciones del Proyecto.

1087 Informe de Taut Solutions, ¶ 15.F.

1088 Informe de Taut Solutions, ¶ 16.A.

1089 Informe de Taut Solutions, ¶ 10.

H. El segundo informe de Quadrant Economics

670. Esta sección ofrece un resumen no exhaustivo de los puntos principales que se abordan en el segundo informe de Quadrant.

1. Varias empresas en el pasado han intentado sin éxito explotar el yacimiento del Proyecto Don Diego

671. El segundo informe de Quadrant señala que los depósitos de fosfato en el área del Proyecto son conocidos desde hace más de 50 años y, a pesar de que al menos dos empresas han obtenido concesiones para explotar el depósito, nunca se ha desarrollado una operación comercial basada en ese yacimiento.[1090] El informe explica que Innophos, una de las empresas que obtuvieron concesiones en el área, y una de las empresas más grandes a nivel mundial en la manufactura de fosfato, realizó un gasto considerable para explorar la zona y tratar de desarrollar la operación. Sin embargo, tras gastar entre 10 y 15 millones de dólares en exploración, Innophos decidió no perseguir la oportunidad y abandonó sus concesiones en 2014.

672. El segundo informe de Quadrant también explica que el interés de Odyssey en Don Diego comenzó en una época en la que los precios del fosfato se encontraban en una tendencia al alza. Para fines de 2011, los precios se habían incrementado en 56% en el año y 117% comparado con los niveles alcanzados a inicios de 2010.[1091] Quadrant identifica esto como un importante hecho, ya que reducciones en los precios del mercado pueden descarrilar planes de desarrollo de proyectos mineros.[1092]

673. Todo esto habría sido considerado por un comprador hipotético debidamente informado para fijar el precio que habría estado dispuesto a pagar por el Proyecto en la Fecha de Valuación. En particular, se habría enterado de dos importantes empresas habían obtenido concesiones en la zona y estaban interesadas en explotar el yacimiento, y al menos una había invertido una suma considerable en exploración. No obstante la inversión de tiempo y dinero, dichos proyectos nunca se materializaron en una operación comercial y fueron abandonados.[1093]

1090 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶¶ 19-31.

1091 *Id.*, ¶ 33.

1092 *Id.*

1093 *Id.*, ¶ 34.

674. Cabe observar, por último, que lo anterior echa por tierra la teoría de la Demandante de que las técnicas de extracción y producción que pretendía utilizar no eran novedosas y empleaban tecnologías conocidas desde hace muchos años (*i.e.*, el dragado). La Demandada observa que, si ese fuera el caso, tanto PhosMex como Innophos (las dos empresas que habían obtenido concesiones en la zona) habrían podido contratar los servicios de empresas como Boskalis y llevar a buen puerto sus respectivos proyectos con relativa facilidad. Asimismo, como lo observa WGM en su segundo informe, no es cierto que el Proyecto estuviese basado en "comercial off the shelf technologies and equipment", como lo señala el Sr. Fuller. WGM específicamente se refiere al pretendido uso de la denomina unidad "deeptrail", la cual era una tecnología en desarrollo.[1094]

2. El enfoque de mercado es el enfoque correcto dado el nivel de desarrollo del Proyecto Don Diego

675. Con base en el estado de desarrollo del Proyecto, en la opinión técnica de WGM, en la guía proporcionada por los lineamientos CIMVAL y VALMIN y en la propia evidencia de la Demandante, Quadrant concluye que el Proyecto aún se encontraba en la etapa de exploración y reafirma que el enfoque de valuación correcto en este caso es el enfoque de mercado.[1095]

676. En particular, Quadrant sostiene que la metodología de capitalización de mercado –*i.e.*, uno de los métodos bajo el enfoque de mercado– se puede utilizar de manera confiable para determinar el valor del Proyecto porque Odyssey era una empresa que cotizaba en bolsa y se dedicaba principalmente al desarrollo del Proyecto. Por consiguiente, los movimientos en el precio de sus acciones antes y después de la denegación de la MIA son un buen indicador del valor de las acciones de Odyssey en ExO.[1096]

677. Quadrant reitera también que la metodología DCF no es apropiada en este caso porque el Proyecto no era una empresa en funcionamiento a la Fecha de Valuación y no había establecido Reservas ni asegurado un mercado para su producto. Además, documentos esenciales como un FS o acuerdos de compra potenciales de respaldo (OTAs) no están disponibles y, por lo tanto, cualquier intento de modelar los flujos de efectivo futuros sería completamente especulativo y

---

1094 Segundo Informe de WGM, ¶ 43(i).

1095 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶¶ 88-89.

1096 *Id.*, ¶ 90.

poco confiable.[1097] El Dr. Flores (de Quadrant Economics) señala que es común emplear el método DCF para valuar proyectos en una etapa más avanzada de desarrollo (como se indica en CIMVAL y VALMIN) respecto de los cuales existe información suficiente para proyectar resultados –*i.e.*, un historial de operaciones rentables.

678. Quadrant insiste en que las Directrices del Banco Mundial sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa (Directrices del BM) siguen siendo relevantes y se ajustan a las prácticas comerciales actuales.[1098] Como prueba de lo anterior, alude a un caso reciente en el que el Dr. Flores actuó como experto en daños para la parte demandada y en el que el tribunal concluyó sobre la base en las Directrices del BM que: "a DCF valuation may be suited to assess the FMV of a going concern with a proven record of profitability" y "as confirmed by a consistent line of cases, DCF is generally inappropriate if the company is not a going concern and lacks an established record of profitability."[1099]

679. Quadrant también discrepa con la dependencia de Compass Lexecon en la información contenida [redacted] en ausencia de estudios que lo corroboren (*e.g.*, PFS, FS, OTA), una evaluación técnica que demuestre la existencia de Reservas o incluso una valuación contemporánea de un tercero independiente.[1100] Todo lo que ExO tenía en ese momento en términos de evidencia de viabilidad económica era un modelo DCF [redacted] que se preparó internamente y, como se señaló anteriormente, parece haber sido desarrollado con el propósito de obtener capital, no con fines de valuación.[1101]

3. La valuación ajustada de Quadrant

a. Valuación basada en la capitalización de mercado de Odyssey

680. Quadrant ofrece una valuación alternativa basada en el valor de capitalización de Odyssey. Como se explica en su segundo informe, este enfoque tiene la ventaja de basarse en una evaluación contemporánea de la empresa por parte de los inversionistas que participan en el mercado, e

---

1097 *Id.*, ¶¶ 91 *et seq.*

1098 *Id.*, ¶ 96-103.

1099 *Id.*, ¶ 101.

1100 *Id.*, ¶¶ 104.

1101 *Id.*, ¶¶ 104-106.

incorpora no solo el valor atribuible a las Fases I y II del Proyecto sino también cualquier valor estratégico percibido por el mercado.[1102]

681. El segundo informe de Quadrant explica que la capitalización de mercado de Odyssey se mantuvo relativamente estable en la primera mitad de 2016, salvo por las seis semanas antes de la denegación de la MIA, en las que el valor de la acción de Odyssey se incrementó sustancialmente. Dado que dicho incremento no parecía estar relacionado con el Proyecto, Quadrant inicialmente estimó el valor de la participación de Odyssey en el Proyecto sobre la base del valor de capitalización de Odyssey inmediatamente antes de dicho incremento en el precio de la acción.[1103]

682. En su segundo informe pericial, Compass Lexecon critica el supuesto utilizado por Quadrant y argumenta que el incremento en el precio de la acción de Odyssey en las semanas previas a la denegación de la MIA estaba directamente relacionado con las expectativas positivas del mercado sobre la aprobación de la MIA. En apoyo a esta postura cita diversos documentos que incluyen dos comunicados de prensa del 22 y 24 de marzo, un reporte ante la SEC del 20 de marzo de 2016 y una conferencia telefónica con analistas.[1104]

683. Quadrant explica que no es claro que estos documentos expliquen el comportamiento del valor de capitalización de Odyssey antes de la Fecha de Valuación, sin embargo, reconoce que los artículos periodísticos publicados con posterioridad a la Fecha de Valuación, que Compass Lexecon cita en su segundo informe, apoyan la idea de que el valor de capitalización de Odyssey inmediatamente antes de la denegación de la MIA incorporaba: "market expectations of a positive MIA permit decision."[1105]

684. En virtud de lo anterior, en su segundo informe, Quadrant ajustó la manera de estimar el valor atribuible al Proyecto a partir del valor de capitalización de Odyssey. La nueva valuación de Quadrant se basa en la diferencia entre el valor de capitalización de la empresa en la Fecha de Valuación y el valor de capitalización que tenía antes del incremento en el precio de la acción ocurrido en semanas anteriores. Esto se explica en el siguiente pasaje:

1102 *Id.*, ¶ 109.

1103 *Id.*, ¶ 113.

1104 *Id.*, ¶ 115.

1105 *Id.*, ¶¶ 116-119.

[redacted]

[redacted].[1106]

685. Utilizando este enfoque, Quadrant concluye que el valor de la participación de Odyssey en el Proyecto era de [redacted] al 6 de abril de 2016.[1107] Alternativamente, para tomar en cuenta las fluctuaciones de corto plazo, el valor se puede obtener a partir de la diferencia entre el valor de capitalización promedio en el mes de abril previo a la Fecha de Valuación y la capitalización promedio en los cuatro días anteriores al 29 de febrero de 2016. El valor estimado de esta forma sería [redacted].[1108] Debido a que ambas variantes son válidas, Quadrant toma el promedio de estas dos estimaciones para fijar su postura de que el valor justo de mercado de la participación de Odyssey en ExO en la Fecha de Valuación es de [redacted].

686. El perito de daños de la Demandada señala también en su segundo informe que el valor al que llega se confirma a partir de dos eventos subsecuentes a la Fecha de Valuación. El primero es la reducción de [redacted] en el valor de capitalización que sufrió Odyssey inmediatamente después del anuncio de la denegación de la MIA el 11 de abril de 2016.[1109] El segundo evento fue el anuncio de la revocación de la denegación de la MIA por parte del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que ocurrió el 21 de marzo de 2018. Quadrant observa que el incremento en el valor de capitalización de Odyssey inmediatamente después de la revocación de la denegación de la MIA fue de [redacted].[1110] Ambos valores corroboran la estimación de Quadrant del valor del Proyecto. La siguiente gráfica tomada del segundo informe pericial de Quadrant ilustra este punto:

1106 *Id.*, ¶ 121.

1107 *Id.*, ¶ 110.

1108 *Id.*, ¶¶ 121-122.

1109 *Id.*, ¶ 124.

1110 *Id.*, ¶ 125.

[redacted]

687. El segundo informe de Quadrant también refuta las críticas de Compass Lexecon a su primer informe. Para evitar repeticiones innecesarias, la Demandante refiere al lector al segundo informe pericial de Quadrant, Sección B (¶¶ 127 *et seq*).

b. Estimación de los costos hundidos de la Demandante

688. Como se señaló en apartados anteriores, numerosos tribunales internacionales encargados de dirimir controversias surgidas de proyectos mineros no productivos han determinado los daños a partir de los costos hundidos de la parte demandante. Por esta razón, la Demandada solicitó a Quadrant estimar los costos hundidos de la Demandante.

689. La Demandante alega que el Proyecto ha incurrido en [redacted] en costos hundidos y [redacted] adicionales en costos de financiamiento al 31 de diciembre de 2020.[1111] Sin embargo, Quadrant, desde su primer informe señaló que había varias deficiencias alrededor de esta cifra. Por ejemplo: (i) los estados financieros de la empresa no están auditados; (ii) el cálculo de los gastos se deriva del estado de resultados y no se basa en desembolsos reales de efectivo; (iii) el 87% del gasto total, excluyendo costos financieros, se relaciona con pagos de administración inter-compañía; (iv) no hay soporte para los [redacted] en costos financieros, y (v) algunos costos se incurrieron después de la segunda denegación de la MIA.[1112]

1111 *Id.*, ¶ 156.

1112 *Id.*, ¶ 156.

690. En la opinión de Quadrant, los pagos intercompañía deben ser excluidos del análisis por dos razones: (i) no representan desembolsos reales y (ii) la Demandada no ha presentado ningún análisis que demuestre que estos pagos eran necesarios y razonables para avanzar con el Proyecto. Por consiguiente, el monto de los costos hundidos se debe reducir en [redacted].[1113]

691. Quadrant también opina que se deben eliminar los llamados "mark-ups" entre compañías. El perito de la Demandada observa que, de acuerdo con los documentos provistos por Compass Lexecon, OMEX (Odyssey Marine Exploration) recibía las facturas de los distintos prestadores de servicios y posteriormente, enviaba facturas trimestrales a ExO en las que agrupaba todos estos costos. Esto es razonable, sin embargo, Quadrant detectó cargos adicionales que no se relacionan con servicios prestados por terceros. Por ejemplo, en el tercer trimestre de 2013 OMEX añadió un "mark-up" o cargo extra a OMO (*i.e.*, Oceanica Marine Operations) y OMO, a su vez añadió un segundo "mark-up" al presentarle la factura a ExO. Estos "mark-ups" deben ser eliminados porque son producto de decisiones de organización del grupo corporativo y no reflejan las necesidades del Proyecto. Con base en lo anterior, Quadrant estima que se deben excluir [redacted] adicionales del cómputo de costos hundidos.[1114]

692. El Dr. Flores también es de la opinión que los costos hundidos deben excluir los costos de financiamiento que representan más de la mitad del total. Esto en razón de que no se trata de un gasto estrictamente necesario para el Proyecto. Pero incluso si se determinara que los costos de financiamiento deben ser incluidos, el Dr. Flores explica que se debe excluir el costo de financiamiento entre partes relacionadas (*i.e.*, entre ExO y OMEX). Por ejemplo, el Dr. Flores señala que, de acuerdo con una nota de septiembre de 2015, ExO tenía que pagar interés a una tasa del 18% a OME (Oceanica Marine Enterprises) que se encuentra muy por encima de la tasa de mercado. Asimismo, no hay evidencia de que los pagos de interese se hayan realizado. Por todo lo anterior, el Dr. Flores concluye que se deben excluir [redacted] correspondientes a costos de financiamiento del total de costos hundidos.[1115]

693. Por último, Quadrant señala que el monto de costos hundidos de la Demandante incluye gastos realizados después de la Fecha de Valuación (en algunos casos hasta cuatro años después

---

1113 *Id.*, ¶¶ 159-160.

1114 *Id.*, ¶¶ 161-164.

1115 *Id.*, ¶¶ 165-170.

de la denegación de la MIA) y que algunos de estos gastos incluyen además costos de financiamiento. La Demandante no ha explicado por qué incurrió en estos costos. Asimismo, Quadrant observa que algunos gastos lejos de reducirse se incrementaron con posterioridad a la denegación de la MIA. Una posible explicación es que estos costos y gastos incluyen costos incurridos a raíz de este arbitraje.[1116]

694. Con base en lo anterior, Quadrant estima el monto total de costos hundidos a la Fecha de Valuación en [redacted], y [redacted] a la fecha de la segunda denegación de la MIA.[1117]

c. Los análisis DCF y ROV de Compass Lexecon no son razonables y sobreestiman el valor de ExO

695. Además de las razones ofrecidas en apartados anteriores que militan en contra del uso de un DCF para valuar los daños en este caso, Quadrant tiene varias observaciones y críticas al modelo de Compass Lexecon. Todas estas críticas se atienden en los Anexos A y B del segundo informe de Quadrant y no se atenderán en este escrito para evitar repeticiones innecesarias. Se invita al Tribunal a revisarlo con cuidado y a tenerlo en cuenta en su decisión.

I. La valuación de Agrifos debe ser desestimada

696. La Demandante ha presentado otro informe pericial con su Memorial de Réplica que pretende ofrecer una valuación alternativa basada en el enfoque de mercado. La Demandada objeta la presentación tardía de esta prueba debido a que pudo y debió haberse presentado con el Memorial de Demanda. No obstante, ha solicitado a su experto en daños que se pronuncie sobre esta nueva valuación elaborada por Agrifos y, dado que el informe de Agrifos también contiene numerosas críticas al primer informe de WGM, la Demandada también ha solicitado a sus expertos en industria minera responder a estas críticas.

697. La valuación de Agrifos se basa en transacciones comparables. La idea detrás de este tipo de análisis es obtener un múltiplo (a menudo una razón como la EV/EBITDA/) y luego aplicarlo al caso en cuestión para derivar el valor. En este caso particular, la valuación de Agrifos primero deriva un precio implícito por tonelada que obtiene a partir de dos transacciones "comparables", y

---

1116 *Id.*, ¶¶ 171-173.

1117 *Id.*, ¶ 174.

luego deriva el valor del Proyecto multiplicando el precio obtenido por el volumen de Recursos Medidos, Indicados e Inferidos identificados en [redacted].

698. Agrifos introduce subjetividad al análisis de dos formas: *primero*, a través de la selección de transacciones que involucran otros proyectos que considera comparables al Proyecto Don Diego, cuando en realidad no lo son; *y segundo*, a través de una serie de ajustes injustificados. Sin embargo, antes de abordar estos problemas, la Demandada desea dirigir la atención del Tribunal a dos cuestiones importantes que invalidan de entrada el análisis.

699. La primera es que, al igual que la valuación de Compass Lexecon, la valuación de Agrifos se basa en el supuesto de que la MIA se habría concedido.[1118] De hecho, esta es una de las razones por las que Agrifos rechaza comparables de gran relevancia como los proyectos *Sandpiper* y *Chatham Rise*, que son los únicos otros dos proyectos de fosfato costa afuera en el mundo.[1119] Como se explicó en apartados anteriores, suponer un resultado positivo en la solicitud de la MIA es incompatible con la medida de compensación aplicable que originalmente propuso la Demandante.

700. En segundo lugar, como se señaló en el segundo informe de Quadrant, Agrifos no ha presentado documentación de respaldo para su análisis y, por lo tanto, no puede ser verificado.[1120] Datos no corroborados de transacciones privadas no se pueden utilizar para determinar daños en un arbitraje internacional porque niega a la parte demandada la oportunidad de impugnar la evidencia y presentar una defensa adecuada contra la reclamación. Se observa además que el informe de Agrifos se presentó después de la ronda de solicitud de documentos, de tal manera que la Demandada no ha tenido la oportunidad de solicitar documentos para controvertir el informe de Agrifos. Por estas razones, el informe debe rechazarse en su totalidad.

701. Pasando propiamente al análisis de Agrifos, Quadrant observa que Agrifos no solo ha rechazado comparables relevantes, sino que ha aceptado otros que son claramente inapropiados.

1118 Informe de Agrifos, ¶ 6.

1119 *Id.*, nota al pie 2 y ¶ 44.

1120 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 255.

Agrifos comienza con una muestra de nueve proyectos y, tras pretender analizar su comparabilidad, termina con una muestra de dos: las transacciones *Baobab* y *Hinda*.[1121]

702. Agrifos utiliza la transacción Baobab que consistía en una mina de fosfato a cielo abierto que estaba casi lista para entrar en producción. En contraste, el Proyecto Don Diego no estaba siquiera cerca de la etapa de producción en la Fecha de Valuación.[1122] El proyecto Baobab también tenía un CAPEX inicial relativamente bajo (USD $15 millones) y un breve periodo de proyección de cerca de un año. Por el contrario, de acuerdo con la Demandante, el Proyecto Don Diego habría requerido de USD $236 millones en CAPEX y tres años para iniciar operaciones. Incluso si estos dos proyectos fueran comparables (*quod non*), no estarían en una etapa comparable de desarrollo.[1123]

703. La segunda transacción comparable utilizada por Agrifos es la transacción Hinda relativa a un proyecto de fosfato en la República del Congo. Agrifos admite que esta fue una transacción privada y que tuvo conocimiento de sus términos por una de las contrapartes. Quadrant indica acertadamente que la información, por tanto, no es verificable y constituiría un testimonio de oídas ("hearsay") inadmisible.[1124]

704. Adicionalmente a las fallas relativas a la selección de transacciones comparables, Agrifos injustificadamente expande el volumen de los recursos minerales del Proyecto Don Diego al incluir la expansión del norte. WGM señala: "[t]he only independent estimate of the deposit as of the Valuation Date is that of Mr. Lamb (C-0084) which estimated tonnage and grade at a combined Measured, Indicated and Inferred level of 493.6 million tonnes "ore" grading [redacted]".[1125]

705. Al incluir la expansión del norte, Agrifos incrementa artificialmente el volumen de recursos del Proyecto en un [redacted]. Asimismo, deberá tenerse en cuenta que la cifra de [redacted] incluye también [redacted] de Recursos Inferidos (aproximadamente 40% del total) los

---

1121 *Id.*, ¶¶ 252-253.

1122 *Id.*, ¶ 257.

1123 *Id.*, ¶ 259.

1124 *Id.*, ¶¶ 260-261.

1125 Segundo Informe de WGM, ¶ 99.

cuales, como se indicó previamente, tienen el nivel más bajo de confianza geológica y nunca se incluyen en el análisis financiero.[1126]

706. Asimismo, WGM identifica los siguientes problemas adicionales:

- "the size and grade of the deposit. The only independent estimate of the deposit as of the Valuation Date is that of Mr. Lamb (C-0084) which estimated tonnage and grade at a combined Measured, Indicated and Inferred level of 493.6 million tonnes "ore" grading [redacted] . Agrifos's resource summary incorrectly incorporates assumptions not in evidence as of the Valuation Date".[1127]
- "Agrifos incorrectly assumes a significantly longer mine life for the proposed Phase 1 of the Don Diego project, contrary to the [redacted]"[1128];
- "• Agrifos incorrectly assumes a ready market for phosphate rock from the Don Diego project. As of the Valuation Date, no independent market analysis of the potential market had been undertaken; nor had any potential customers been definitively identified and interest confirmed by meaningful sampling and/or letters of intent to purchase product";[1129]
- "• Agrifos incorrectly assumes that all engineering and operational issues related to phosphate mining, beneficiation and shipping had been resolved or could be resolved at minimal time and expense and thus the Don Diego project was at a significantly more advanced stage of development than was the fact";[1130]
- "• Agrifos fundamentally misunderstands WGM's comparison of Egyptian phosphate rock prices to those potentially available to the Don Diego product. The WGM analysis is not based on the Egyptian price as a benchmark, but on comparison of Egyptian phosphate rock quality and market opportunities to those potentially available to the Don Diego project; i.e. supply of a range of phosphate rock grades having similar chemical attributes and selling into the spot market"[1131]
- "Agrifos has assumed a [redacted] control premium for the selected comparable transaction, with no substantive support for this supposition".[1132]

707. Por último, pero no menos importante, Agrifos aplica primas subjetivas, injustificadas y no respaldadas a sus resultados, tales como una prima de control de [redacted]. Quadrant observa que eliminando esas primas y restringiendo los volúmenes de recursos a los mismos niveles

---

1126 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 263.

1127 Segundo Informe de WGM, ¶ 99

1128 *Id*.

1129 *Id*.

1130 *Id*.

1131 *Id*.

1132 *Id.*

considerados inicialmente por Compass Lexecon, los resultados de Agrifos se reducirían casi a la mitad.[1133]

J. La prima de [redacted] por cuenta del presunto valor estratégico del Proyecto es completamente especulativa y carece de soporte

708. La Demandante incrementa su reclamación de daños mediante la inclusión de una prima por el presunto valor estratégico del Proyecto. Esta prima que asciende a [redacted] se añade al resultado obtenido por Compass Lexecon.

709. En su Memorial de Contestación, la Demandada hizo notar que el perito de daños de la Demandante no la consideró en su valuación y, por lo tanto, la única evidencia que apoya la inclusión de esta prima del [redacted] era la declaración testimonial del Sr. Longley.[1134] Esto no fue desmentido por la Demandante.

710. En el Memorial de Réplica, la Demandante argumenta que "expertos como CRU describen participantes específicos del mercado como Agrium que probablemente serían inversores motivados por preocupaciones estratégicas"[1135] y que "[c]uando se combina [redacted] [...] esto indica la probabilidad de que una prima que podría ser capturada por Odyssey basada en características geopolíticas o geográficas del yacimiento que se alinee con los intereses estratégicos de un adquirente."[1136]

711. La Demandante explica también que la prima no se incluyó en la valuación de Compass Lexecon porque este tipo de primas no serían capturadas en un análisis DCF, ya que involucra cálculos de valor por parte del adquiriente que no están incluidos en los flujos de efectivo.[1137]

712. La Demandada tiene dos observaciones al respecto. La primera es que el concepto de valor estratégico es distinto al de valor justo de mercado y, como se ha analizado ya, la medida de compensación propuesta por la Demandante es el <u>valor justo de mercado</u> de la inversión determinado inmediatamente antes de la denegación de la MIA. La diferencia fundamental entre

---

1133 Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 264.

1134 Memorial de Contestación, ¶ 705.

1135 Memorial de Réplica, ¶ 554.

1136 *Id.*, ¶ 555.

1137 *Id.*, ¶ 556.

el valor estratégico y el valor justo de mercado es que el segundo no incluye sinergias que un comprador o vendedor potencial podrían obtener a partir de la inversión. En otras palabras, el VJM mide el valor de la inversión como una operación independiente, y no el valor que dicha inversión tendría para un comprador o vendedor específico.

713. La Demandante no ha identificado ningún comprador potencial que estuviese dispuesto a pagar una prima del [redacted] por el Proyecto a cuenta del presunto valor estratégico del mismo. Especular que Agrium o alguien más habría estado dispuesto a pagar esa prima adicional iría en contra del principio de certidumbre razonable que implica evitar la especulación desmedida en la estimación de los daños.

714. Por otra parte, como lo señala Quadrant en sus dos informes, el valor de capitalización ("market capitalization") que Quadrant utiliza, toma en cuenta tanto el VJM de las Fases I y II, como cualquier valor estratégico percibido por los participantes del mercado.[1138]

K. Los daños reclamados por la presunta "oportunidad perdida" son igualmente especulativos y carecen de soporte

715. La Demandante añade [redacted] a la valuación de daños de Compass Lexecon por cuenta de la presunta "oportunidad perdida" de explorar y desarrollar partes del yacimiento del Proyecto Don Diego que no fueron incluidas en el informe NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb.[1139] La Demandante argumenta que México, al denegar la MIA, injustamente privó a ExO de la oportunidad de comenzar una campaña adicional de exploración para cuantificar, caracterizar y explotar los recursos no explorados en sus concesiones.[1140]

716. La Demandante argumenta que tribunales internacionales y tribunales de arbitraje comercial han otorgado daños por la pérdida de la oportunidad de generar utilidades sin importar las dificultades que pudiesen existir para determinar el valor perdido. En apoyo a sus pretensiones, la Demandante cita los casos: *Gemplus v México*, *Southern Pacific Properties v. Egypt*, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania* y *Bilcon v. Canada*.

1138 Segundo Informe de Quadrant Economics, fn, 130. *Véase* también: Primer Informe de Quadrant Economics, ¶ 49.

1139 Memorial de Demanda, ¶ 418.

1140 Memorial de Réplica, ¶ 567.

717. La Demandada reitera que esta parte de la reclamación carece por completo de mérito. Si la valuación de la Demandante por medio de un DCF es especulativa por las razones expuestas en apartados anteriores, valorar en más de [redacted] la presunta "oportunidad perdida" no es más que una fantasía. La Demandante no ha demostrado siquiera el volumen que técnica y económicamente era posible extraer de las áreas exploradas. Suponer la existencia, características y viabilidad técnica y económica de extraer mayores volúmenes en las áreas exploradas y no exploradas sería un ejercicio basado exclusivamente en la especulación y, por lo tanto, sería inaceptable como fundamento de un laudo de daños.

718. El monto reclamado por la Demandante en esta categoría de daños se basa además en un cálculo muy rudimentario elaborado por el Sr. Longley, quien no es un perito en daños y, aún si lo fuera, no sería un perito independiente. El hecho es que esta parte de la reclamación de daños no está respaldada por evidencia pericial de ningún tipo.

719. El cálculo del Sr. Longley se basa en simples conjeturas. Primero estima el volumen de recursos adicionales bajo el supuesto de que las áreas no exploradas contienen un volumen similar de roca fosfórica al de las áreas exploradas. Este primer supuesto carece de fundamento y de respaldo. Posteriormente, descuenta el volumen obtenido en un 60% y multiplica el resultado por un precio que él juzga "razonable".[1141] Se reitera que no hay respaldo para el volumen estimado, ni para el descuento, ni para el precio, pues se desconocen las características y calidad del producto (*e.g.*, el contenido de P2O5) que, en su caso, podría haber sido extraído y procesado a partir del mineral localizado en las áreas no exploradas.

720. Adicionalmente se desconocen los costos asociados a la extracción de estos recursos minerales. Se recordará que la Propuesta de Boskalis (que no incluía estas nuevas zonas) era preliminar y, como tal, ni siquiera tiene el nivel de confianza necesario para estimar los costos operativos y CAPEX correspondientes a la explotación de las zonas exploradas con un grado de certeza razonable. Si la estimación de costos de operación y requerimientos de capital es inadecuada para las zonas exploradas, con mayor razón lo sería para las zonas no exploradas a una profundidad mayor.

[1141] Segunda DT de Sr. Longley, ¶¶ 7-9.

721. Con respecto a los antecedentes citados por la Demandante en apoyo a su teoría de oportunidad perdida, éstos claramente no apoyan su postura. En todos estos casos, el tribunal rechazó el uso de un DCF para calcular los daños y utilizó la "oportunidad perdida" como un medio para compensar a la parte demandante por la violación. En ningún caso se utilizó este criterio de valuación para suplementar una determinación de daños, como aparentemente solicita la Demandante.

L. Intereses

722. Compass Lexecon sostiene que, para compensar completamente a la Demandante, los intereses deben ser calculados a una tasa que refleje los costos financieros incurridos por un inversionista típico en un proyecto minero pre-operativo en México.[1142] Conforme a esta idea, propone la utilización del costo de capital promedio ponderado (WACC) que se ubica en 13.95%.[1143]

723. La Demandada observa antes que nada que la aplicación de esta increíblemente alta tasa no tendría precedentes en el arbitraje inversionista-Estado. A saber de la Demandada, ningún tribunal arbitral ha determinado intereses pre o post-laudo sobre la base del WACC del inversionista. De hecho, el Dr. Flores refiere a un caso en el que él se desempeñó como perito de daños en el que el tribunal determinó que el WACC "no era una medida apropiada para intereses" porque "refleja una variedad de riesgos asociados a hacer negocios."[1144]

724. Como se explicó en el segundo informe de Quadrant, el WACC de Odyssey "includes business risks in the mining industry and is not suitable to calculate interest in this Arbitration, as a potential award of damages will not have been subject to those risks."[1145] Quadrant explica además: "from an economic perspective, interest on compensation makes a claimant whole for the time value of money from the valuation date to the date the compensation is paid"[1146] y "[i]f one were to apply an interest rate that is the same as the WACC in the mining industry, then one would

---

1142 Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 161.

1143 *Id.*

1144 Second Report Quadrant Economics, ¶ 181, citando a *Vestey v. Venezuela.*

1145 Segundo informe de Quadrant Economics, ¶ 176.

1146 *Id.*, ¶ 181.

be compensating the investor for business risks the claimant did not bear, thereby granting the investor a windfall."[1147]

725. El Artículo 1110(4) del TLCAN es claro: "[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." El WACC de Odyssey's WACC no es una tasa comercial para la deuda denominada en EE.UU. ni es razonable en este contexto. En respuesta al argumento de Compass Lexecon en el sentido de que el WACC es una tasa comercial porque inversionistas la utilizan para transar activos mineros, el Dr. Flores explica que esto es incorrecto y que nunca ha visto que alguien acepte diferir la recepción de dinero a cambio de un interés calculado de conformidad con un WACC.[1148]

V. SOLICITUD DE COSTOS

726. 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.

727. La Demandada tiene derecho a un laudo de costos a su favor por las siguientes razones: *i)* la Demandada no violó ninguna de sus obligaciones conforme al TLCAN; y *ii)* la Demandante ha presentado una reclamación carente de méritos con la única intención de obtener un indebido beneficio.

1147 *Id.*

1148 *Id.*, ¶ 179.

VI. CONCLUSIÓN

728. En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente a este Tribunal desestimar por completo las reclamaciones de la Demandante y la correspondiente determinación del pago de costos a favor de la Demandada, de conformidad con la solicitud de costos referida *supra*.

19 de octubre de 2021

Presentado respetuosamente

El Director General de Consultoría
Jurídica de Comercio Internacional

Orlando Pérez Gárate