

**EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN VIRTUD DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE**

-y-

**EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (1976)**

-entre-

ODYSSEY MARINE EXPLORATION, INC. (EE. UU.)

(“Demandante”)

y

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

(“Demandado”)

Caso CIADI No. UNCT/20/1

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. Felipe Bulnes Serrano, Árbitro Presidente
Dr. Stanimir Alexandrov, Árbitro
Prof. Philippe Sands, KC, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anna Toubiana, CIADI

Fecha de envío a las Partes: 17 de septiembre de 2024

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de Odyssey Marine
Exploration, Inc.:*

Sra. Rachel Thorn
Sr. Philip Bowman
Sr. Jorge Sarmiento
Sr. Jason File*
Cooley LLP
55 Hudson Yards
New York, N.Y. 10001
Estados Unidos de América

Sr. James Maton
Sr. Juan Nascimbene
Cooley (UK) LLP
22 Bishopsgate
London, EC2N 4BQ
Reino Unido

Sr. Henry G. Burnett
Sra. Jessica Beess und Chrostin
Sr. Cedric Soule
Sr. Marcio Vasconcellos
Sr. Viren Mascarenhas**
Sr. Enrique Molina **
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
New York, N.Y. 10036
Estados Unidos de América

Sr. Craig S. Miles
Sr. Kevin Mohr
Sr. Fernando Rodriguez Cortina
Sr. Arturo Oropeza
King & Spalding LLP
1100 Louisiana Street
Houston, T.X. 77002
Estados Unidos de América

*En representación de Los Estados Unidos
Mexicanos:*

Sr. Alan Bonfiglio Ríos
Sr. Rafael Rodríguez Maldonado
Sr. Rafael Alejandro Augusto Arteaga Farfán
Sra. Laura Mejía Hernández
Subsecretaría de Comercio Exterior
Dirección General de Consultoría Jurídica
de Comercio Internacional
Secretaría de Economía
Calle Pachuca No. 189, Piso 7
Col. Condesa, Demarcación Cuauhtémoc
Ciudad de México, 06140
Estados Unidos Mexicanos

Sr. Stephan E. Becker
Sr. Gary Shaw
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP
1200 17th Street NW
Washington, D.C. 20036
Estados Unidos de América

Sr. Greg Tereposky
Sr. Alejandro Barragán
Sra. Ximena Iturriaga
Tereposky & De Rose LLP
Suite 1000, 81 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario
K1P 6K7
Canadá

*Ya no es miembro de Cooley.

**Ya no es miembro de King & Spalding.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	1
III.	ANTECEDENTES DE HECHO	17
IV.	OBJECCIÓN JURISDICCIONAL DE MÉXICO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1117 DEL TLCAN31	
	A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE.....	31
	B. POSICIÓN DEL DEMANDADO	37
	C. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	39
V.	FONDO.....	45
	A. VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1105 DEL TLCAN.....	45
	(1) Posición de la Demandante	45
	a) Estándar de TJE.....	45
	b) México violó el estándar de TJE	54
	(2) Posición del Demandado	63
	a) Estándar de TJE.....	63
	b) México no violó el estándar de TJE	69
	(3) Análisis del Tribunal	79
	a) Estándar de TJE.....	79
	i) Conducta Arbitraria.....	83
	ii) Debido Proceso.....	84
	iii) Expectativas Legítimas.....	85
	iv) Umbral de la conducta para violar el estándar de TJE	87
	b) Violación del Deber de México de Otorgar Trato Justo y Equitativo según lo previsto en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN.....	90
	i) Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa.....	92
	ii) Las declaraciones de los Sres. Flores y Villa	100
	iii) Testimonios del Sr. Pacchiano	110
	iv) Evaluación de la credibilidad de los testimonios del Sr. Pacchiano	112
	v) La sentencia del TFJA.....	117
	vi) Denegación del Recurso de Revisión de ExO por parte de la SEMARNAT	124
	vii) Declaraciones de la SEMARNAT tras conocerse la sentencia del TFJA	128
	viii) Dictámenes y presentaciones de terceros	131
	ix) Conclusiones sobre la existencia de una violación del estándar de TJE	132
	B. OTROS INCUMPLIMIENTOS RECLAMADOS POR ODYSSEY	136
VI.	DAÑOS.....	137

A.	POSICIÓN DE LA DEMANDANTE.....	137
(1)	Estándar Legal.....	137
a)	Principio de Reparación Plena y Valor Justo de Mercado.....	137
b)	Fecha de Valuación.....	139
c)	Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar de Prueba.....	140
(2)	Cálculo de Daños.....	141
a)	Enfoque de Ingresos: DCF (Fase I) y ROV (Fase II).....	142
b)	Valor Estratégico del Proyecto.....	149
c)	Perdida de Oportunidad de ExO y de Odyssey.....	150
d)	Enfoque de Mercado: Transacciones Comparables al Proyecto Don Diego.....	151
e)	Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey.....	152
f)	Enfoque de Costos: Costos Hundidos.....	154
(3)	Intereses.....	155
(4)	Impuestos.....	156
B.	POSICIÓN DEL DEMANDADO.....	156
(1)	Estándar Legal.....	156
a)	Principio de Reparación Plena y VJM.....	158
b)	Fecha de Valuación.....	158
c)	Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar de Prueba.....	159
(2)	Cálculo de Daños y Perjuicios.....	161
a)	Enfoque de Ingresos: DCF (Fase I) y ROV (Fase II).....	162
b)	Valor Estratégico del Proyecto.....	171
c)	Perdida de Oportunidad de ExO.....	172
d)	Enfoque de Mercado: Transacciones Comparables al Proyecto Don Diego.....	173
e)	Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey.....	174
f)	Enfoque de Costos: Costos Hundidos.....	176
(3)	Intereses.....	177
(4)	Impuestos.....	177
C.	ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.....	178
(1)	Estándar Legal.....	178
a)	Principio de Reparación Plena y Valor Justo de Mercado.....	178
b)	Fecha de Valuación.....	180
c)	Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar Probatorio.....	182
d)	Reclamaciones en virtud de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN y Riesgo de Doble Recuperación.....	185
e)	La Inversión.....	187
(2)	Cálculo de los Daños y Perjuicios.....	188
a)	Valuación de la Indemnización por Daños y Perjuicios de la Demandante en virtud del Enfoque de Ingresos.....	188

b)	Enfoque de mercado: Transacciones Comparables con el Proyecto Don Diego	210
c)	Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey	216
d)	Enfoque de Costos: Costos Hundidos	219
e)	Valor Estratégico del Proyecto y Pérdida de Oportunidad de ExO y de Odyssey	228
(3)	Intereses	233
(4)	Impuesto	238
VII.	COSTAS	239
VIII.	LAUDO.....	242

TABLA DE ABREVIATURAS/TÉRMINOS DEFINIDOS SELECCIONADOS

Agrifos	Agrifos Partners LLC
AHMSA	Altos Hornos de México S.A. de C.V.
ARSIWA	Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional
Propuesta de Boskalis	Propuesta de minería emitida por Boskalis Offshore el 28 de mayo de 2013, intitulada <i>Don Diego Phosphate Mining Proposal</i>
	
CAPEX	Gastos de capital
<i>Fábrica de Chorzów</i>	<i>Caso Relativo a los Derechos de las Minorías en la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia) (CPJI) Fallo, 13 de septiembre de 1928</i>
CIEL	Centro de Derecho Ambiental Internacional
CIM	Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo
CIMVAL	Directrices y Normas sobre la Valoración de las Propiedades Minerales del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo
CONAPESCA	Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca
Concesión	Concesión minera obtenida por ExO el 28 de junio de 2012 otorgada por la Dirección General de Minas, sobre una extensión de 2.680 km ² frente a las costas de Baja California Sur en el Golfo de Ulloa
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación del Demandado de fecha 23 de febrero de 2021

DCF	Flujo de caja descontado
DGIRA	Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la SEMARNAT
DGM	Dirección General de Minas
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
ExO	Exploraciones Oceánicas, S. de R.L. de C.V.
TJE	Trato justo y equitativo
Primer Recurso	Primer recurso interpuesto por ExO ante el TFJA mediante el que demandó la nulidad de la Primera Denegatoria de la SEMARNAT, de fecha 27 de enero de 2017
Primera Denegatoria	Oficio de la SEMARNAT mediante el que rechazó la Nueva MIA de ExO, de fecha 7 de abril de 2016
VJM	Valor justo de mercado
FS	Estudio de factibilidad
Audiencia	Audiencia sobre Jurisdicción y Responsabilidad celebrada de manera virtual entre los días 24 y 29 de enero y el día 10 de mayo de 2022
CIADI o Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
MIA Inicial	Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO ante la SEMARNAT el 3 de septiembre de 2014
LGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental de fecha 5 de junio de 2018
LGRA	Ley General de Responsabilidades Administrativas de fecha 18 de julio de 2016
Memorial	Memorial de la Demandante de fecha 5 de septiembre de 2020

México o Demandado	Estados Unidos Mexicanos
MIA	Manifestación de Impacto Ambiental
MINOSA	Minera del Norte, S.A. de C.V.
MONACO	Monaco Financial, LLC
Mt	Millones de toneladas
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 17 de diciembre de 1992, y en vigor desde el 1 de enero de 1994
Nueva MIA	Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO ante la SEMARNAT el 21 de agosto de 2015
Notificación de Arbitraje	Notificación de Arbitraje presentada por Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE. UU.) en contra de los Estados Unidos Mexicanos el 5 de abril de 2019
Odyssey o Demandante	Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE. UU.)
OED	Fecha de vencimiento de la opción
OPD	Fecha de compra de la opción
OPEX	Gastos operativos
OTA	Contratos de extracción
PEA	Evaluación Económica Preliminar
PFS	Estudio de Prefactibilidad
RP1	Resolución Procesal No. 1 de fecha 23 de abril de 2020
RP4	Resolución Procesal No. 4 de fecha 25 de mayo de 2021
RP5	Resolución Procesal No. 5 de fecha 30 de agosto de 2021
Proyecto o el Proyecto Don Diego	Campaña de prospección y obtención de muestras de núcleo de ExO en el área de la

	Concesión que representó los primeros pasos para desarrollar la solución de ingeniería para extraer el mineral empleando técnicas de dragado
PTU	Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la Empresa
Recurso de Revisión	Recurso interpuesto por ExO ante la SEMARNAT mediante el que solicitó la revisión de la Primera Denegatoria, de fecha 29 de abril de 2016
Dúplica	Dúplica del Demandado de fecha 19 de octubre de 2021
Réplica	Réplica de la Demandante de fecha 30 de junio de 2021
Solicitud de Medidas Cautelares	Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante de fecha 2 de abril de 2021
ROV	Valoración de opciones reales
Segundo Recurso	Segundo recurso interpuesto por ExO ante el TFJA mediante el que demandó la nulidad de la Segunda Denegatoria de la SEMARNAT, de fecha 19 de agosto de 2019
Segunda Denegatoria	Oficio de la SEMARNAT mediante el que rechazó la Segunda MIA de ExO, de fecha 12 de octubre de 2018
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
TFJA	Tribunal Federal de Justicia Administrativa
Sentencia del TFJA	Sentencia del TFJA sobre el recurso interpuesto por ExO mediante la que se declaró la nulidad de la Primera Denegatoria de la MIA, de fecha 21 de marzo de 2018
Tribunal	Tribunal de arbitraje constituido el 3 de marzo de 2020 de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y el Artículo 1123 del TLCAN. Los miembros del Tribunal

	son: Felipe Bulnes (chileno), Presidente, nombrado por las partes; Stanimir Alexandrov (búlgaro), nombrado por la Demandante; y Philippe Sands (británico/francés/mauriciano), nombrado por el Demandado
Reglamento de la CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976
VALMIN	Instituto Australiano-Asiático de Minería y Metalurgia e Instituto Australiano de Geocientíficos
WACC	Costo Promedio Ponderado de Capital

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El caso versa sobre una controversia sometida en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 17 de diciembre de 1992, y en vigor desde el 1 de enero de 1994 (“**TLCAN**”), y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976 (el “**Reglamento de la CNUDMI**”). Por acuerdo de las partes, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) actúa como Autoridad Administradora de este procedimiento.
2. La demandante es Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE. UU.) (“**Odyssey**” o “**Demandante**”), sociedad constituida en el Estado de Nevada, Estados Unidos de América. Odyssey presenta esta reclamación en su propio nombre, así como en representación de Exploraciones Oceánicas, S. de R.L. de C.V. (“**ExO**”), sociedad mexicana constituida en el mes de marzo de 2012 como vehículo de la inversión de Odyssey en México.
3. El demandado es los Estados Unidos Mexicanos (“**México**” o “**Demandado**”).
4. La Demandante y el Demandado se denominarán en conjunto las “**partes**”. Los representantes de las partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página *i supra*.
5. Las síntesis incluidas en presente Laudo no pretenden ser descripciones exhaustivas de las alegaciones de las partes. El objetivo es, en cambio, proporcionar el contexto pertinente para el análisis y las conclusiones del Tribunal. No obstante, el Tribunal ha considerado minuciosamente todas las alegaciones formuladas por las partes.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 5 de abril de 2019, la Demandante presentó su notificación de arbitraje (“**Notificación de Arbitraje**”), mediante la que inició un procedimiento de arbitraje en contra de México.
7. De conformidad con el Artículo 1123 del TLCAN, la Demandante nombró al Dr. Stanimir Alexandrov, nacional de Bulgaria, y el Demandado nombró al Prof. Philippe Sands,

nacional de Francia y del Reino Unido¹, como árbitros en este caso. Mediante comunicación de 17 de octubre de 2019, la Demandante solicitó el nombramiento del árbitro presidente con arreglo al Artículo 1124(2) del TLCAN.

8. Mediante carta de fecha 18 de octubre de 2019, el Centro acusó recibo de la solicitud de nombramiento del árbitro presidente conforme a lo dispuesto por el Artículo 1124 del TLCAN formulada por la Demandante. En nombre de la Secretaria General, el Centro invitó además a las partes a considerar medios alternativos para la selección del árbitro presidente, entre ellos, el método mediante el cual las partes tachan y clasifican los nombres de los candidatos por orden de preferencia (*strike-and-rank*), la propuesta de candidatos o cualquier otro método acordado por las partes. Por último, de conformidad con el Arancel de Derechos del CIADI, el Centro transmitió las instrucciones relativas al derecho no reembolsable de USD 10.000 que debía acompañarse a la solicitud de nombramiento.
9. El 25 de octubre de 2019, la Demandante informó al Centro el acuerdo de las partes de utilizar el método de *strike-and-rank* para el nombramiento del árbitro presidente. Concretamente, las partes solicitaron que la lista propuesta por el CIADI incluyera siete (7) nombres de posibles árbitros para la selección de quien fuera a actuar como Presidente del Tribunal. Asimismo, las partes acordaron que los candidatos a árbitro presidente no debían pertenecer necesariamente a la Lista de Árbitros del CIADI y debían reunir las siguientes cualidades: (i) cumplir con las restricciones de nacionalidad establecidas en el Artículo 1124(3) del TLCAN; (ii) contar con experiencia previa como presidente de un tribunal de arbitraje; (iii) ser abogado (aunque no se requería que estuvieran ejerciendo su profesión en ese momento); y (iv) tener suficiente dominio de los idiomas inglés y español.
10. El 26 de octubre de 2019, el Demandado confirmó estar de acuerdo con dichas condiciones.
11. El 4 de noviembre de 2012, el Centro acusó recibo de la transferencia electrónica de la Demandante del derecho de designación establecido de USD 10.000.
12. El 20 de noviembre de 2019, de conformidad con el procedimiento convenido, el Centro proporcionó a las partes una lista de siete (7) candidatos para su consideración.

¹ Mediante correo electrónico de fecha 4 de marzo de 2021, el Prof. Sands informó a las partes que también era nacional de Mauricio desde el mes de octubre de 2020.

13. Mediante carta de fecha 6 de diciembre de 2019, el Centro acusó recibo de los formularios de *strike-and-rank* cumplimentados de las partes de fecha 5 de diciembre de 2019 e informó a las partes que, de conformidad con el Artículo 1123 del TLCAN, habían acordado nombrar al Prof. Jan Paulsson, nacional de Francia y Suecia, como árbitro presidente en este caso.
14. El 23 de diciembre de 2019, el Centro informó a las partes que, en virtud del acuerdo de estas, el procedimiento sería administrado por el CIADI y que el lugar del arbitraje sería Toronto, Canadá. La Demandante confirmó su acuerdo respecto de que el CIADI administrara el caso el 24 de diciembre de 2019 y el Demandado lo hizo el 9 de enero de 2020.
15. Mediante correspondencia de fecha 9 de enero de 2020, el Centro aceptó la solicitud y agradeció a las partes su confianza.
16. El 27 de enero de 2020, el Centro distribuyó a las partes los borradores de la Resolución Procesal No. 1 y las Condiciones de Nombramiento, tal como fueron aprobados por el Tribunal, e invitó a las partes a deliberar sobre las sugerencias incluidas en los borradores y modificar su contenido conforme lo consideraran conveniente y a presentar una propuesta conjunta donde informaran al Tribunal los acuerdos alcanzados o sus respectivas posiciones en los casos en los que no pudieran lograr un acuerdo. Además, tal como instruyó el Presidente del Tribunal, el Centro brindó ciertas aclaraciones en cuanto al régimen de honorarios de los árbitros establecido en las Condiciones de Nombramiento.
17. Mediante carta de fecha 7 de febrero de 2020, la Demandante informó al Centro el desacuerdo de las partes respecto del régimen de honorarios de los árbitros y *“respetuosamente solicit[ó] al Sr. Paulsson que confirme si acepta o no su cargo en cuanto sea posible. En el supuesto de que el Sr. Paulsson opte finalmente por rechazarlo, la Demandante solicita respetuosamente que el CIADI presente de manera expeditiva una nueva lista de posibles presidentes en consonancia con el acuerdo anterior de las Partes que estuvieran dispuestos a aceptar el arancel de derechos del CIADP”*. [Traducción del Tribunal]
18. El 12 de febrero de 2020, el Centro informó a las partes que, ante la falta de acuerdo respecto de los honorarios de los árbitros, el Prof. Paulsson rechazaba su cargo como

Presidente del Tribunal. Asimismo, invitó a las partes a deliberar acerca del método de su preferencia para seleccionar al reemplazo del Prof. Paulsson.

19. El 27 de febrero de 2020, la Demandante comunicó al Centro el método convenido para la selección del nuevo árbitro presidente. Específicamente, las partes “*volverían a la lista original de candidatos comunicada previamente por el Secretariado y volverían a clasificar y tachar los seis nombres restantes, conservando cada parte la posibilidad de tachar tres*” y “[s]i ese proceso no da como resultado un candidato común, las Partes solicitarán al Secretariado que comunique una nueva lista de siete nombres y seguiremos el mismo proceso que antes”. El 28 de febrero de 2020, el Demandado confirmó que estaba de acuerdo con el método. [Traducción del Tribunal]
20. El 2 de marzo de 2020, el Centro acusó recibo de los formularios de *strike-and-rank* cumplimentados de las partes y les informó que el Sr. Felipe Bulnes, nacional de Chile, era el candidato acordado para actuar como árbitro presidente en este caso.
21. Mediante carta de fecha 3 de marzo de 2020, el Centro informó a las partes que el Sr. Bulnes había confirmado su disponibilidad para actuar como Presidente del Tribunal y había aceptado que sus honorarios se basaran en el Memorando de Honorarios y Gastos del CIADI. Ese mismo día, se constituyó el Tribunal de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y el Artículo 1123 del TLCAN. Los miembros del Tribunal son: Felipe Bulnes (chileno), Presidente, nombrado por las partes; Stanimir Alexandrov (búlgaro), nombrado por la Demandante; y Philippe Sands (británico/francés/mauriciano), nombrado por el Demandado (el “**Tribunal**”). Ese mismo día, se notificó a las partes que la Sra. Anna Toubiana, Consejera del CIADI, fungiría como Secretaria del Tribunal.
22. Tras la invitación del Tribunal el 10 de marzo de 2020, las partes transmitieron su propuesta conjunta de borrador de Resolución Procesal No. 1 el 25 de marzo de 2020.
23. El 26 de marzo de 2020, el Centro informó a las partes que el Tribunal “*considera conveniente el tener la oportunidad de escuchar la posición de las Partes sobre los puntos en disputa*” mencionados en la propuesta conjunta y consultó la disponibilidad de las partes para celebrar una primera sesión.

24. Consecuentemente, el Tribunal celebró una primera sesión con las partes por videoconferencia el 17 de abril de 2020.
25. Tras la primera sesión, el 23 de abril de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 (“**RP1**”), que dejó constancia del acuerdo de las partes sobre las cuestiones procesales y del pronunciamiento del Tribunal respecto de las cuestiones controvertidas. La RP1 dispuso, *inter alia*, que los idiomas del procedimiento serían el español y el inglés y que el lugar del arbitraje sería Toronto, Canadá. La RP1 también estableció el calendario procesal acordado para el procedimiento.
26. El 5 de septiembre de 2020, la Demandante presentó su Memorial acompañado de las declaraciones testimoniales de Alberto Villa, Alfonso Flores, Claudio Lozano, Craig Bryson, Doug Clarke, John Longley, John Oppermann, Mark Gordon y Richard Newell; los informes periciales de Colm Sheehan, Compass Lexecon, CRU, Deltares, Federico Kunz, Glenn Gruber, Héctor Herrera, Ian Selby, Lomond & Hill, Sergio Francisco Flores Ramírez y Vladimir Pliego; los anexos documentales C-0001 a C-0227; y las autoridades legales CL-0001 a CL-0135 (“**Memorial**”).
27. El 23 de noviembre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 relativa a la confidencialidad de los documentos.
28. El 23 de febrero de 2021, el Demandado presentó su Memorial de Contestación acompañado de las declaraciones testimoniales de Benito Bermúdez, Rafael Pacchiano y Salvador Hernández; los informes periciales de Quadrant Economics, Solcargó-Rábago y WGM; los anexos documentales R-0001 a R-0157; y las autoridades legales RL-0001 a RL-0070 (“**Memorial de Contestación**”).
29. Mediante correo electrónico de fecha 4 de marzo de 2021, el Prof. Sands informó a las partes que también era nacional de Mauricio desde el mes de octubre de 2020.
30. El 2 de abril de 2021, la Demandante presentó una solicitud de medidas cautelares acompañada de la Declaración Jurada del Sr. Juan Nascimbene; los anexos documentales C-0228 a C-0344; y las autoridades legales CL-0136 a CL-0152 (“**Solicitud de Medidas Cautelares**”). En su Solicitud, la Demandante pidió al Tribunal que (i) prohibiera al Demandado contactarse con cualquiera de los testigos de la Demandante; (ii) evitara que

el Demandado divulgare información confidencial, incluidos los nombres y la identidad de los testigos; (iii) ordenara al Demandado a suspender toda investigación administrativa o de otro tipo, y acción o procedimiento en contra de los Sres. Villa y Flores; (iv) ordenara al Demandado a abstenerse de iniciar toda investigación administrativa o de otro tipo, y toda acción o procedimiento en contra de los testigos; y (v) ordenara al Demandado a ofrecer garantías respecto del hecho de que tomaría acciones para prevenir las represalias en contra de los Sres. Flores y Villa debido a su participación como testigos en este arbitraje.

31. El 6 de abril de 2021, tras una serie de intercambios entre las partes, estas presentaron una solicitud para que el Tribunal se pronunciara respecto de la exhibición de documentos.
32. El 23 de abril de 2021, conforme a la invitación del Tribunal, el Demandado presentó sus observaciones sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante, junto con los anexos documentales R-0158 y R-0159; y las autoridades legales RL-0071 a RL-0077. En sus observaciones, el Demandado confirmó que (i) no había investigaciones vigentes o actuales en contra de los Sres. Flores y Villa que estuvieran directamente relacionadas con este arbitraje; y (ii) las investigaciones ante el Órgano Interno de Control de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (“SEMARNAT”) y la Secretaría de Función Pública relacionadas con ellos, anteriores a este arbitraje y a la presentación del Memorial de la Demandante, habían concluido, salvo una relacionada con el Sr. Flores. El Demandado alegó además que las investigaciones pasadas o presentes que involucraron a los Sres. Flores y Villa no estaban relacionadas con este arbitraje y se iniciaron de manera previa al mismo.
33. En la misma fecha, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 relativa a la exhibición de documentos y ordenó a las partes que deliberaran y efectuaran una propuesta conjunta de Resolución Procesal sobre Confidencialidad en relación con los documentos exhibidos en respuesta a una solicitud de documentos pendiente del Demandado. La Demandante presentó el borrador de propuesta para que sea considerado por el Demandado y el Demandado posteriormente presentó su contrapropuesta.
34. El 25 de mayo de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante, mediante la cual rechazó la Solicitud sobre la

base de que, en función de las pruebas de que disponía, no estaba convencido de que el Demandado hubiera intentado contactarse con los Sres. Flores y Villa o divulgar la información confidencial del presente arbitraje.

35. El 30 de junio de 2021, la Demandante presentó su Réplica acompañada de las segundas declaraciones testimoniales de Alberto Villa, Alfonso Flores, Claudio Lozano, Craig Bryson, John Longley y Mark Gordon; los segundos informes periciales de Compass Lexecon, CRU, Federico Kunz, Glenn Gruber, Héctor Herrera, Ian Selby, Lomond & Hill, Sergio Francisco Flores Ramírez, Vladimir Pliego, y los informes periciales de Mining Plus y Agrifos; los anexos documentales C-0345 a C-0469; y las autoridades legales CL-0153 a CL-0219 (“**Réplica**”).
36. El 11 de agosto de 2021, las partes presentaron su borrador de propuesta conjunta de la Resolución sobre Confidencialidad y Compromiso y le solicitaron al Tribunal que tomara una decisión respecto de las disposiciones controvertidas que aún se encontraban pendientes.
37. El 18 de agosto de 2021, de conformidad con la Sección 18.3 de la RP1, la Demandante presentó una solicitud de autorización para incorporar al expediente una tarjeta informativa elaborada por la SEMARNAT, junto con los Anexos 1 a 3.
38. El 30 de agosto de 2021, el Tribunal emitió la Resolución sobre Confidencialidad y Compromiso en la Resolución Procesal No. 5 relativa a la confidencialidad de los contratos de los Sres. Flores y Villa que la Demandante había aceptado exhibir en respuesta a la Solicitud de Documentos No. 17 del Demandado.
39. Ese mismo día, el Demandado presentó sus observaciones sobre la solicitud de incorporación de la tarjeta informativa formulada por la Demandante el 18 de agosto de 2021, acompañadas de los anexos documentales R-0160 a R-0170.
40. Mediante carta de fecha 2 de septiembre de 2021, el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de la Demandante de 18 de agosto de 2021, mediante la que concedió autorización a la Demandante para incorporar la tarjeta informativa al expediente. En consecuencia, el 6 de septiembre de 2021, la Demandante incorporó los anexos documentales C-0470 a C-0473.

41. El 12 de octubre de 2021, el Centro de Derecho Ambiental Internacional (“CIEL”, por sus siglas en inglés) y la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale S.C.L. presentaron una solicitud conjunta de autorización para realizar una presentación en calidad de parte no contendiente (*amicus curiae*) conforme a la RP1, el calendario procesal y la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre Participación de Partes no Contendientes de fecha 7 de octubre de 2003. El 13 de octubre de 2021, el Centro acusó recibo de la solicitud y la transmitió a las partes y al Tribunal.
42. El 19 de octubre de 2021, el Demandado presentó su Dúplica acompañada de las segundas declaraciones testimoniales de Benito Bermúdez, Rafael Pacchiano y Salvador Hernández, las declaraciones testimoniales de Ernesto Acevedo, Hugo Romero, Jeffrey Seminoff y Juan Lozano; los segundos informes periciales de Quadrant Economics, Solcargó-Rábago y WGM, y los informes periciales del Grupo de Expertos de Tortugas Marinas, María Verónica Morales, Taut Solutions y Urban Viloría; los anexos documentales R-0160 a R-0211; y las autoridades legales RL-0078 a RL-0144 (“Dúplica”).
43. El 2 de noviembre de 2021, de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN, las Partes No Contendientes efectuaron sus presentaciones.
44. El 17 de noviembre de 2021, el Centro distribuyó un borrador de resolución procesal relativa a la organización de la audiencia e invitó a las partes “*a deliberar sobre los puntos abordados en el borrador de resolución y a modificar su contenido conforme lo [consideraran] conveniente*”. [Traducción del Tribunal]
45. El 19 de noviembre de 2021, las partes presentaron sus comentarios sobre la solicitud de autorización para realizar una presentación en calidad de parte no contendiente (*amicus curiae*) en nombre de CIEL y de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale S.C.L.
46. El 9 de diciembre de 2021, el Presidente celebró una audiencia preliminar con las partes para debatir cualquier asunto procesal, administrativo o logístico pendiente en preparación para la audiencia.

47. El 16 de diciembre de 2021, la Demandante presentó una solicitud de exclusión del Informe de Taut presentado junto con la Dúplica del Demandado, acompañada de las autoridades legales CL-0247 a CL-0252.
48. El 20 de diciembre de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 sobre su Decisión sobre la Solicitud de Autorización para Realizar una Presentación en Calidad de Parte No Contendiente (*amicus curiae*), mediante la cual denegó la solicitud de autorización. A la decisión se adjuntó la opinión disidente del Prof. Sands.
49. Ese mismo día, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 7 sobre la Organización de la Audiencia.
50. Tras la invitación del Tribunal, el 4 de enero de 2022, el Demandado presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Demandante para excluir el Informe de Taut, junto con la autoridad legal RL-0146.
51. El 14 de enero de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 8 con su Decisión sobre la Solicitud de la Demandante Para Excluir el Informe Pericial Presentado por Taut, mediante la cual rechazó la solicitud y concedió a la Demandante tiempo adicional en la audiencia para abordar sus observaciones al informe.
52. Mediante carta de fecha 19 de enero de 2022, la Demandante presentó una solicitud de autorización para incorporar un anexo adicional al expediente.
53. El 20 de enero de 2022, tras la invitación del Tribunal, el Demandado presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Demandante.
54. El 21 de enero de 2022, el Tribunal emitió su decisión sobre dicha solicitud y concedió de forma parcial la solicitud de incorporación de nuevos documentos al expediente formulada por la Demandante.
55. La Audiencia sobre Jurisdicción y Responsabilidad se celebró mediante videoconferencia entre los días 24 y 29 de enero de 2022 (la “**Audiencia**”). Participaron las siguientes personas:

Tribunal:

Felipe Bulnes

Stanimir Alexandrov

Philippe Sands

Presidente del Tribunal

Miembro del Tribunal

Miembro del Tribunal

Secretariado del CIADI:

Anna Toubiana

Secretaria del Tribunal

En representación de Odyssey Marine Exploration, Inc.:

Abogados

Rachel Thorn	Cooley LLP
James Maton	Cooley LLP
Phil Bowman	Cooley LLP
Jason File	Cooley LLP
Juan Nascimbene	Cooley LLP
Henry G. Burnett	King & Spalding
Viren Mascarenhas	King & Spalding
Craig Miles	King & Spalding
Kevin Mohr	King & Spalding
Fernando Rodríguez-Cortina	King & Spalding
Jorge Sarmiento	Cooley LLP
Lorenzo Sordi	Cooley LLP
Ashlesha Srivastava	Cooley LLP
Michael Bannon	Cooley LLP
Jennifer Jackson, Asistente Jurídica	Cooley LLP
Heather Ford, Asistente Jurídica	Cooley LLP
Derek Cole, Tecnología de Litigios	Cooley LLP
Jessica Beess und Chrostin	King & Spalding
Enrique Molina	King & Spalding
Arturo Oropeza	King & Spalding
Marcio Vasconcellos	King & Spalding
Alonso Gerbaud, Asistente Jurídico	King & Spalding
Valentina Benítez	King & Spalding
Mauricio Limón	Consorcio de Litigio Estratégico, Abogado de ExO
Enevy Elizalde Morales	Consorcio de Litigio Estratégico, Abogada de ExO

Representante de la parte

John Longley	Odyssey
--------------	---------

Testigos

Alberto Villa Aguilar
Claudio Lozano Guerra-Librero
Craig Bryson
Mark D. Gordon
Alfonso Flores²

² El 12 de enero de 2022, la Demandante informó al Tribunal y al Demandado que no se esperaba que el Sr. Flores pudiera prestar declaración durante las fechas de audiencia de los días 24 a 29 de enero de 2022

Peritos

Timothy Cotton
Lera Grandio
Pablo Spiller
Pablo López Zadicoff
Paola Gutiérrez
Evan Rodríguez
Isabel Bartmann
Michael Seelhof

Agrifos Partners LLC
Agrifos Partners LLC
Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon

En representación de México:**Abogados**

Orlando Pérez Gárate
Cindy Rayo Zapata
Francisco Diego Pacheco Román
Alan Bonfiglio Ríos
Antonio Nava Gómez
Rafael Rodríguez Maldonado
Stephan E. Becker
Alejandro Barragán
Rafael Alejandro Augusto Arteaga Farfán
Virginia Isabel Pérez del Castillo Pérez
Laura Mejía Hernández
Ximena Iturriaga Cossio
Natalia García Nieto
Miguel Ángel Jiménez Carrillo

Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía

Testigos

Rafael Pacchiano Alamán
Ernesto Acevedo Fernández
Hugo Gabriel Romero Martínez

Peritos

Gustavo Carvajal Isunza
Carlos Rábago Estela
Juan Pedro Machado Arias
Carlos Federico del Razo Ochoa
Jorge Gómez de Silva
Raquel Briseño Dueñas
Alberto Abreu
Agnese Mancini
Bryan Wallace
Alan Zavala
María Verónica Morales Zárate
Graham Curren

Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Secretaría de Economía
Grupo de Expertos de Tortugas Marinas
Grupo de Expertos de Tortugas Marinas
Grupo de Expertos de Tortugas Marinas
Grupo de Expertos de Tortugas Marinas
Grupo de Expertos de Tortugas Marinas
TTD SUBSEASE Centro de Investigaciones
Biológicas del Noroeste
Taut Solutions

debido a una enfermedad. En consecuencia, su interrogatorio tuvo lugar en la sesión celebrada el 10 de mayo de 2022.

Alan Taylor	Taut Solutions
Joe Hinzer	WGM
Donald Hains	WGM
Ross MacFarlane	WGM
Kurt Breede	WGM
Daniel Flores	Quadrant Economics
Brendan Moore	Quadrant Economics
Francisco Sánchez	Quadrant Economics
Iván López	Quadrant Economics
Iván Vázquez	Quadrant Economics
David Landers	Quadrant Economics

Partes No Contendientes en virtud del TLCAN

EE. UU.

Julia Brower	Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los EE. UU.
Nicole Thornton	Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los EE. UU.
Lisa Grosh	Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los EE. UU.
John Daley	Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los EE. UU.
Catherine (Kate) Gibson	Oficina del Representante Comercial de los EE. UU.
Patrick Childress	Oficina del Representante Comercial de los EE. UU.

Canadá

Jean-François Hebert	Abogado (Asuntos Globales/Departamento de Justicia de Canadá)
Camille Bérubé-Lepage	Abogada (Departamento de Justicia de Canadá)
Stefan Kuuskne	Abogado (Departamento de Justicia de Canadá)

Estenógrafos

David Kasdan	Estenógrafo en idioma inglés
Dante Rinaldi	Estenógrafo en idioma español

Intérpretes

Judith Letendre	Intérprete español-inglés
Sonia Berah	Intérprete español-inglés
Daniel Giglio	Intérprete español-inglés

Soporte Técnico

Mike Young	Sparq
------------	-------

56. El 24 de febrero de 2022, el Demandado presentó una solicitud de autorización para incorporar anexos adicionales al expediente.
57. Tras la invitación del Tribunal, el 3 de marzo de 2022, la Demandante indicó que no tenía objeciones al hecho de que el Demandado incorporara los anexos solicitados al expediente.
58. A la luz de la comunicación de la Demandante, el 21 de abril de 2022, el Tribunal concedió la solicitud del Demandado.
59. El 10 de mayo de 2022, el Tribunal celebró una sesión adicional de la Audiencia mediante videoconferencia para el interrogatorio del Sr. Flores. Participaron las siguientes personas:

Tribunal:

Felipe Bulnes	Presidente del Tribunal
Stanimir Alexandrov	Miembro del Tribunal
Philippe Sands	Miembro del Tribunal

Secretariado del CIADI:

Anna Toubiana	Secretaria del Tribunal
---------------	-------------------------

En representación de Odyssey Marine Exploration, Inc.:

Abogados

Rachel Thorn	Cooley LLP
James Maton	Cooley LLP
Phil Bowman	Cooley LLP
Jason File	Cooley LLP
Juan Nascimbene	Cooley LLP
Henry G. Burnett	King & Spalding
Viren Mascarenhas	King & Spalding
Fernando Rodríguez-Cortina	King & Spalding
Jorge Sarmiento	Cooley LLP
Jennifer Jackson, Asistente Jurídica	Cooley LLP
Julie Ruse, Especialista Principal Sénior en Tecnología de Juicios	Cooley LLP
Arturo Oropeza	King & Spalding
Mauricio Limón	Consorcio de Litigio Estratégico, Abogado de ExO

Representante de la parte

John Longley	Odyssey
--------------	---------

Testigo

Alfonso Flores	
----------------	--

En representación de México:

Abogados

Orlando Pérez Gárate	Secretaría de Economía
Cindy Rayo Zapata	Secretaría de Economía
Francisco Diego Pacheco Román	Secretaría de Economía
Alan Bonfiglio Ríos	Secretaría de Economía
Antonio Nava Gómez	Secretaría de Economía
Rafael Rodríguez Maldonado	Secretaría de Economía
Stephan E. Becker	Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP
Greg Tereposky	Tereposky & DeRose LLP
Alejandro Barragán	Tereposky & DeRose LLP
Rafael Alejandro Augusto Arteaga Farfán	Secretaría de Economía
Laura Mejía Hernández	Secretaría de Economía
Natalia García Nieto	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)

Peritos

Gustavo Carvajal Isunza	Secretaría de Economía
Carlos Rábago Estela	Secretaría de Economía
Juan Pedro Machado Arias	Secretaría de Economía
Carlos Federico del Razo Ochoa	Secretaría de Economía
Jorge Gómez de Silva	Secretaría de Economía

Partes No Contendientes en virtud del TLCAN

Canadá

Stefan Kuuskne	Abogado (Departamento de Justicia de Canadá)
----------------	--

Estenógrafos

David Kasdan	Estenógrafo en idioma inglés
Dante Rinaldi	Estenógrafo en idioma español

Intérpretes

Silvia Colla	Intérprete español-inglés
Cynthia Abad Quintaié	Intérprete español-inglés
Daniel Giglio	Intérprete español-inglés

SopORTE Técnico

Mike Young	Sparq
------------	-------

60. Mediante carta de fecha 24 de mayo de 2022, el Tribunal planteó a las partes determinados interrogantes para que los abordaran en sus escritos posteriores a la audiencia.
61. El 9 de junio de 2022, las partes presentaron sus correcciones conjuntas a las transcripciones de la Audiencia.

62. Mediante carta de fecha 27 de junio de 2022, el Centro distribuyó las versiones finales de las transcripciones de la Audiencia e invitó a las partes a presentar sus escritos posteriores a la audiencia a más tardar el 26 de agosto de 2022.
63. El 12 de agosto de 2022, las partes solicitaron conjuntamente una prórroga del plazo para la presentación de sus escritos posteriores a la audiencia de dos semanas, es decir, hasta el 9 de septiembre de 2022, que fue concedida por el Tribunal el 15 de agosto de 2022.
64. El 31 de agosto de 2022, las partes solicitaron conjuntamente una prórroga adicional hasta el 12 de septiembre de 2022 para presentar sus escritos posteriores a la audiencia, que fue concedida por el Tribunal el 1 de septiembre de 2022.
65. El 12 de septiembre de 2022, las partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia.
66. Mediante correspondencia de fecha 16 de septiembre de 2022, el Demandado objetó la presentación por parte de la Demandante de anexos adicionales para glosar al expediente junto con su escrito posterior a la audiencia y solicitó respetuosamente que el Tribunal ordenara a la Demandante presentar una versión actualizada sin dichos anexos.
67. El 20 de septiembre de 2022, la Demandante presentó una respuesta a la objeción del Demandado y solicitó autorización para incorporar estos dos anexos al expediente.
68. El 21 de septiembre de 2022, el Demandado presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Demandante y se opuso a la incorporación de pruebas adicionales debido a la inexistencia de circunstancias excepcionales.
69. El 22 de septiembre de 2022, el Tribunal denegó la solicitud de la Demandante de incorporación de nuevas pruebas al expediente y ordenó a la Demandante que presentara una versión revisada de su escrito posterior a la audiencia sin referencias a los dos anexos y que eliminara dichos anexos de la carpeta de Box designada para el caso.
70. Conforme a las instrucciones impartidas por el Tribunal, el 23 de septiembre de 2022, la Demandante presentó una versión revisada de su escrito posterior a la audiencia y eliminó los dos anexos de la carpeta de Box.
71. El 7 de noviembre de 2022, las partes presentaron conjuntamente sus especificaciones acordadas en relación con sus escritos sobre costos para que fueran autorizadas por el Tribunal.

72. El 30 de noviembre de 2022, las partes presentaron sus escritos sobre costos.
73. El 12 de diciembre de 2022, el Demandado objetó la incorporación de nuevas autoridades legales presentadas por la Demandante junto con su escrito sobre costos y solicitó al Tribunal que ordenara a la Demandante presentar una versión revisada de su escrito sobre costos sin referencia a dichas autoridades legales. Además, solicitó al Tribunal que tuviera en cuenta las acciones de la Demandante en su decisión sobre costos.
74. El 13 de diciembre de 2022, de conformidad con el acuerdo de las partes de 7 de noviembre de 2022 relativo a sus escritos sobre costos y la Sección 18.3 de la RP1, el Tribunal solicitó a la Demandante que volviera a presentar su escrito sobre costos sin ninguna referencia a argumentos y nuevas autoridades legales.
75. El 14 de diciembre de 2022, la Demandante presentó una versión revisada de su escrito sobre costos, con arreglo a las instrucciones del Tribunal.
76. Ese mismo día, el Demandado informó al Tribunal que consideraba que la versión revisada del escrito sobre costos de la Demandante seguía incluyendo argumentos y solicitó que el Tribunal considerara únicamente la sección relativa a la síntesis de los costos de la Demandante. Asimismo, solicitó que el Tribunal tuviera en cuenta las acciones de la Demandante en su decisión sobre costos.
77. También el 14 de diciembre de 2022, la Demandante respondió la comunicación del Demandado y alegó que este “no identificó los párrafos o secciones objetables del escrito sobre costos de la Demandante que consideraba incompatibles con el acuerdo de las partes” [Traducción del Tribunal]. En consecuencia, solicitó que se rechazaran las objeciones del Demandado.
78. El 19 de diciembre de 2022, tras la invitación del Tribunal, el Demandado presentó una respuesta a la comunicación de la Demandante de 14 de diciembre de 2022 y reiteró además su solicitud de que el Tribunal considerara únicamente la sección relativa a la síntesis de los costos de la Demandante.
79. El 14 de abril de 2023, el Centro informó a las partes que la Sra. Toubiana tomaría licencia por maternidad y que, durante su ausencia, la Sra. Gabriela González Giráldez, Consejera Jurídica del CIADI, fungiría como Secretaria del Tribunal.

80. El 11 de octubre de 2023, el Centro informó a las partes que la Sra. Toubiana había regresado de su licencia y reanudaría sus funciones como Secretaria del Tribunal de inmediato.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

81. Odyssey fue fundada en el año 1994 como Remarc International Inc. de conformidad con las leyes del Estado de Nevada, Estados Unidos de América. La empresa cambió su nombre a Odyssey Marine Exploration, Inc. en el año 1997³.
82. La actividad principal de Odyssey ha sido la exploración del océano profundo, con especial énfasis en el descubrimiento y el recupero de artefactos y cargas de naufragios en las profundidades del océano. Con el transcurso del tiempo, decidió ingresar al negocio del descubrimiento, la exploración y el desarrollo de minerales marinos.
83. El 7 de marzo de 2012, Odyssey, con la intención de explotar los depósitos sedimentarios de arenas fosfáticas que fueron hallados frente a las costas de la Península de Baja California, México, registró la incorporación de una empresa mexicana, ExO⁴. Odyssey tiene una participación mayoritaria en ExO a través de empresas intermediarias controladoras⁵.
84. El 28 de junio de 2012, ExO obtuvo una concesión minera otorgada por la Dirección General de Minas (“**DGM**”), sobre una extensión de 2.680 km² frente a las costas de Baja California Sur en el Golfo de Ulloa (“**Concesión**”)⁶.
85. El 29 de abril de 2014, a ExO se le otorgaron otras dos concesiones, una hacia el norte y otra hacia el sur de la Concesión otorgada el 28 de junio de 2012⁷. Al año siguiente, en el

³ C-0033, Certificado de Constitución de Odyssey Marine Exploration, Inc., 28 de agosto de 1997.

⁴ C-0052, Estatutos de ExO, 7 de marzo de 2012.

⁵ C-0057, Modificación de los Estatutos de ExO, 31 de mayo de 2013; C-0180, Cuadro de la Estructura Accionaria de OMEX EXO, 5 de febrero de 2019; C-0183, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de ExO, 29 de marzo de 2019; C-0184, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de Oceánica, 29 de marzo de 2019.

⁶ C-0012, Título de Concesión No. 240744, 27 de junio de 2012.

⁷ C-0092, Títulos de Concesión Nos. 242994 y 242995, 29 de abril de 2014.

- mes de julio de 2015, ExO solicitó liberar parte del área de la Concesión, reduciendo su tamaño original. Dicha solicitud fue concedida por la DGM en el mes de febrero de 2016⁸.
86. La Concesión le otorga a ExO el derecho exclusivo de exploración y explotación del área de la Concesión por 50 años con la opción de ser extendida por otros 50 años a pedido de ExO⁹.
87. Una vez que se otorgó a ExO la Concesión, la empresa comenzó la campaña de prospección y obtención de muestras de núcleo en el área de la Concesión y dio los primeros pasos para desarrollar la solución de ingeniería para extraer el mineral empleando técnicas de dragado (el “**Proyecto**” o el “**Proyecto Don Diego**”)¹⁰.
88. Con el fin de brindar apoyo en la evaluación y conducir los ensayos en las muestras de núcleo, ExO contrató al Instituto Industrial y de Investigación del Fosfato de Florida. También contrató al Sr. Henry Lamb, Presidente de Mineral Resource Associates, como Asesor Técnico para evaluar el mineral¹¹.
89. Para el dragado, ExO contrató al Sr. Craig Bryson, consultor independiente en minería con experiencia en proyectos de minería terrestre y marina. Con su apoyo, ExO preparó una solicitud de propuestas para la elección de una empresa de dragado y finalmente seleccionó a Boskalis Offshore (parte de Royal Boskalis Westminster) para la realización del dragado¹².
90. El 3 de septiembre de 2014, ExO presentó una Manifestación de Impacto Ambiental (“**MIA**”) ante la SEMARNAT (“**MIA Inicial**”)¹³. Las MIA son el primer paso del proceso de evaluación de impacto ambiental (“**EIA**”), procedimiento establecido por el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental (“**LGEEPA**”)¹⁴. Para elaborar la MIA y

⁸ C-0013, Título de Concesión No. 244813, 15 de febrero de 2016.

⁹ C-0012, Título de Concesión No. 240744, 27 de junio de 2012, pág. 1.

¹⁰ C-0098, Autorización de Prospección de la SEMARNAT, 17 de agosto de 2012.

¹¹ C-0016, “*About Us*”, Instituto FIPR; C-0084, Henry Lamb, Informe Técnico NI 43-101, 30 de junio de 2014.

¹² Memorial de Contestación, ¶¶ 58-79.

¹³ C-0095, Oficio No. 08157 de la SEMARNAT a ExO, 28 de septiembre de 2014.

¹⁴ C-0014, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, 5 de junio de 2018 (“**LGEEPA**”); C-0097, Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental, 31 de octubre de 2014, Capítulo III.

durante la EIA, ExO contó con el asesoramiento de varios expertos de distintos campos. El Dr. Richard Newell, Investigador Senior de la Royal Society, el Dr. Douglas Clarke, QV Gestión Ambiental SC, EA Engineering, CalScience Environmental Laboratories, Inc., la Scottish Association for Marine Science Research Services Ltd., HR Wallingford y Marine Ecological Surveys Limited, entre otros, asesoraron a la Demandante en el proceso¹⁵.

91. El 12 de septiembre de 2014, dando cumplimiento al Artículo 34(I) de la LGEEPA, ExO publicó la información del Proyecto en un periódico local denominado El Sudcaliforniano¹⁶.
92. A partir del 19 de septiembre de 2014, pobladores de Comondú, representantes de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale y ONG solicitaron a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (“DGIRA”) que el Proyecto fuera sometido a consulta pública¹⁷.
93. El 28 de septiembre de 2014, la SEMARNAT notificó a ExO que, de conformidad con el Artículo 34 de la LGEEPA y el Artículo 41 del Reglamento de la LGEEPA, entre otras disposiciones, había declarado el inicio de la etapa de consulta pública de la EIA¹⁸.
94. El 1 de octubre de 2014, ExO, con arreglo al procedimiento establecido por el Artículo 34 de la LGEEPA, dio acceso público a la MIA Inicial¹⁹. A partir de esta fecha, la SEMARNAT solicitó opiniones técnicas a diversas organizaciones, incluidas autoridades gubernamentales e instituciones académicas²⁰.

¹⁵ **C-0024**, MESL, Oferta, 8 de diciembre de 2014; **C-0099**, Carta de EA Engineering a Odyssey Marine Exploration, Inc., 19 de noviembre de 2014; **C-0002.10**, MIA, Anexo 10: HR Wallingford, “Proyecto Don Diego: Modelo Acústico Bajo el Agua”, febrero de 2014.

¹⁶ **R-0074**, “Proyecto Don Diego”, *El Sudcaliforniano* (extractos), 9 de septiembre de 2014.

¹⁷ **R-0099**, Comunicación de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale a la DGIRA, 19 de septiembre de 2014; **R-0100**, Comunicación de la Comunidad de Puerto San Carlos a la DGIRA, 21 de octubre de 2014; **R-0101**, Comunicación de PRONATURA NOROESTE A.C. a la DGIRA, 26 de septiembre de 2014.

¹⁸ **C-0095**, Oficio No. 08157 de la SEMARNAT a ExO, 28 de septiembre de 2014.

¹⁹ **C-0014**, LGEEPA, Artículo 34.

²⁰ Véase **C-0035**, Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 21 de enero de 2003, Artículo 24.

95. El 3 de noviembre de 2014, el Consejo Consultivo de la SEMARNAT emitió una opinión en la cual recomendó a la SEMARNAT no aprobar el Proyecto en los términos propuestos por ExO²¹.
96. El 5 de noviembre de 2014, se realizaron las consultas públicas del Proyecto en el municipio de Comondú, Baja California Sur²². En la reunión, las ONG y otras organizaciones expusieron sus inquietudes en relación con el Proyecto, incluidas sus opiniones sobre su impacto ambiental²³.
97. El 21 de noviembre de 2014, la SEMARNAT emitió el Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/09776, mediante el cual comunicó a ExO que había identificado incongruencias en la información ambiental y técnica presentada en la MIA Inicial que impedían a la SEMARNAT efectuar una evaluación objetiva del Proyecto. Sobre la base de esa afirmación, la SEMARNAT solicitó a ExO información adicional que ampliara, rectificara o aclarara la información incluida en los capítulos II, IV, V y VI de la MIA Inicial. Hasta que ExO cumpliera con la solicitud de información complementaria, la SEMARNAT informó que la EIA quedaba suspendida²⁴.
98. El 6 de marzo de 2015, ExO respondió al Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/09776 de la SEMARNAT de 21 de noviembre de 2014, y presentó información adicional relativa al Proyecto y solicitó a la SEMARNAT que levantara la suspensión y continuara con la EIA²⁵.
99. El 11 de marzo de 2015, la SEMARNAT levantó la suspensión de la EIA y amplió el período de evaluación de la MIA Inicial²⁶.

²¹ **R-0086**, Opinión técnica del Consejo Consultivo, 3 de noviembre de 2014.

²² **R-0103**, Acta de la consulta pública de la MIA 2014, 5 de noviembre de 2014.

²³ Véanse **R-0104**, Ponencia del Programa de Investigación de Mamíferos Marinos, Universidad Autónoma de Baja California Sur, *Los Mamíferos Marinos y el proyecto Don Diego*; **R-0105**, Ponencia del MC. Edgardo Camacho, Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera, Puerto Chale, *Posible efecto de la actividad minera submarina en los recursos pesqueros de la S.C.P.P. Puerto Chale*, 5 de noviembre de 2014; **R-0106**, Solicitud de ponencia de Juan Trasviña, Medio Ambiente y Sociedad A.C., 3 de noviembre de 2014; **R-0103**, Acta de consulta pública de la MIA de 2014, 5 de noviembre de 2014.

²⁴ **C-0100**, Oficio No. 09776 de la SEMARNAT a ExO, 21 de noviembre de 2014.

²⁵ **C-0107**, Escrito de ExO a la SEMARNAT donde se presenta Información Adicional, 5 de marzo de 2015; **C-0108**, Información Adicional presentada a la SEMARNAT, 5 de marzo de 2015.

²⁶ **C-0109**, Oficio No. 01981 de la SEMARNAT a ExO, 11 de marzo de 2015.

100. El 26 de mayo de 2015, ExO presentó información complementaria sobre la viabilidad técnica y ambiental del Proyecto²⁷.
101. El 19 de junio de 2015, ExO retiró la MIA Inicial²⁸ y el 22 de junio de 2015, la DGIRA dio por terminado el procedimiento de EIA iniciado en virtud de dicha MIA²⁹.
102. Con respecto a este retiro, la Demandante alega que se produjo a pedido del Secretario de la SEMARNAT, el Sr. Rafael Pacchiano, quien habría indicado a un portavoz de ExO ante la SEMARNAT, el Sr. Alonso Ancira, que le resultaba políticamente inconveniente emitir una aprobación en ese momento. Según la Demandante, el Secretario Pacchiano le solicitó al Sr. Ancira que retirara la MIA Inicial y volviera a presentarla después junto con cartas de apoyo de la Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca (“CONAPESCA”), el gobierno de Baja California y los representantes de las pesquerías locales que operaban en el Golfo de Ulloa³⁰.
103. Por su parte, México y el Sr. Pacchiano niegan que el retiro de la MIA Inicial por parte de ExO se debiera a una solicitud de aquel último. Según ellos, se trató de una decisión independiente de ExO, con el propósito de cumplir requisitos adicionales³¹. Además, el Demandado señala que es una práctica habitual que los solicitantes retiren las MIA con la finalidad de reforzarlas y volver a presentarlas ante la DGIRA³².
104. El 26 de junio de 2015, ExO presentó una nueva solicitud de autorización de impacto ambiental ante la DGIRA³³.
105. El 30 de junio de 2015, la DGIRA solicitó modificaciones en la solicitud de ExO de 26 de junio de 2015³⁴.
106. El 21 de agosto de 2015, ExO presentó una nueva MIA, en sustitución de la solicitud formulada el 26 de junio de 2015, la cual, entre otros cambios con respecto a la MIA Inicial,

²⁷ **R-0023**, Escrito de ExO a la SEMARNAT donde se presenta Información Adicional, 26 de mayo de 2015.

²⁸ **C-0115**, Escrito de ExO a la SEMARNAT, 19 de junio de 2015.

²⁹ **R-0073**, Oficio No. 04574 de la DGIRA a ExO, 22 de junio de 2015.

³⁰ Memorial, ¶ 130.

³¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 250-251; Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 51-52.

³² Memorial de Contestación, ¶ 251.

³³ **R-0108**, Escrito de ExO a la DGIRA, 26 de junio de 2015.

³⁴ **SOLCARGO-0031**, Oficio No. 04777 de la DGIRA a ExO, 30 de junio de 2015.

- incluía cartas de apoyo de la CONAPESCA, el Instituto Nacional de Pesca (INAPESCA) y otras entidades (“**Nueva MIA**”)³⁵.
107. El 27 de agosto de 2015, se abrió el proceso de consulta pública de la Nueva MIA³⁶. Varias entidades formularon solicitudes para presentar ponencias durante la reunión pública que se celebraría con ocasión de la etapa de consulta del proceso³⁷.
108. El 22 de septiembre de 2015, Odyssey emitió el plan de negocios y modelo de valuación, intitulado [REDACTED]
[REDACTED]³⁸.
109. El 8 de octubre de 2015 se llevaron a cabo las consultas públicas del Proyecto, donde varias entidades presentaron sus opiniones, inquietudes u objeciones en relación con el impacto ambiental del Proyecto³⁹.
110. El 19 de octubre de 2015, la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial de la SEMARNAT manifestó sus inquietudes respecto del Proyecto⁴⁰. La Dirección General declaró que el desarrollo de actividades mineras en el fondo marino tendría efectos que “*agravarían las condiciones de riesgo para la población de juveniles de tortuga amarilla a largo plazo a niveles inaceptables*”⁴¹.
111. El 30 de octubre de 2015, la SEMARNAT emitió el Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/07592, mediante el cual comunicó a ExO que había identificado incongruencias en la información ambiental y técnica presentada en la Nueva MIA que impedían a la SEMARNAT efectuar una evaluación objetiva del Proyecto. Sobre la base de esa afirmación, la SEMARNAT

³⁵ C-0002, MIA, 21 de agosto de 2015.

³⁶ R-0112, Oficio No. 05736 de la DGIRA a ExO, 27 de agosto de 2015.

³⁷ R-0113, Solicitud de Ponencia de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera de Puerto Chale; R-0114, Solicitud de Ponencia de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera de Barranquitas; R-0115, Solicitud de Ponencia de la Federación Regional de Sociedades Cooperativas Pesqueras de Baja California; R-0116, Solicitud de Ponencia de Costa Salvaje, A.C.; R-0117, Solicitud de Ponencia del Centro para la Diversidad Biológica; R-0118, Solicitud de Ponencia de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente.

³⁸ C-0134, [REDACTED]

³⁹ C-0136, SEMARNAT, Acta de consulta pública, 8 de octubre de 2015.

⁴⁰ R-0131, Opinión técnica de la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial, 19 de octubre de 2015.

⁴¹ R-0131, Opinión técnica de la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial, 19 de octubre de 2015, pág. 2 (énfasis omitido).

solicitó a ExO información adicional que ampliara, rectificara o aclarara la información incluida en los capítulos II, IV, V y VI de la Nueva MIA. Hasta que ExO cumpliera con la solicitud de información complementaria, informó la SEMARNAT, la EIA quedaba suspendida⁴².

112. El 3 de diciembre de 2015, ExO respondió el Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/07592 de la SEMARNAT y presentó información complementaria sobre el Proyecto⁴³.
113. El 5 de abril de 2016, ExO envió una nota a la SEMARNAT, donde incluyó una explicación de las medidas de mitigación que adoptaría el Proyecto de ser aprobado y propuso un proceso de evaluación ambiental en conjunto del Proyecto entre la SEMARNAT y ExO⁴⁴.
114. El 7 de abril de 2016, la SEMARNAT emitió el Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/2270, mediante el cual negó la Nueva MIA (“**Primera Denegatoria**”)⁴⁵.
115. En sustento de su resolución, la SEMARNAT expresó que en el ecosistema donde se pretendía desarrollar el Proyecto, el elemento natural de mayor relevancia por su estatus de en peligro de extinción eran las cinco especies de tortugas marinas migratorias, entre las que destacaba la especie *Caretta caretta* por su abundancia y distribución en el Golfo de Ulloa⁴⁶.
116. La SEMARNAT añadió luego que dentro de la superficie del Proyecto y, en específico, en los tres primeros polígonos, se identificó que existía una abundancia de 1-28 tortugas por km², y en los polígonos 4 y 5, la abundancia era de 54 a 85 tortugas por km². Sobre la base de tales premisas, dicha autoridad determinó que el Golfo de Ulloa era hábitat para la especie *Caretta caretta*, porque dicha especie migratoria ocupaba el Golfo de Ulloa como espacio físico para el desarrollo de parte de su ciclo biológico y la superficie total de los cinco polígonos del Proyecto se encontraba inmersa en dicho hábitat⁴⁷.
117. En cuanto al impacto ambiental del Proyecto, la SEMARNAT manifestó que considerando que la actividad de dragado por ser desarrollada por ExO se realizaría en el área señalada

⁴² C-0004, Oficio No. 07592 de la SEMARNAT a ExO, 30 de octubre de 2015.

⁴³ C-0005, Información Adicional, 3 de diciembre de 2015.

⁴⁴ C-0148, Escrito de ExO a la SEMARNAT, 5 de abril de 2016.

⁴⁵ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016.

⁴⁶ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, pág. 219.

⁴⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 220-221.

en el párrafo que antecede y que esta actividad succiona el sedimento marino de entre uno a siete metros de profundidad, ella implicaba un impacto ambiental significativo para las especies que ahí se desarrollaban. También agregó que el Proyecto afectaría y alteraría la distribución y diversidad local de organismos bentónicos que les servían de alimento a las especies, interrumpiendo su cadena trófica y, por ende, alterando su ciclo biológico⁴⁸.

118. A mayor abundamiento, la SEMARNAT señaló que, durante la fase de retorno de sedimentos al suelo marino, las actividades de dragado de ExO alterarían el hábitat de los organismos bentónicos porque el depósito no se realizaría necesariamente en el área de succión y los volúmenes que se retornaran cubrirían áreas y organismos no afectados inicialmente⁴⁹.
119. Respecto de las medidas de mitigación y compensación propuestas por ExO a los impactos ambientales antes mencionados, la SEMARNAT estableció que dichas medidas se sustentaban en información técnica que no era consistente con la realidad del área donde se pretendía desarrollar el Proyecto⁵⁰.
120. En relación con esta resolución denegatoria, la Demandante presentó las declaraciones testimoniales de dos exfuncionarios de la SEMARNAT, el Sr. Alfonso Flores y el Sr. Alberto Villa⁵¹, quienes se desempeñaron como Director General de la DGIRA y Director de Evaluación de los Sectores de Energía e Industria de la DGIRA, respectivamente. Estos exfuncionarios declararon que estuvieron a cargo de la revisión de las MIA presentadas por ExO y que, en su opinión, la Nueva MIA cumplía con los requisitos para ser aprobada con condiciones⁵². Señalaron que cuando ya se encontraban trabajando en la resolución para aprobar la Nueva MIA, recibieron instrucciones del Secretario de la SEMARNAT, el Sr. Rafael Pacchiano, ordenándoles rechazar el Proyecto de ExO⁵³.

⁴⁸ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, pág. 222.

⁴⁹ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, pág. 222.

⁵⁰ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, pág. 222.

⁵¹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, 29 de julio de 2020; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, 21 de junio de 2021; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, 8 de mayo de 2020; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, 21 de junio de 2021.

⁵² Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 19; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 14; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 6-7.

⁵³ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 20; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 8-9.

121. Los Sres. Flores y Villa indicaron que la motivación del Sr. Pacchiano para adoptar tal determinación estaba vinculada a una reunión que mantuvo con los representantes de Odyssey, en la que se sintió insultado por uno de ellos⁵⁴; asimismo, según el Sr. Flores, dicha determinación también se debió a la preocupación del Sr. Pacchiano de que la aprobación del Proyecto pudiera perjudicar su posición política⁵⁵.
122. Los Sres. Flores y Villa sostienen que ante esta orden que recibieron y el plazo para resolver la solicitud, dictaron la resolución denegatoria de la Nueva MIA de ExO, utilizando como pretexto el impacto que el Proyecto tendría sobre las tortugas *Caretta caretta*. Según su relato, optaron por esta alternativa teniendo en cuenta el amplio apoyo existente en relación con la protección de estas tortugas⁵⁶.
123. Por su parte, el Sr. Pacchiano negó categóricamente haber dado instrucción alguna en ese sentido y declaró que no había participado en la evaluación de las MIA presentadas por ExO. Añadió que se trataba de un asunto de exclusiva responsabilidad de la DGIRA y en el que él no participó, y que no correspondía que los Sres. Flores y Villa se desligaran de una resolución firmada por ellos⁵⁷.
124. El 29 de abril de 2016, ExO interpuso ante la SEMARNAT un recurso de revisión de la Primera Denegatoria (“**Recurso de Revisión**”)⁵⁸, en el que solicitó que se modificara la resolución y se autorizara la Nueva MIA. A fin de dar sustento a su recurso, ExO ofreció presentar documentos técnicos y aportar un informe pericial en materia de biología marina, entre otras pruebas.

⁵⁴ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 20; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 8.

⁵⁵ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 22.

⁵⁶ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 25; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 10; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 19.

⁵⁷ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 33-36; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 5, 7.

⁵⁸ C-0149, Escrito de ExO a la SEMARNAT, 29 de abril de 2016.

125. Mediante acuerdo de 6 de mayo de 2016, la SEMARNAT admitió a trámite el Recurso de Revisión y aceptó los documentos técnicos ofrecidos por ExO, pero no se pronunció sobre el informe pericial en materia de biología marina también ofrecido por ExO⁵⁹.
126. El 9 de junio de 2016, ExO presentó ante la SEMARNAT un conjunto de documentos, denominados por ExO “*Informe de Carácter Técnico y Científico*”, que contenían varios artículos de diferentes autores, sobre el impacto ambiental del Proyecto en el Golfo de Ulloa⁶⁰. El 27 de enero de 2017, ExO demandó la nulidad de la resolución negativa ficta de la SEMARNAT (“**Resolución Negativa Ficta del Recurso de Revisión**”) ante el TFJA. En dicha demanda, ExO argumentó que dado el tiempo transcurrido desde que se había interpuesto el Recurso de Revisión ante la SEMARNAT y la falta de respuesta al respecto, dicho recurso debía tenerse por rechazado y, por lo tanto, ExO tenía derecho a interponer un recurso ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (“**TFJA**”) (“**Primer Recurso**”)⁶¹.
127. El 27 de febrero de 2017, la Subsecretaria de la SEMARNAT, la Sra. Martha García Rivas, emitió una resolución mediante la cual rechazó expresamente el Recurso de Revisión y confirmó la Primera Denegatoria (“**Resolución Denegatoria Expresa del Recurso de Revisión**”)⁶². En esta resolución, la Subsecretaria García Rivas decidió no conceder valor probatorio al “*Informe de Carácter Técnico y Científico*” presentado por ExO debido a evidentes incongruencias en cuanto a la identidad y la cantidad de personas que habían participado en la elaboración de dicho documento⁶³. Respecto al informe pericial en materia de biología marina ofrecido por ExO, la autoridad se negó a admitir la aportación de dicha prueba ya que los peritos tenían nacionalidad extranjera, lo que no se ajustaría a la normativa mexicana sobre el ejercicio de las profesiones⁶⁴.
128. El 6 de junio de 2017, luego de que la SEMARNAT presentara una respuesta a la Resolución Denegatoria Expresa del Recurso de Revisión en relación con la Primera

⁵⁹ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, pág. 1; C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 203.

⁶⁰ C-0151, Informe Técnico y Científico, 9 de junio de 2016.

⁶¹ C-0158, Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, 27 de enero de 2017, Artículo 17.

⁶² C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017.

⁶³ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, págs. 42-43.

⁶⁴ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, pág. 45.

Denegatoria, ExO efectuó una presentación ante el TFJA que modificaba y ampliaba su demanda de nulidad⁶⁵.

129. El 21 de marzo de 2018, el TFJA dio por concluido el procedimiento de nulidad y dictó una sentencia mediante la cual anuló la Primera Denegatoria, la Resolución Negativa Ficta del Recurso de Revisión y la Resolución Denegatoria Expresa del Recurso de Revisión. El TFJA señaló que la resolución mediante la cual la SEMARNAT rechazó la Segunda MIA no proporcionaba a ExO los elementos ni el razonamiento científico en el que basaba sus conclusiones (“**Sentencia del TFJA**”)⁶⁶.
130. En relación con el impacto ambiental del Proyecto, el TFJA estableció, entre otras cosas, que la SEMARNAT, al sostener que el Proyecto se ubicaba dentro del hábitat de las especies en peligro de extinción que refería, no sustentaba su determinación en estudios científicos⁶⁷.
131. El TFJA también señaló que la SEMARNAT no aportaba la motivación por la que consideraba que las actividades de dragado previstas por ExO implicaban un impacto significativo para las especies que ahí se desarrollaban, que afectara o alterara la diversidad de organismos bentónicos, ni la supuesta interrupción de la cadena trófica o alguna alteración al ciclo biológico. Sobre este particular, advirtió que la autoridad no indicaba cuáles especies de organismos bentónicos que se desarrollaban en el sitio del dragado se verían afectadas, por qué sería de esa forma, y si tal afectación era significativa, así como por qué consideraba que esa afectación era directa a las especies de tortugas en peligro de extinción⁶⁸.
132. El TFJA agregó que en el estudio que se hizo como parte de la MIA y que se sometió a la consideración de la SEMARNAT, ExO argumentó que las actividades de dragado de su proyecto se realizarían a una profundidad por debajo de la zona donde se desarrollaban las tortugas, en lo general, y en especial, la *Caretta caretta*. Según el TFJA, la autoridad en su resolución de negativa de la Nueva MIA solo consideraba el hábitat de las especies de

⁶⁵ C-0019, Modificación a las solicitudes de nulificación de la Denegatoria de 2016, 6 de junio de 2017.

⁶⁶ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018.

⁶⁷ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 150.

⁶⁸ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 161-162.

tortugas en cuestión en un plano de dos dimensiones (latitud y longitud), sin considerar que la actividad de dragado se realizaría en el lecho marino. Por lo tanto, omitía analizar el argumento del solicitante en el sentido de que el dragado se realizaría a una profundidad mayor a aquella en la cual se ubicaba el hábitat de las tortugas⁶⁹.

133. El TFJA determinó que la autoridad demandada, al emitir la resolución denegatoria de la Nueva MIA en los términos expresados, vulneraba el derecho de defensa de ExO al obligarla a combatir hechos imprecisos y carentes de base científica⁷⁰.
134. En segundo lugar, respecto a las medidas de mitigación propuestas por ExO, el TFJA expresó, entre otras críticas, que la SEMARNAT las desestimaba de plano sin precisar las razones que tomaba en consideración, así como los datos científicos y/o ambientales en los que sustentaba dicha determinación. Añadió que dicha autoridad realizaba únicamente una serie de afirmaciones dogmáticas en su intento de justificar la negativa de la autorización solicitada por ExO⁷¹.
135. Asimismo, el TFJA señaló que no podía considerarse que la resolución a través de la cual la SEMARNAT negó la autorización de impacto ambiental solicitada por ExO se encontraba debidamente fundada ni motivada, si la autoridad fue omisa en analizar en su integridad y dar contestación a los puntos contenidos en la Nueva MIA. Lo anterior, según el TFJA, denotaba la falta de estudio por parte de la autoridad, pues omitía realizar la valoración íntegra de la información aportada por la promovente durante el procedimiento de evaluación de la MIA, en relación con el Proyecto⁷².
136. Por último, el TFJA determinó que las decisiones de la SEMARNAT de negar todo valor probatorio al “*Informe de Carácter Técnico y Científico*” presentado por ExO y de rechazar la aportación del informe pericial en materia de biología marina ofrecido por ExO eran arbitrarias y violatorias de las normas de debido proceso en perjuicio de ExO⁷³.

⁶⁹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 179-180.

⁷⁰ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 165.

⁷¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 178.

⁷² C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 182-183, 176.

⁷³ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 192.

137. El TFJA se negó a ordenar a la SEMARNAT que autorizara la MIA sobre la base de las medidas de mitigación propuestas, haciendo alusión a su falta de capacidad técnica para analizar las medidas propuestas, su reticencia a asumir asuntos dentro del ámbito de la competencia y las facultades de la SEMARNAT y la inquietud de que el proyecto pudiera tener impactos ambientales más amplios, incluso en el aire y el agua⁷⁴.
138. Sin embargo, el TFJA ordenó a la SEMARNAT que volviera a analizar la Nueva MIA y emitiera una nueva resolución sobre el asunto, debidamente fundada y motivada, dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de la fecha de la Sentencia del TFJA⁷⁵. A la vez, el TFJA ordenó a la SEMARNAT que analizara todos los elementos de la solicitud del promovente del proyecto, incluidas las medidas de mitigación propuestas, que fundamentara sus conclusiones con base en los datos científicos más fidedignos disponibles y, específicamente, que se pronunciara respecto del argumento en el sentido de que las actividades de dragado se realizarían a una profundidad que no afectaría el hábitat de las tortugas⁷⁶.
139. El 18 de abril de 2018, cinco días después de que la SEMARNAT fuera notificada de la Sentencia del TFJA, emitió una nota informativa en la que indicó que daría cumplimiento a la sentencia “*con la convicción*” de que el Proyecto Don Diego representaba una amenaza para la integridad del ecosistema y que reforzaría la justificación técnica y científica para confirmar su resolución original, es decir, negar la autorización nuevamente⁷⁷.
140. El 12 de octubre de 2018, la SEMARNAT emitió el Oficio No. SGPA/DGIRA/DG/07852, mediante el cual negó la Segunda MIA (“**Segunda Denegatoria**”)⁷⁸.
141. En la Segunda Denegatoria se exponen, entre otras, las siguientes preocupaciones:
- a. El posible impacto en el hábitat de la tortuga *Caretta caretta*⁷⁹.
 - b. La abundancia de tortugas en el sitio del proyecto⁸⁰.

⁷⁴ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 187.

⁷⁵ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 211-212.

⁷⁶ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 212.

⁷⁷ C-0470, Tarjeta Informativa, 18 de abril de 2018.

⁷⁸ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018.

⁷⁹ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 465-469.

⁸⁰ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

- c. La metodología de los estudios ambientales de la Demandante, incluida la época del año en que se llevaron a cabo, y el impacto de esa metodología en los resultados de los estudios⁸¹.
 - d. El impacto potencial del proyecto sobre las ballenas y otros grandes mamíferos marinos⁸².
 - e. El impacto de otros organismos marinos en el sitio del proyecto⁸³.
 - f. La compatibilidad del proyecto con el principio de precaución reconocido tanto por el derecho mexicano como por el derecho internacional⁸⁴.
142. En cuanto a este segundo rechazo de la Nueva MIA, los Sres. Flores y Villa manifestaron que volvieron a recibir instrucciones de negar el Proyecto ExO, orden que una vez más recibieron del Sr. Pacchiano⁸⁵. Los Sres. Flores y Villa concluyeron que no había una base técnica-ambiental para esta nueva negativa⁸⁶.
143. El Sr. Pacchiano volvió a desmentir su intervención en las evaluaciones de las MIA de ExO y negó haber estado detrás de las decisiones de rechazar el Proyecto⁸⁷.
144. El 19 de agosto de 2019, ExO interpuso un recurso ante el TFJA mediante el que solicitó la nulidad de la Segunda Denegatoria de la SEMARNAT (“**Segundo Recurso**”)⁸⁸. ExO basó su demanda en contra de esta resolución, entre otros, en los siguientes motivos:
- a. Indebida motivación de la Segunda Denegatoria al delimitar el hábitat de la tortuga *Caretta caretta* y de su densidad poblacional en el Golfo de Ulloa⁸⁹.

⁸¹ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 471-472.

⁸² C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 473-475.

⁸³ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 478-491.

⁸⁴ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 512-514.

⁸⁵ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 29; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 22.

⁸⁶ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 31; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 12; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 21.

⁸⁷ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 33; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 5, 7.

⁸⁸ C-0186, Demanda de Nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019.

⁸⁹ C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 15-33.

- b. Violación por parte de la DGIRA del principio de debida motivación al pronunciarse sobre la afectación a la distribución local de organismos bentónicos y sus consecuencias⁹⁰.
- c. Los impactos del Proyecto no afectan la especie *Caretta caretta*⁹¹.
- d. Ausencia de motivación en cuanto a la supuesta afectación de especies distintas a la tortuga *Caretta caretta*⁹².
- e. Indebida motivación al aludir otros impactos y analizar el resto de las medidas de mitigación y compensación propuestas por ExO⁹³.
- f. Indebida interpretación del principio de precaución⁹⁴.

145. Al momento de este Laudo, el TFJA aún no se ha pronunciado sobre este Segundo Recurso.

IV. OBJECIÓN JURISDICCIONAL DE MÉXICO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1117 DEL TLCAN

A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

146. La Demandante sostiene que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la presente controversia en virtud del Capítulo 11, Sección B, del TLCAN toda vez que los requisitos relativos a la jurisdicción en razón de la materia (*ratione materiae*), de la persona (*ratione personae*) y del tiempo (*ratione temporis*) del Tribunal se han cumplido.
147. En primer lugar, la Demandante afirma que Odyssey es una empresa de una Parte en los términos del Artículo 1116 del TLCAN que ha invertido en México y que, por lo tanto, tiene derecho a someter a este arbitraje una demanda en el sentido de que México ha violado el Capítulo 11, Sección A, del TLCAN. Odyssey, como empresa constituida de conformidad con las leyes del Estado de Nevada, es un inversionista protegido en virtud del TLCAN. La Demandante señala que México no ha impugnado ni controvertido la legitimación de Odyssey conforme al Artículo 1116 del TLCAN⁹⁵.

⁹⁰ C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 33-51.

⁹¹ C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 51-78.

⁹² C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 78-83.

⁹³ C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 83-95.

⁹⁴ C-0186, Demanda de nulidad de ExO ante el TFJA, 19 de agosto de 2019, págs. 170-188.

⁹⁵ Memorial, ¶¶ 189-192.

148. Además, la Demandante sostiene que Odyssey, como accionista mayoritaria de ExO (sociedad constituida de conformidad con las leyes de México) y que ejerce el control sobre ella, también tiene derecho a presentar una reclamación en nombre de ExO en contra de México. En efecto, la Demandante aduce que el Artículo 1117 del TLCAN permite a Odyssey “*interponer reclamaciones en nombre de las subsidiarias constituidas localmente que el inversionista posee o controla directa o indirectamente*”⁹⁶.
149. La Demandante advierte que el TLCAN no define el término “*control*”. La Demandante, en consecuencia, hace referencia a las conclusiones de tribunales de inversión que consideraron que el control refleja el concepto de control empresarial, tenencia accionaria e incluso control *de facto* sobre una empresa⁹⁷. Según la Demandante, existe control corporativo cuando hay titularidad de más del 50 % de las acciones en la sociedad⁹⁸.
150. Como accionista mayoritaria de Oceánica Resources S. de R.L. (“**Oceánica**”) con la tenencia del 53,89 %, la empresa que es titular del 99,99 % de las acciones de ExO e indirectamente posee y controla a esta última, Odyssey estableció esta propiedad y control a través de sus subsidiarias bahameña y estadounidense de participación total (Odyssey Marine Enterprises, Ltd. y Marine Exploration Holdings, LLC). En términos simples, Odyssey “*indirecta[mente] ... ejerce el control legal sobre dicha empresa [ExO]*”⁹⁹.
151. La Demandante arguye que la objeción a la jurisdicción de México se basa en un análisis defectuoso del Artículo 1117 del TLCAN. México argumenta erróneamente que “*el 54 % de tenencia accionaria indirecta en ExO no es suficiente para establecer el control en los términos del Artículo 1117 del TLCAN*”¹⁰⁰, basándose en una lectura fuera de contexto de un fragmento del laudo *B-Mex c. México* en el que se interpreta el término “*propiedad*” y no el concepto de control al establecerse que el 50 % +1 no es necesariamente el requisito de la propiedad accionaria que confiere el control legal. La Demandante alega que el

⁹⁶ Memorial, ¶¶ 194-197, donde se citan **CL-0019**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶ 205; **CL-0127**, *Sr. Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo Final, 5 de junio de 2020, ¶ 188; **CL-0121**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 84.

⁹⁷ Memorial, ¶¶ 195-196.

⁹⁸ Memorial, ¶ 196.

⁹⁹ Memorial, ¶¶ 197-198.

¹⁰⁰ Réplica, ¶¶ 130-133, donde se cita Memorial de Contestación, ¶ 401.

tribunal en *B-Mex* resolvió que el Artículo 1117 del TLCAN no determina la forma que debe adoptar el control necesario y suscribió claramente la conclusión del tribunal en el caso *Aguas del Tunari c. Bolivia* en el sentido de que, “*en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa ‘controladas directa o indirectamente’*”¹⁰¹.

152. En concordancia con su argumento, la Demandante señala que México también ha pasado por alto la determinación del tribunal en el caso *Nelson c. México*, que también concluyó que la participación mayoritaria es una forma de control legal a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN¹⁰². La participación mayoritaria en el capital junto con la capacidad para ejercer el voto mayoritario que viene con ella son constitutivas del control y crean la presunción de control. Esta presunción solo puede ser rebatida “*si hay elementos particulares que generen dudas acerca del control del propietario*”¹⁰³. No obstante, en el presente caso, México no disputó seriamente el hecho de que la Demandante tenga la propiedad indirecta del 54 % de ExO y mucho menos rebatió la presunción de control¹⁰⁴.
153. La Demandante reitera que Odyssey controla indirectamente a ExO y, por lo tanto, tiene derecho a presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 1117 del TLCAN. La Demandante se remite a las pruebas obrantes en el expediente que demuestran la estructura corporativa y confirman que la Demandante posee y controla de forma indirecta a ExO. La Demandante también hace referencia a sus derechos de voto mayoritario en Oceánica y al hecho de que el total de su poder de voto asciende al 58 % respecto del resto del capital. Por ende, considerando la estructura accionaria mayoritaria y el poder de voto de la Demandante, resulta innegable que Odyssey ejerce un control indirecto sobre Oceánica y ExO¹⁰⁵.

¹⁰¹ Réplica, ¶¶ 133-134, donde se citan **CL-0019**, *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, ¶¶ 212, 217; **CL-0153**, *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Excepciones en materia de Jurisdicción Opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, ¶ 264.

¹⁰² Memorial, ¶ 196, donde se cita **CL-0127**, *Nelson c. México*, Laudo Final, ¶¶ 188, 198.

¹⁰³ Réplica, ¶ 136, donde se cita **CL-0180**, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Anulación del Laudo, 2 de noviembre de 2015, ¶ 104.

¹⁰⁴ Réplica, ¶¶ 135-136.

¹⁰⁵ Réplica, ¶¶ 137-141.

154. La Demandante aduce además que ni Minera del Norte, S.A. de C.V. (“**MINOSA**”) ni Monaco Financial, LLC (“**Monaco**”) ni Poplar Falls, LLC han tenido alguna vez autoridad para controlar a ExO¹⁰⁶.
155. Asimismo, la Demandante afirma que también ha ejercido “*un control de hecho sobre ExO*” puesto que Odyssey participaba en las decisiones diarias y estratégicas de ExO. El CEO de Odyssey se desempeñó como el Vicepresidente de ExO desde el año 2013 y como Administrador de Oceánica. Del mismo modo, el Presidente Emérito de la Junta de Odyssey ha sido el Presidente de ExO desde el año 2013 y el Tesorero de Odyssey ha sido el Tesorero de ExO desde el año 2013¹⁰⁷.
156. En segundo lugar, la Demandante alega que también se ha cumplido el doble criterio relativo a la jurisdicción en razón de la materia. Por un lado, el Tribunal debe quedar convencido de que existe una inversión de conformidad con el Artículo 1139 del TLCAN. Por otro lado, la Demandante debe demostrar que las medidas adoptadas por México se relacionaban con inversiones de inversionistas de otra Parte.
157. En cuanto a la existencia de una inversión, la Demandante argumenta que Odyssey ha invertido en México y que su inversión constituye una inversión legalmente protegida con arreglo al TLCAN. La inversión de la Demandante consiste en su participación accionaria del 53,89 % en ExO, “*que son claramente ‘acciones de una empresa’ y ‘participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa’*”¹⁰⁸. Además, Odyssey ha financiado el trabajo de exploración y las tasas de concesión, al financiar el trabajo de ExO y la inversión de recursos en el desarrollo del Proyecto¹⁰⁹.
158. En cuanto a las reclamaciones presentadas en nombre de ExO, la Demandante advierte que “*la Concesión, la Concesión Don [D]iego Norte, la Conce[s]ión Don Diego Sur, y sus derechos asociados son también inversiones que se encuentran comprendidas*”¹¹⁰. Arguye que los tribunales en materia de inversión han colegido regularmente que las concesiones

¹⁰⁶ Réplica, ¶¶ 142-143.

¹⁰⁷ Réplica, ¶ 143.

¹⁰⁸ Memorial, ¶ 203.

¹⁰⁹ Memorial, ¶ 203.

¹¹⁰ Memorial, ¶¶ 204-205.

quedan comprendidas en el concepto de inversión en virtud del Artículo 1101 del TLCAN¹¹¹.

159. La Demandante también alega que la conducta de la SEMARNAT, que forma la base de las medidas en disputa en este arbitraje, es atribuible a México¹¹².
160. Las reclamaciones de Odyssey se basan en la supuesta violación de las protecciones de las inversiones por parte de México y la jurisdicción *ratione materiae* se halla establecida toda vez que tanto Odyssey como ExO sufrieron pérdidas como consecuencia de (i) las medidas adoptadas por el Demandado, incluidas las denegatorias de la MIA como consecuencia de las ambiciones políticas o antojos personales del Secretario Pacchiano antes que de los estándares jurídicos aplicables y el derecho administrativo, así como de (ii) sus omisiones, tales como los retrasos inexplicables y *ultra vires* incurridos en la supuesta consideración de la MIA del Proyecto por parte de la SEMARNAT¹¹³.
161. En tercer lugar, en cuanto a la jurisdicción en razón del tiempo del Tribunal, de conformidad con el Artículo 1116(2) del TLCAN, se impide a los demandantes presentar una reclamación “*si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños*”¹¹⁴. La Demandante argumenta que sus reclamaciones se han presentado dentro del plazo correspondiente con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 1116 del TLCAN. Odyssey presentó la Notificación de Arbitraje el 5 de abril de 2019 y “*la denegación ilegal de la MIA por parte de la SEMARNAT*”, lo esencial de la medida en disputa, se vio reflejada en la decisión jurídicamente obligatoria emitida el 7 de abril de 2016¹¹⁵.

¹¹¹ Memorial, ¶ 206, donde se citan **CL-0067**, *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de julio de 2018, ¶¶ 205, 207; **CL-0008**, *AIG Capital Partners Inc. y CJSC Tema Real Estate Company c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/01/6, Laudo, 7 de octubre de 2003, nota al pie 154, donde se cita *AMCO Asia Corporation c. República de Indonesia* (1984) 24 *International Legal Materials* (1985), 1030, Anuario del ICCA, Tomo XIV 1989, pág. 92.

¹¹² Memorial, ¶ 206.

¹¹³ Memorial, ¶ 200.

¹¹⁴ Memorial, ¶ 208, donde se cita **CL-0081**, TLCAN, Art. 1116(2).

¹¹⁵ Memorial, ¶¶ 207-208.

162. A mayor abundamiento, la Demandante aduce que el término “*medida*” del Artículo 1102 del TLCAN comprende el trato que la SEMARNAT le proporcionó a “*los proyectos de dragado presentados por inversionistas y/o empresas de inversión en la misma situación*”¹¹⁶. Según la Demandante, la “*fecha más temprana absolutamente posible en la cual Odyssey o ExO pudieron haber conocido tal trato diferenciado*” y las pérdidas consiguientes habría sido el 7 de abril de 2016¹¹⁷. En el mismo sentido, han transcurrido más de seis meses desde la fecha en que se produjo la conducta en cuestión y, por ende, se cumple el requisito temporal establecido en el Artículo 1120(1) del TLCAN. Odyssey no procuró el arbitraje sino hasta el 5 de abril de 2019, es decir, más de seis meses desde la fecha pertinente, el 7 de abril de 2016¹¹⁸.
163. En cuanto a su obligación de notificar por escrito a México con una antelación mínima de 90 días antes de presentar las reclamaciones en virtud del Artículo 1119 del TLCAN, la Demandante sostiene que cumplió con ese requisito ya que su Notificación de Intención fue enviada a México el 4 de enero de 2019, las consultas tuvieron lugar a principios del mes de abril de 2019 y el arbitraje se inició el 5 de abril de 2019¹¹⁹.
164. Asimismo, la Demandante cuestiona la suposición de México de que las reclamaciones de conformidad con los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN serían mutuamente excluyentes. Tal suposición es infundada y contradice “*una larga línea jurisprudencial de casos en el marco del TLCAN en los cuales se les permitió a las partes iniciar el procedimiento en virtud de [dichas disposiciones] de modo ‘concurrente’*”¹²⁰.
165. Por último, la Demandante confirma que tanto Odyssey como ExO han renunciado a sus derechos a solicitar una reparación monetaria ante los tribunales nacionales de México en virtud de la Notificación de Arbitraje. La Demandante argumenta que la apelación por parte de ExO de la Segunda Denegatoria de la SEMARNAT de 12 de octubre de 2018, que buscaba anular la Primera Denegatoria conforme al derecho mexicano, está permitida en el marco del TLCAN. El TFJA solo está facultado para otorgar un remedio declaratorio,

¹¹⁶ Memorial, ¶ 209.

¹¹⁷ Memorial, ¶ 209.

¹¹⁸ Memorial, ¶¶ 208-211.

¹¹⁹ Memorial, ¶ 211.

¹²⁰ Réplica, ¶¶ 128-129.

esto es, para anular o confirmar la Primera Denegatoria de la SEMARNAT, no para ordenar una indemnización por daños¹²¹.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

166. México sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver el presente caso en virtud del Artículo 1117 del TLCAN toda vez que la Demandante carece de legitimación para presentar una reclamación en representación de ExO.
167. En esencia, de conformidad con el Artículo 1117 del TLCAN, recae sobre la Demandante la carga de la prueba de su supuesta propiedad o control directo o indirecto de ExO. La Demandante debe proporcionar “*toda la evidencia necesaria respecto a las circunstancias de la propiedad y el control en todo momento pertinente, especialmente cuando se hayan planteado dudas razonables sobre la propiedad o el control real sobre la empresa que busca protección*”¹²².
168. México argumenta que la propiedad del 54 % de la Demandante de la entidad panameña Oceánica, sobre la base de la cual la Demandante afirma que ejerce control indirecto sobre ExO, no basta para establecer el control o la propiedad. México adhiere al enfoque del tribunal en *B-Mex c. México* en el sentido de que el concepto de propiedad en el Capítulo 11 del TLCAN requiere “*propiedad total o propiedad virtualmente total de la empresa [pertinente]*”¹²³. Para México, no se ha alcanzado el umbral del Artículo 1117 del TLCAN y el Tribunal no debería determinar su jurisdicción.
169. A mayor abundamiento, una conclusión jurisdiccional de control indirecto exige que la Demandante acredite ya sea que “*tenía la capacidad para controlar, i.e., control de jure, o que ejerció un poder real, control de facto, para hacerlo*”¹²⁴. No obstante, la Demandante no ha establecido control ni *de jure* ni *de facto* sobre ExO.

¹²¹ Memorial, ¶¶ 215-216.

¹²² Memorial de Contestación, ¶ 400.

¹²³ Memorial de Contestación, ¶ 401, donde se cita **CL-0019**, *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, ¶ 198.

¹²⁴ Memorial de Contestación, ¶ 403.

170. México arguye que “*la sola afirmación*” de que Odyssey controla a ExO “*es insuficiente ... y no tiene soporte en el derecho internacional*”¹²⁵. México alega además que, cuando no existe control jurídico, el control de hecho debe determinarse, en palabras del tribunal en el caso *Thunderbird c. México*, “*más allá de toda duda razonable*”¹²⁶. México aduce que el tribunal en *Thunderbird*, como así también tribunales posteriores, establecieron un umbral particularmente alto¹²⁷, exigiendo “*un mayor desafío probatorio*” para demostrar que dicho control *de facto* efectivamente existe¹²⁸. Tal como argumenta México, “[*l*a Demandante necesitaría demostrar mediante minutas o actas de las juntas directivas u otro tipo de documentación que soporte que, en todo momento pertinente, ‘estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones’ o que era un ‘impulso constante’ en la compañía”¹²⁹.
171. México afirma que la Demandante no ha rebatido “*evidencia prima facie respecto a que otros tenían control sobre ExO*”¹³⁰. En particular, México hace referencia a “[*l*as propias presentaciones de la Demandante ante la [Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. , “SEC”] indican[do] que ha comprometido la mayoría de sus activos a MINOSA y a Monaco”, al hecho de que “[*l*a Demandante parece haber vendido una participación sustancial en este arbitraje a la firma Poplar Falls LLC” y al hecho de que Altos Hornos de México S.A. de C.V. (“AHMSA”), empresa mexicana y matriz de MINOSA, y el Sr. Ancira, ciudadano mexicano, lideraron la búsqueda de aprobaciones por parte de la SEMARNAT. Según el Demandado, estas pruebas confirman los argumentos de México¹³¹.
172. Además, México asevera que la Demandante caracteriza de forma errónea su posición respecto a los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN¹³². México reitera que hay una distinción entre los daños disponibles conforme a los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN y que la

¹²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 403.

¹²⁶ Memorial de Contestación, ¶ 404, donde se cita **RL-0003**, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 106.

¹²⁷ Memorial de Contestación, ¶ 405.

¹²⁸ Memorial de Contestación, ¶ 404, donde se cita **CL-0019**, *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, ¶ 220.

¹²⁹ Memorial de Contestación, ¶ 404, donde se cita **RL-0003**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 108.

¹³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 405.

¹³¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 405-406. Véase también Dúplica, ¶ 310.

¹³² Dúplica, ¶ 308.

Demandante “no puede reafirmar daños separadamente para sí misma como accionista y daños por el valor de ExO”¹³³. De lo contrario, la Demandante estaría solicitando doble resarcimiento. La Demandante tampoco puede reclamar para sí misma daños basados en la porción de ExO, la cual es propiedad de inversionistas mexicanos¹³⁴.

173. México destaca además que el Artículo 1105(1) del TLCAN impone obligaciones a los Estados con respecto a las inversiones extranjeras y no a los inversionistas. En consecuencia, la Demandante se vería impedida de presentar una demanda por violación del Artículo 1105 “como inversionista en virtud del artículo 1116 del TLCAN”¹³⁵.
174. Por último, no obstante lo expuesto *supra*, México señala que, si bien la Demandante se abstuvo de abordar sus argumentos relativos a la propiedad o el control de ExO y al rol del inversionista mexicano en ExO, “*present[ó] evidencia adicional para establecer su rol (indirecto) en la propiedad y control de ExO*”¹³⁶. En estas circunstancias, México no cree que sea necesario que el Tribunal se pronuncie sobre este tema, porque existen otros fundamentos amplios para desestimar los reclamos de la Demandante¹³⁷.

C. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

175. Odyssey estableció la jurisdicción *ratione personae* de este Tribunal al alegar que es un inversionista protegido en virtud del TLCAN y al presentar una reclamación en contra de México en su propio nombre y en representación de ExO de conformidad con los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN, respectivamente.
176. No pueden caber dudas de que, conforme al Artículo 1116 del TLCAN, Odyssey, inversionista de una Parte, tenía derecho a someter a arbitraje una reclamación en su propio nombre. Tal como señaló la Demandante y se desprende del expediente, Odyssey es una

¹³³ Dúplica, ¶ 308.

¹³⁴ Dúplica, ¶ 308.

¹³⁵ Dúplica, ¶ 309.

¹³⁶ Dúplica, ¶ 310.

¹³⁷ Dúplica, ¶ 310.

sociedad constituida de conformidad con las leyes de Nevada, Estados Unidos de América¹³⁸, que invirtió en México.

177. Sin embargo, México, en su Memorial de Contestación, objetó la jurisdicción de este Tribunal en relación con la reclamación presentada por Odyssey en representación de ExO sobre la base de una supuesta falta de legitimación jurídica conforme al Artículo 1117 del TLCAN. Dicho Artículo establece lo siguiente:

Artículo 1117: Demanda del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

*1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral **propiedad del inversionista o bajo su control directo o indirecto**, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una demanda en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación [...].*

178. Según Odyssey, “[a]l considerar la letra y el propósito del Artículo 1117 del TLCAN, los tribunales han encontrado que permite a los inversionistas interponer reclamaciones en nombre de las subsidiarias constituidas localmente que el inver[s]ionista posee o controla directa o indirectamente”¹³⁹. Puesto que el TLCAN no define el concepto de control, la Demandante aduce que los tribunales han centrado su atención en el concepto de control empresario. Siguiendo el razonamiento en el caso *B-Mex c. México*, Odyssey arguye que un inversionista tiene el control de una empresa si posee suficientes acciones como para tener la capacidad legal de controlar la empresa o ejercer de otro modo el control de facto¹⁴⁰. El control corporativo, tal como concluyera el tribunal en el caso *Nelson c. México*, existe cuando hay “[t]itularidad de más del 50% de las acciones en una sociedad”¹⁴¹.

¹³⁸ Memorial, ¶ 192, donde se citan C-0033, Certificado de Constitución de Odyssey Marine Exploration, Inc., 28 de agosto de 1997; C-0094, Odyssey Marine Exploration, Constancia de Inscripción, 8 de julio de 2020; Declaración Testimonial de Mark Gordon, ¶ 6.

¹³⁹ Memorial, ¶ 194.

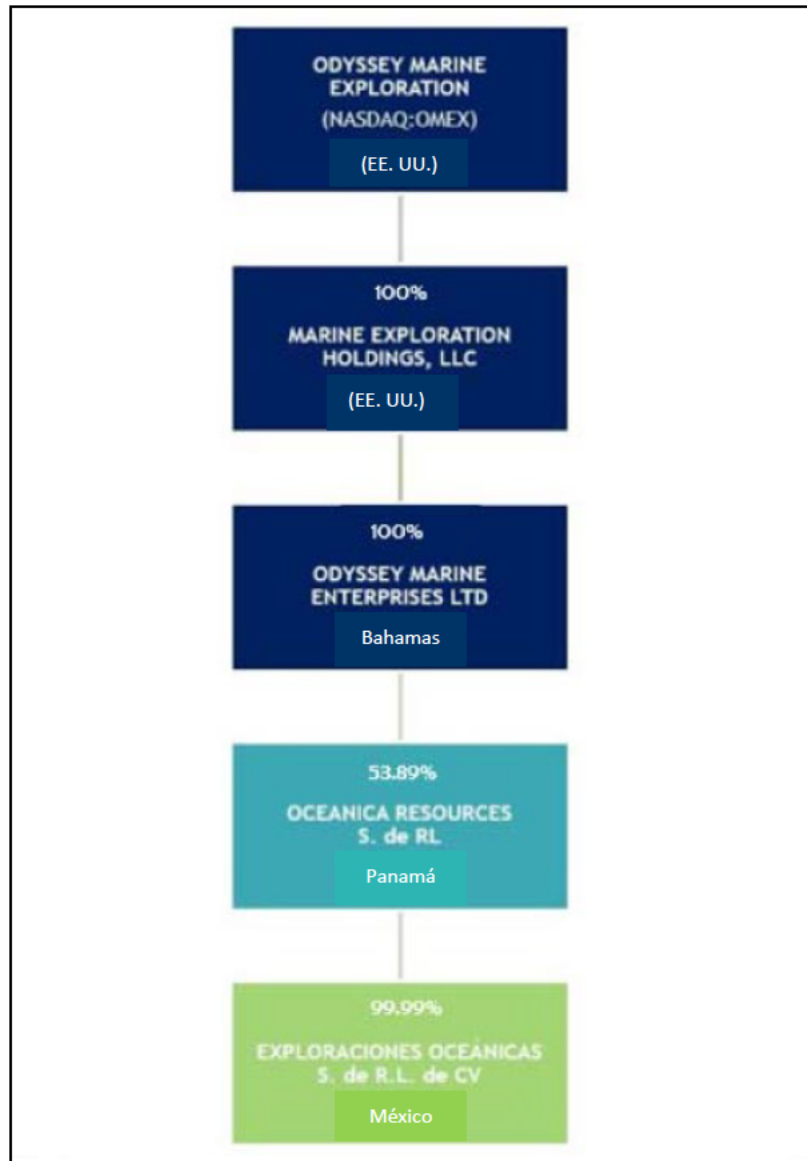
¹⁴⁰ Memorial, ¶ 195, donde se cita CL-0019, *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, ¶ 205.

¹⁴¹ Memorial, ¶ 196, donde se cita CL-0127, *Nelson c. México*, Laudo Final, ¶ 188.

179. Tal como afirmó la Demandante, ExO es una empresa mexicana en la que Odyssey tiene una participación mayoritaria a través de empresas intermediarias controladoras¹⁴². Odyssey es propietaria del 53,89 % de la empresa panameña Oceánica a través de sus subsidiarias estadounidense y bahameña de participación total, Marine Exploration Holding, LLC y Odyssey Marine Enterprises, Ltd., respectivamente. Oceánica, a su vez, es titular del 99,99 % de las acciones de ExO. De este modo, la estructura es la siguiente¹⁴³:

¹⁴² Véanse **C-0183**, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de ExO, 29 de marzo de 2019; **C-0184**, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de Oceánica, 29 de marzo de 2019; **C-0211**, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de OMEX, 29 de marzo de 2019; **C-0212**, Certificado del Tesorero, Participación Accionaria de OMEX Enterprises, 29 de marzo de 2019.

¹⁴³ Memorial, ¶ 197.



180. La posición de México, sin embargo, es que las afirmaciones formuladas por la Demandante no cumplen la carga de la prueba que exige el Artículo 1117 del TLCAN para presentar una reclamación en representación de una empresa. Según el Demandado, Odyssey debe aportar todas las pruebas necesarias para demostrar que tiene la propiedad o el control de ExO¹⁴⁴. Añade que incluso considerando que las afirmaciones de la Demandante sean ciertas, poseer el 54 % de Oceánica no equivaldría a tener el control de

¹⁴⁴ Memorial de Contestación, ¶ 400.

ExO y cuando no se ha establecido el control *de jure*, el control *de facto* debería demostrarse más allá de toda duda razonable¹⁴⁵.

181. En opinión del Tribunal, sobre la base de las pruebas con las que cuenta en este caso, la participación mayoritaria crea una presunción refutable de control y lo que queda por determinar es si México aportó pruebas para refutar esa presunción.
182. En cuanto a la participación mayoritaria, el Demandado no controvertió el hecho de que Odyssey sea propietaria indirecta del 53,89 % de ExO. Sin embargo, planteó diferentes argumentos para sembrar dudas respecto del control de Odyssey sobre ExO. Estos argumentos se relacionaban con el hecho de que la Demandante informó a la SEC que había comprometido la mayoría de sus activos a MINOSA y a Monaco o con la circunstancia de que Odyssey “*parece haber vendido una participación sustancial en este arbitraje a la firma Poplar Falls LLC*” y al hecho de que AHMSA, empresa mexicana, y el Sr. Ancira, ciudadano mexicano, lideraron la búsqueda de aprobaciones por parte de la SEMARNAT¹⁴⁶.
183. A juicio de este Tribunal, estos elementos invocados por México no son idóneos para poner en duda el control indirecto que Odyssey tiene sobre ExO. Se trata de circunstancias accesorias, ninguna de las cuales, al ser consideradas de manera individual o conjunta, puede demostrar que Odyssey no tenga control sobre ExO o que la presunción de control deba, en este caso, invalidarse. La existencia de un compromiso de activos o la venta de una participación en este arbitraje a un tercero no implica, desde luego, una pérdida de control de Odyssey sobre ExO, a menos que se acredite que estas operaciones incluían tal efecto específico, lo que no se ha demostrado. Además, los préstamos obtenidos por Odyssey con MINOSA, Monaco y Poplar Falls, LLC se exponen en el Informe Anual del Formulario 10-K de Odyssey correspondiente al año 2019¹⁴⁷ y no existen indicios de que esos acuerdos financieros otorgaran a los prestamistas autoridad para ejercer control sobre ExO. El mismo razonamiento se aplica a la alegación formulada por el Demandado de que una empresa mexicana o un ciudadano mexicano tuvieron un papel relevante en la

¹⁴⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 403-404, donde se cita **RL-0003**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 106.

¹⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 405-406.

¹⁴⁷ **C-0190**, Formulario 10-K de Odyssey Marine Exploration, Inc. correspondiente al período finalizado el 31 de diciembre de 2019, 20 de marzo de 2020, pág. 3, págs. 21-24.

búsqueda de los permisos de ExO ante las autoridades ambientales mexicanas. Concluir a partir de ese hecho circunstancial que Odyssey no sería quien controla a ExO es un alegato que no tiene sustento probatorio.

184. Igualmente significativo resulta el hecho de que la Demandante glosó pruebas adicionales al expediente a los efectos de acreditar que ExO es de propiedad virtualmente total de Oceánica y que Odyssey tiene indirectamente participación y control mayoritarios en esta última a través de Odyssey Marine Exploration Holdings, LLC (EE. UU.) y Odyssey Marine Enterprises, Ltd. (Bahamas)¹⁴⁸. Entre estas pruebas se encuentran el Acta de la Asamblea General Anual Ordinaria de Socios de ExO, de fecha 17 de mayo de 2019¹⁴⁹, las escrituras públicas de Oceánica de los meses de octubre de 2015 y mayo de 2020¹⁵⁰, el Certificado de Acciones de Odyssey Marine Enterprises, Ltd. (Bahamas)¹⁵¹ y el Estatuto de Odyssey Marine Exploration Holdings, LLC (EE. UU.) del año 2013¹⁵².
185. Asimismo, la Demandante presentó un documento para demostrar que Odyssey Marine Enterprises, Ltd. también posee los derechos de voto de una cuota adicional de DNA Ltd., otra titular de participaciones en Oceánica¹⁵³. Por ende, “[t]anto el 53,89 % de la estructura accionaria mayoritaria y el 58 % del poder de voto demuestran, por lo tanto, de modo concluyente que Odyssey ejerce un control legal indirecto sobre Oceáni[ca] y, a su vez, sobre ExO”¹⁵⁴.
186. Habida cuenta de estas pruebas adicionales aportadas por la Demandante, México pareciera haber cambiado su posición y retirado su objeción jurisdiccional al colegir que “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”¹⁵⁵.
187. En conclusión, dado (i) el hecho de que Odyssey es propietaria indirecta del 53,89 % de ExO no se controvierte; (ii) que dicho control mayoritario crea una presunción refutable de

¹⁴⁸ Réplica, ¶ 139.

¹⁴⁹ C-0447, Resoluciones de la Asamblea General Anual Ordinaria de Socios de Exploraciones Oceánicas, 17 de mayo de 2019, pág. 1.

¹⁵⁰ C-0390, Escritura Pública de Oceánica Resources, S. de R. L., 23 de octubre de 2015, págs. 6-8.

¹⁵¹ C-0368, Certificado de Acciones de Marine Exploration Holdings LLC, 17 de abril de 2013.

¹⁵² C-0369, Estatuto de Marine Exploration Holdings LLC, 17 de abril de 2013, pág. 7.

¹⁵³ C-0370, Poder de Voto otorgado por DNA Ltd., Inc., 19 de agosto de 2013.

¹⁵⁴ Réplica, ¶ 141.

¹⁵⁵ Dúplica, ¶ 310.

control; (iii) que Odyssey presentó pruebas suficientes de que efectivamente controla a ExO; y (iv) que México no aportó ninguna prueba relevante para refutar ya sea la presunción o las pruebas de Odyssey, esta tiene legitimación jurídica para presentar una reclamación en su nombre. Por lo tanto, el Tribunal determina que tiene jurisdicción sobre la reclamación de Odyssey, tanto en virtud del Artículo 1116 como del Artículo 1117 del TLCAN.

V. FONDO

A. VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1105 DEL TLCAN

(1) Posición de la Demandante

a) *Estándar de TJE*

188. El primer alegato de la Demandante es que México violó el estándar de trato en virtud del Artículo 1105 del TLCAN.
189. La Demandante argumenta que, si bien la SEMARNAT había determinado inicialmente que el Proyecto no representaba ningún riesgo ambiental no mitigable, se le negó el permiso ambiental debido a la interferencia del Sr. Pacchiano, quien, en busca de beneficios personales y políticos, abusó de su autoridad pública, ordenó “*a los funcionarios de la SEMARNAT ‘encontrar’ una razón para evitar la aprobación del Proyecto de forma indefinida*”¹⁵⁶ y ordenó “*que sus funcionarios emitieran una conclusión manifiestamente irrazonable que muestra nada menos que desprecio por el TFJA y por el estado de derecho en general*”¹⁵⁷. La Demandante arguye además que la SEMARNAT se excedió en su “*mandato legal y el derecho ambiental aplicable*” y, esencialmente, “*falló en considerar de buena fe la evidencia presentada por ExO en respaldo del Proyecto*”¹⁵⁸. Las “*órdenes de mando secretas*” del Secretario Pacchiano obligaron, en dos oportunidades, a los funcionarios de la SEMARNAT a ignorar y caracterizar incorrectamente la evidencia y las consideraciones de política ambiental que deberían haber regido su trabajo. Al hacerlo, la

¹⁵⁶ Memorial, ¶¶ 219-220.

¹⁵⁷ Memorial, ¶ 220.

¹⁵⁸ Memorial, ¶ 221.

negativa conculcó los principios de transparencia y debido proceso y violó el derecho mexicano¹⁵⁹. Dicha denegatoria, en opinión de la Demandante, constituye un incumplimiento de la obligación del Demandado de otorgar a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo (“TJE”), de conformidad con el Artículo 1105 del TLCAN.

190. En cuanto al alcance del estándar de protección de TJE, la Demandante sostiene que el Artículo 1105 del TLCAN “engloba los siguientes principios, y su violación puede evidenciarse como prueba de un comportamiento incompatible con ellos: (i) transparencia; (ii) buena fe; (iii) trato libre de conductas arbitrarias y/o discriminatorias; (iv) debido proceso; y (v) cumplimiento de las expectativas razonables”¹⁶⁰. La Demandante aduce además que los estándares de TJE y de protección y seguridad plenas (FPS, por sus siglas en inglés) reflejan el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. No obstante, la Demandante invoca el laudo *Pope & Talbot c. Canadá* y alega que el estándar mínimo de protección no se encuentra “congelado en ámbar”¹⁶¹, sino que es relativo y cambia en el tiempo. El contenido del nivel mínimo debería “reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario”¹⁶². La Demandante plantea que esto no debería ser controvertido por México¹⁶³.
191. La Demandante solicita al Tribunal que evalúe la aplicación de la norma consuetudinaria de estándar mínimo de protección teniendo en cuenta otras decisiones de cortes y tribunales a los que se les pidió aplicar el derecho internacional junto con las opiniones de académicos del derecho y juristas eminentes. La Demandante asevera que el Tribunal no debería considerar esta cuestión en términos abstractos¹⁶⁴. Dicho de otro modo, el Tribunal debe determinar el alcance del Artículo 1105 del TLCAN conjuntamente con la evolución del derecho internacional consuetudinario y el impacto de los TBI en su evolución¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Memorial, ¶ 221.

¹⁶⁰ Memorial, ¶ 217 (énfasis agregado).

¹⁶¹ Memorial, ¶ 223, donde se cita **CL-0091**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, ¶ 57.

¹⁶² Réplica, ¶ 176, donde se cita **CL-0168**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 194.

¹⁶³ Réplica, ¶ 177.

¹⁶⁴ Memorial, ¶ 224.

¹⁶⁵ Memorial, ¶ 225.

192. En el mismo sentido, la Demandante alega que este Tribunal no tiene que analizar si el Artículo 1105(1) del TLCAN debería interpretarse como un estándar autónomo que se aparta del derecho internacional consuetudinario. En cambio, las acciones de México fueron graves y podrían haber violado hasta una interpretación rigurosa y conservadora del estándar¹⁶⁶. El estándar mínimo de trato debería ser considerado “*un concepto abarcativo que incorpora un conjunto de reglas que durante siglos han cristalizado en una costumbre internacional en contextos específicos*”¹⁶⁷. Por lo tanto, es un concepto que depende de los hechos que permite a los inversionistas formular el argumento de que no han recibido un buen trato “*debido a medidas discriminatorias o de cualquier otro modo injustas tomadas en contra de sus intereses*”¹⁶⁸.
193. La Demandante invoca el laudo en el caso *Waste Management c. México (II)*, en el que el tribunal articuló el estándar en los siguientes términos:
- “[E]l nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”¹⁶⁹.
194. Si bien la Demandante reconoce que ambas partes coinciden en que el estándar para evaluar un incumplimiento del Artículo 1105 del TLCAN se encuentra encapsulado en el resumen frecuentemente citado en el caso *Waste Management c. México (II)*¹⁷⁰, discrepa de la

¹⁶⁶ Memorial, ¶ 226.

¹⁶⁷ Memorial, ¶ 227, donde se cita **CL-0004**, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, Estados Unidos de América, sobre el Artículo 1105(1) y *Pope & Talbot*, 27 de junio de 2002, pág. 2.

¹⁶⁸ Memorial, ¶ 227.

¹⁶⁹ Memorial, ¶ 228, donde se cita **CL-0121**, *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 98.

¹⁷⁰ Réplica, ¶ 175; Memorial de Contestación, ¶ 449.

opinión del Demandado de que el umbral para demostrar una violación del estándar sería extremadamente alto¹⁷¹.

195. Según la Demandante, el Artículo 1105 del TLCAN engloba los principios de transparencia y sinceridad, buena fe, conducta no arbitraria, debido proceso y respeto de las expectativas legítimas de los inversionistas¹⁷². La Demandante argumenta además que México debería haber tenido conocimiento de este estándar a la luz de una serie de casos en los que México intentó sin éxito disfrazar sus acciones ilegales de medidas de protección ambiental¹⁷³.
196. En primer lugar, la Demandante arguye que, como piedra angular del derecho internacional, el principio de buena fe forma parte inherente del estándar de TJE. Asimismo, la Demandante cita la obra *General Principles of Law* del Prof. Cheng y aduce que el principio de buena fe también está relacionado con el principio de abuso de derecho, ya que “[c]uando el derecho deja la cuestión al juicio de quien ejerce el derecho, su discreción debe ser ejercida de buena fe, y el derecho intervendrá en todos aquellos casos en los que se abuse de esta discrecionalidad”¹⁷⁴.
197. La Demandante está en desacuerdo con la opinión del Demandado de que la buena fe no es una regla sustantiva del derecho internacional y que la falta de buena fe por sí sola no puede constituir una violación del TJE. La buena fe forma parte integrante del estándar mínimo de trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Según la Demandante, “[e]sto es lo mismo que reconoció el tribunal en *Waste Management II*: ‘[u]na obligación básica del Estado [receptor bajo el estándar mínimo de trato] es actuar de buena fe y forma y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados’”¹⁷⁵. Del mismo modo, tal como concluyera el tribunal en *TECO c. Guatemala*, la falta de buena fe por parte del Estado receptor o sus organismos debería tenerse en cuenta para determinar la posible violación del estándar mínimo¹⁷⁶.

¹⁷¹ Réplica, ¶ 176.

¹⁷² Memorial, ¶ 229.

¹⁷³ Réplica, ¶ 177.

¹⁷⁴ Memorial, ¶¶ 231-232, donde se cita **CL-0015**, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 2006, págs. 132-133.

¹⁷⁵ Réplica, ¶ 181, donde se cita **CL-0121**, *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 138.

¹⁷⁶ Réplica, ¶ 182, donde se cita **CL-0113**, *TECO Guatemala Holdings LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶ 456.

198. Los tribunales de inversión también han empleado la teoría del abuso de derecho para interpretar el estándar mínimo de trato en virtud del derecho internacional. El ejercicio por parte de un Estado de “*un derecho con propósito diferente para el cual fue creado*” es ilegal conforme el derecho internacional consuetudinario y constituye una violación del TJE¹⁷⁷.
199. La Demandante aclara que las acciones de mala fe del Estado constituyen siempre una violación del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, reconoce que los demandantes no están obligados a demostrar que hubo mala fe en la conducta del Estado para establecer una violación del estándar mínimo. Ello es así dado que “*un Estado puede tratar a una inversión extranjera de forma injusta e inequitativa sin actuar necesariamente de mala fe*”¹⁷⁸.
200. En segundo lugar, en cuanto al estándar jurídico asociado a la obligación del Demandado de no someter a los inversionistas a conductas arbitrarias, la Demandante advierte que la arbitrariedad es un “*desconocimiento deliberado del debido proceso legal*”, “*algo que se hace de forma caprichosa, sin razón aparente*” o “*una medida que se toma por razones que son diferentes a las que alega el decisor*”¹⁷⁹. Una medida arbitraria no responde a la ley o la razón¹⁸⁰. La Demandante señala que una medida motivada en consideraciones políticas o de conveniencia antes que en el estándar jurídico es “*una forma clásica de conducta arbitraria*”¹⁸¹. Una medida destinada a responder a presiones electorales o a satisfacer a grupos de interés masivo no se ajusta al Artículo 1105 del TLCAN.
201. Por lo tanto, la arbitrariedad presupone la existencia de una medida que perjudica al inversionista sin cumplir aparentemente propósito legítimo alguno o estar basada en un estándar jurídico. En cambio, es discrecional y refleja preferencias personales o prejuicio¹⁸². La Demandante cita una serie de laudos dictados en el marco del TLCAN que

¹⁷⁷ Réplica, ¶ 183, donde se cita **CL-0104**, *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Laudo, 30 de junio de 2009, ¶ 160.

¹⁷⁸ Réplica, ¶ 176, donde se cita **CL-0078**, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 116.

¹⁷⁹ Memorial, ¶ 233, donde se cita **CL-0028**, *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, C.I.J. 1989, pág. 15, y ¶ 128.

¹⁸⁰ Memorial, ¶¶ 236-241.

¹⁸¹ Memorial, ¶¶ 234-235.

¹⁸² Memorial, ¶ 236.

confirmaron que existe arbitrariedad cuando hay un motivo oculto detrás de la medida adoptada, como, por ejemplo, intenciones proteccionistas, y prejuicios y no razón¹⁸³. La Demandante observa que los tribunales han aceptado sistemáticamente que las decisiones tomadas por razones políticas son “*el epítome del trato arbitrario*” y, como tales, constituyen una violación del Artículo 1105 del TLCAN¹⁸⁴.

202. En opinión de la Demandante, la alegación del Demandado de que el tribunal en el caso *Cargill c. México* habría sido el único que “*ha encontrado [...] una violación al Artículo 1105 basándose únicamente en pruebas de arbitrariedad*” es “*incorrecta como irrelevante*”¹⁸⁵. La Demandante arguye que el Demandado pasó por alto intencionalmente la determinación del tribunal en *Bilcon c. Canadá*, que concluyó que la conducta cuestionada era arbitraria y, por lo tanto, violatoria del Artículo 1105 del TLCAN¹⁸⁶. Del mismo modo, los tribunales en los casos *Nelson c. México* y *Pope & Talbot c. Canadá* también han colegido que los reglamentos locales para perseguir objetivos distintos de aquellos a los que los instrumentos jurídicos pertinentes apuntaban originalmente equivalían a una violación del Artículo 1105 del TLCAN¹⁸⁷.
203. Dado que el Artículo 1105 del TLCAN refleja el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, “*cualquier tribunal que interprete un trato arbitrario en el contexto del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario es, cuanto menos, potencialmente relevante*”¹⁸⁸. Si bien el Demandado afirma que los laudos ajenos al TLCAN deberían tomarse con pinzas, ha aceptado implícitamente la postura de la Demandante en virtud de su referencia al Fallo de la CIJ en el caso *ELSI* que define la arbitrariedad¹⁸⁹.
204. En tercer lugar, la Demandante sostiene que los funcionarios de México deben respetar el debido proceso y la corrección procesal al tratar a inversionistas e inversiones extranjeros.

¹⁸³ Memorial, ¶ 237.

¹⁸⁴ Réplica, ¶ 190.

¹⁸⁵ Réplica, ¶ 185.

¹⁸⁶ Réplica, ¶ 186.

¹⁸⁷ Réplica, ¶ 187, donde se citan **CL-0127**, *Nelson c. México*, Laudo Final, ¶ 325; **CL-0089**, *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo Provisional, ¶ 99.

¹⁸⁸ Réplica, ¶ 189.

¹⁸⁹ Réplica, ¶¶ 188-189, donde se cita Memorial de Contestación, ¶¶ 478-479.

La existencia de un procedimiento justo es un elemento fundamental del estado de derecho y del estándar de TJE. Dicha norma se aplica a actos de la administración, del poder judicial y del poder ejecutivo del Estado. Las decisiones administrativas deberían cumplir con el debido proceso legal, es decir, el Estado debería actuar de manera razonada e imparcial¹⁹⁰. En esencia, el TJE comprende el debido proceso administrativo y judicial y está íntimamente relacionado con la adecuada administración de justicia (civil y penal). Por ende, las autoridades mexicanas se encuentran obligadas a “*tom[ar] decisiones basadas únicamente en criterios relevantes, conocidos y bien establecidos en vez de hacerlo por motivos inadecuados, y su poder regulatorio –es decir, su poder para regular actividades tales como el dragado de minerales fuera en el mar– no puede ser utilizado para propósitos ilegítimos cubiertos bajo un manto de legitimidad*”¹⁹¹.

205. La Demandante señala que “*la jurisprudencia en el marco del TLCAN demuestra que los tribunales han sido bastante demandantes en su lectura del nivel de conducta requerido por parte del Estado receptor para que este respete sus obligaciones de debido proceso*”¹⁹². Aunque el Demandado cita extensamente al Prof. Dumberry, insiste en alegar que el umbral relativo a la violación del debido proceso conforme al Artículo 1105 del TLCAN es alto sin considerar el nivel de conducta requerido por parte del Estado receptor para cumplir dicha obligación¹⁹³.
206. Por último, la Demandante se centra en la obligación de México de no frustrar las inversiones de los inversionistas si ellas operan de conformidad con las expectativas legítimas de un inversionista extranjero. A juicio de la Demandante, con arreglo al Artículo 1105 del TLCAN, un Estado es responsable si los inversionistas han “*sufrido pérdidas al confiar razonablemente, en su detrimento eventual, en las expectativas legítimas generadas por las regulaciones ambientales o las promesas expresas del Estado receptor o por la conducta de sus funcionarios atribuible al Estado*”¹⁹⁴. Dicho de otro modo, el marco jurídico y regulatorio pertinente existente antes de la medida en cuestión puede

¹⁹⁰ Réplica, ¶¶ 190-192.

¹⁹¹ Memorial, ¶ 243.

¹⁹² Réplica, ¶ 192, donde se cita **RL-0022**, P. Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, 2013, pág. 259.

¹⁹³ Réplica, ¶ 192.

¹⁹⁴ Memorial, ¶ 244.

configurar las expectativas legítimas del inversionista y las expectativas legítimas del inversionista forman parte integral del “*análisis general sobre si el trato ha violado el estándar mínimo de trato justo*”¹⁹⁵.

207. La Demandante aduce que México ha caracterizado incorrectamente el argumento jurídico y fáctico de Odyssey. La Demandante jamás arguyó que las expectativas razonables equivalgan a “*un estándar autónomo o una pretensión autónoma*”¹⁹⁶, sino que las expectativas legítimas de un inversionista son un factor que este Tribunal debe considerar al analizar si existe violación del estándar mínimo de protección¹⁹⁷. La expectativa legítima de la Demandante no era que habría recibido la aprobación necesaria, sino que México se habría regido por “*sus propias leyes*” y evaluaría la MIA objetivamente, es decir “*en función de sus propios méritos*”¹⁹⁸. El debido proceso administrativo y el estado de derecho obligaban a México a hacerlo y allanaban el camino a la expectativa legítima de Odyssey de que el proceso no habría sido subvertido por caprichos políticos. Además, Odyssey recibió garantías expresas de que el Sr. Pacchiano aprobaría el Proyecto si lo retiraba y lo volvía a presentar con las cartas de apoyo solicitadas¹⁹⁹.
208. La Demandante discrepa de la postura del Demandado en el sentido de que el Tribunal no debería considerar decisiones dictadas por tribunales fuera del contexto del TLCAN. Esta opinión, además de ser contraria a la propia referencia del Demandado a la jurisprudencia ajena al TLCAN, no se ajusta a la conclusión de la Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del mes de julio de 2001 de que el estándar establecido por el Artículo 1105 del TLCAN refleja el derecho internacional consuetudinario. Este estándar no es aislado ni parte de un tratado específico. Se trata de un estándar universal y debe ser considerado como tal²⁰⁰. Sobre ese particular, la Demandante rechaza el intento del Demandado de dotar al estándar mínimo de trato de un contexto específico al caso al

¹⁹⁵ Memorial, ¶ 246, donde se cita **CL-0122**, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, ¶ 282.

¹⁹⁶ Réplica, ¶ 202.

¹⁹⁷ Réplica, ¶¶ 201-205.

¹⁹⁸ Réplica, ¶ 204.

¹⁹⁹ Réplica, ¶ 205.

²⁰⁰ Réplica, ¶¶ 177-178.

considerar que la arbitrariedad, el debido proceso y la buena fe son principios distintos que constituyen pretensiones procesales diferentes. Lo que los tribunales analizaron fue si el trato era justo o equitativo conforme a los estándares internacionales²⁰¹. Tal como explica la Demandante, “*estos conceptos no son pretensiones; 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. Resulta claro que, sin perjuicio del lente elegido, la misma imagen es la que se revela: el trato no fue ni justo ni equitativo según los estándares internacionales*”²⁰². Para demostrar la existencia de una violación del estándar de TJE del Artículo 1105 del TLCAN basta con acreditar que el Estado no ha respetado alguno de estos principios²⁰³.

209. La Demandante también se muestra en desacuerdo con la invocación por parte de México del caso *Vento c. México* y el argumento de que las decisiones administrativas tomadas bajo “*órdenes de mando secretas*” no constituyen una violación del Artículo 1105 del TLCAN. Lo que importa aquí es la razón de esa negativa y no la caracterización incorrecta de la medida cuestionada como una “*negativa de autorización ambiental*”²⁰⁴. La Demandante arguye que la negativa de la MIA fue producto de motivaciones políticas e intereses personales del Secretario Pacchiano y no de consideraciones ambientales legítimas. Al respecto, siempre que se hayan comprobado los hechos alegados, se viola el estándar mínimo de trato. Según Odyssey, “*no hay nada en Vento que sugiera algo diferente*”, pues el tribunal en ese caso ratificó el enfoque del estándar mínimo de trato de *Waste Management c. México (II)*²⁰⁵. Además, este Tribunal no está constreñido por los hallazgos fácticos del caso *Vento c. México* toda vez que “*cada tribunal es responsable de su propio establecimiento de los hechos, que se basan en las circunstancias particulares de cada caso*”²⁰⁶.

²⁰¹ Réplica, ¶ 179.

²⁰² Réplica, ¶ 179.

²⁰³ Réplica, ¶¶ 175-192.

²⁰⁴ Réplica, ¶ 194.

²⁰⁵ Réplica, ¶ 195, donde se cita **RL-0020**, *Vento Motorcycles, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 276.

²⁰⁶ Réplica, ¶ 196.

210. En cualquier caso, los “*fundamentos fácticos de la decisión en Vento son completamente diferentes a los de este caso*”²⁰⁷. Si bien Vento alegó que los funcionarios impositivos de México actuaron bajo expresas órdenes de mando para frenar la expansión de Vento a México, no estaba claro quién había dado la supuesta orden y si esa orden realmente se había impartido. Por el contrario, en el presente caso, “*no hay dudas sobre quién fue el responsable de la orden de denegar la MIA y las circunstancias en las cuales se dio dicha orden*”²⁰⁸. El Sr. Pacchiano ordenó de manera deliberada las denegatorias en beneficio personal y político²⁰⁹.

b) México violó el estándar de TJE

211. La Demandante argumenta que México violó el Artículo 1105 del TLCAN porque las denegatorias de la MIA fueron manifiestamente arbitrarias, llevadas a cabo de mala fe y en flagrante desconocimiento del debido proceso.

212. En primer lugar, según la Demandante, el testimonio de dos exfuncionarios senior de la SEMARNAT, los Sres. Villa y Flores, así lo demuestra. Al haber sido los responsables de la revisión de la MIA, estos dos exfuncionarios de la SEMARNAT conocen de primera mano las circunstancias que rodearon los rechazos.

213. El Sr. Flores declaró que la MIA Inicial de ExO era “*una de las MIA más completas*” que había revisado y que la DGIRA estaba preparada para “*emitir el resolutivo autorizando de manera condicionada la MIA*”²¹⁰. El Sr. Pacchiano intervino y expresó su preocupación por que su carrera política pudiera haberse visto afectada por esta autorización y “*orquestó las cosas para requerir que ExO retirara y volviera a presentar la MIA*”²¹¹.

214. Incluso luego de que ExO volviera a presentar su MIA, testifica además el Sr. Flores, el Secretario Pacchiano se sintió personalmente insultado por una declaración hecha por uno de los representantes de ExO durante su reunión de fines del mes de marzo de 2016 y “*ordenó a[l] [Sr. Flores] ‘encontrar una razón para negar la MIA’*”²¹². Además, la

²⁰⁷ Réplica, ¶ 197.

²⁰⁸ Réplica, ¶ 198.

²⁰⁹ Réplica, ¶¶ 197-200.

²¹⁰ Memorial, ¶ 251, donde se cita Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶¶ 8, 11.

²¹¹ Memorial, ¶ 251.

²¹² Memorial, ¶ 251, donde se cita Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 20.

declaración testimonial del Sr. Flores arroja luz sobre el hecho de que el Secretario Pacchiano recurrió a una justificación basada en “*el supuesto efecto sobre las tortugas marinas especialmente sobre la especie de la tortuga Caretta caretta, dado el amplio apoyo público a la protección de la misma, y particularmente en el contexto de la amplia mortandad de individuos de esta especie por la pesca ribereña en la Bahía de Ulloa*”²¹³. Básicamente, la Demandante alega que se ordenó al Sr. Flores que firmara la denegatoria de la MIA de ExO sobre la base de una justificación que carecía de mérito científico.

215. Del mismo modo, según la Demandante, el testimonio del Sr. Villa confirma que la MIA de ExO estaba a punto de ser aprobada de no ser por la interferencia del Secretario Pacchiano. El Sr. Villa también confirmó que el Sr. Pacchiano se sintió personalmente insultado durante la reunión del mes de marzo de 2016 y ordenó al *staff* que encontrarán una razón para denegar el Proyecto aunque no hubiera un motivo para hacerlo ni evidencia de que la especie *Caretta caretta* habría sido impactada por el Proyecto²¹⁴.
216. En consecuencia, la Demandante arguye que la MIA de ExO no se evaluó en forma justa y adecuada. México no tenía intención alguna de involucrarse en una revisión de buena fe de la MIA. Por el contrario, ya había decidido denegarla. Por ejemplo, un mes antes de que la SEMARNAT emitiera la Segunda Denegatoria, el Secretario Pacchiano dio una conferencia de prensa y, aunque se negó a predecir el resultado de otras solicitudes aludiendo a que era necesario efectuar un “*análisis profundo*”, declaró públicamente que el Proyecto sería rechazado²¹⁵. El Sr. Pacchiano hasta utilizó su cuenta pública de Twitter para compartir un resumen de la decisión y promocionar públicamente el rechazo, demostrando que percibía el rechazo como algo beneficioso para su imagen política personal²¹⁶.
217. Además, la Demandante aduce que la esposa del Sr. Pacchiano, la Sra. Alejandra Lagunes, se postulaba para el Senado en una plataforma proambiental, escaño que finalmente ganó. Por ello, el riesgo de aprobar el Proyecto resultaba obvio²¹⁷.

²¹³ Memorial, ¶¶ 249-251, donde se cita Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 25.

²¹⁴ Memorial, ¶¶ 252-253, donde se cita Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 8-10, 13.

²¹⁵ Memorial, ¶ 256, donde se cita C-0176, *Los Cabos*, septiembre de 2018.

²¹⁶ Memorial, ¶ 257, donde se cita C-0177, Captura de Pantalla de la Cuenta de Twitter de la SEMARNAT/Retweet de R. Pacchiano, 18 de octubre de 2018; Réplica, ¶ 117.

²¹⁷ Réplica, ¶ 111.

218. A juicio de la Demandante, los intentos por parte del Demandado de impugnar el valor probatorio de los testigos de la Demandante deberían rechazarse.
219. Por un lado, el hecho de que los Sres. Flores y Villa, exfuncionarios de la SEMARNAT, se arriesgaran a prestar testimonio en el clima político de ese momento refuerza su credibilidad. Al igual que su participación como testigos en el caso *Abengoa c. México*²¹⁸.
220. La acusación del Demandado en cuanto a que Odyssey compensará a los testigos según el resultado del caso y que, por ende, los testigos no serían objetivos, es escandalosa y absurda. Odyssey ha celebrado contratos con ellos únicamente con el propósito de reembolsar a estos los importes correspondientes por el tiempo que les llevó preparar sus declaraciones testimoniales. Esta compensación no depende de los resultados de la disputa. En cualquier caso, el reembolso por el tiempo empleado en preparar una declaración testimonial es admisible en virtud del derecho mexicano y “una práctica aceptada en el arbitraje internacional”²¹⁹.
221. En este sentido, la referencia del Demandado al Formulario 10-K de Odyssey también es engañosa. El Formulario 10-K indica claramente que la emisión de acciones a favor de los consultores depende de que “el gobierno mexicano apruebe y emita la Evaluación de Impacto Ambiental”²²⁰. Lo mismo en el caso de la tarifa de éxito de USD 700.000, pagadera con la aprobación y emisión de la EIA. Dichos honorarios de contingencia no dependen del resultado del arbitraje²²¹. Además, los consultores del 10-K no son los peritos o testigos en el presente procedimiento y el Demandado no aportó ninguna prueba que sugiera lo contrario²²².
222. Asimismo, para la Demandante, no es realista esperar que dos funcionarios públicos presenten una denuncia contra su superior y pongan en riesgo *ipso facto* su empleo. El Sr. Pacchiano admitió que poseía el poder de despedirlos. Por lo tanto, la Demandante argumenta que sería sorprendente si este Tribunal vinculara el valor probatorio de las

²¹⁸ Réplica, ¶ 146.

²¹⁹ Réplica, ¶ 147.

²²⁰ Réplica, ¶¶ 172-174, donde se cita **C-0190**, Formulario 10-K de Odyssey Marine Exploration, Inc. correspondiente al período finalizado el 31 de diciembre de 2019, 20 de marzo de 2020, pág. 69.

²²¹ Réplica, ¶¶ 173-174.

²²² Réplica, ¶ 174.

declaraciones testimoniales con la vacilación de los testigos en cuanto a poner en riesgo sus carreras cuando se impartió la orden ilegal²²³. Incluso en virtud del régimen jurídico aplicable en ese entonces no se alentaba a los servidores públicos a denunciar irregularidades ya que resultaba imposible para el funcionario mantenerse anónimo. La cultura hostil en contra de los ‘alertadores’ en México y la ausencia de protección jurídica obstaban para que cualquier servidor público revelara actos ilegales. Esto recién fue posible en el año 2019, cuando se emitieron los Lineamientos para la Promoción y Operación del Sistema de Ciudadanos Alertadores Internos y Externos de la Corrupción. Tras su implementación, se puso a disposición la Plataforma de Alertadores después del 19 de octubre de 2020 y permitió la presentación de denuncias anónimas²²⁴. Sin embargo, incluso en virtud de este nuevo régimen, los Sres. Flores y Villa no habrían podido garantizar su anonimidad, puesto que la plataforma está “*restringida para hechos [particularmente] graves [cometidos por funcionarios públicos]*”²²⁵. Incluso si los testigos hubieran decidido asumir ese riesgo, poner en peligro sus carreras y exponerse como “*chivatos*” o “*soplones*”, la imposición de cualquier sanción contra el Sr. Pacchiano habría dependido del Presidente, lo cual habría sido extremadamente improbable²²⁶.

223. Por otro lado, según la Demandante, tampoco deben tenerse en cuenta las críticas vertidas por el Demandado en contra de cada uno de los testigos individualmente.
224. La Demandante señala el hecho de que el Sr. Flores nunca emitió la autorización para el proyecto Cabo Cortés, como alega engañosamente el Demandado. A mayor abundamiento, aunque el Sr. Flores ha sido efectivamente suspendido por la decisión de la Unidad de Control Interno del año 2018, ha sido exonerado, pues dicha decisión fue declarada ilegal por el TFJA²²⁷.
225. En cuanto al intento por parte del Demandado de desacreditar al Sr. Villa, la Demandante aduce que México alega de manera engañosa que su testimonio violaría el derecho penal mexicano (Artículos 214 y 220 del Código Penal Federal de México). Cuando el Sr. Villa

²²³ Réplica, ¶ 166.

²²⁴ Segundo Informe Pericial de Sergio Huacuja Betancourt, ¶¶ 23-24.

²²⁵ Réplica, ¶ 169.

²²⁶ Réplica, ¶¶ 170-171.

²²⁷ Réplica, ¶ 148.

presentó su declaración testimonial, no era servidor público y, aunque lo hubiera sido, no se benefició de la información que divulgó. Por cuanto, en opinión de la Demandante, no se han cumplido los requisitos de los Artículos 214 y 220 del Código Penal Federal de México²²⁸.

226. Asimismo, la declaración testimonial del Sr. Villa no puede equivaler a un incumplimiento de los Artículos 55 y 56 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (“**LGRA**”), como alega México²²⁹. Estos artículos no son aplicables, ya que las declaraciones testimoniales no quedan comprendidas en su alcance. El objetivo de los Artículos 55 y 56 de la LGRA es combatir la corrupción y prevenir que los servidores públicos se beneficien a expensas del público. Por el contrario, la declaración testimonial tiene por objeto exponer la verdad y facilitar la indagación en los hechos del caso por parte del Tribunal. En cuanto al supuesto beneficio impropio que debería haber recibido el Sr. Villa para ser responsable, la Demandante advierte que la compensación que recibió el Sr. Villa no constituye de modo alguno un beneficio impropio, especialmente cuando dicha compensación constituye una práctica aceptada por la legislación mexicana. En cualquier caso, incluso si dicha ley se aplicara a la compensación por el tiempo incurrido en prestar testimonio (y, claramente no lo hace), la Demandante sostiene que el Sr. Villa recibió tal compensación después de más de un año de haber concluido su trabajo en la SEMARNAT²³⁰.
227. Incluso si constituyera un delito en virtud del derecho penal mexicano, el testimonio del Sr. Villa sería igualmente admisible conforme al derecho internacional. Tal como estableciera el tribunal en *EDF c. Rumanía*, la admisibilidad de las pruebas debe ser determinada por el derecho internacional y no por el derecho interno del Estado. En virtud del derecho internacional, la declaración testimonial del Sr. Villa no constituye una prueba obtenida ilegalmente. La Demandante no obtuvo ninguna prueba ilegalmente o sin el consentimiento de los declarantes, como sucedió en los casos *EDF c. Rumanía* y *Methanex c. Estados Unidos* citados por el Demandado²³¹.

²²⁸ Réplica, ¶ 150.

²²⁹ Réplica, ¶ 151, donde se cita Memorial de Contestación, ¶¶ 411-412.

²³⁰ Réplica, ¶ 154.

²³¹ Réplica, ¶¶ 152-159, donde se cita Memorial de Contestación, ¶¶ 414-419.

228. Por último, el hecho de que el Sr. Villa no revelara que era parte de un grupo de funcionarios de la SEMARNAT que actuaban como punto de contacto para brindar asesoría técnica y apoyaban al equipo del Demandado en este arbitraje tampoco menoscaba su credibilidad y la validez de su testimonio²³². De conformidad con el derecho internacional, “*no hay propiedad sobre un testigo de hecho*”²³³. El hecho de que el Sr. Villa, mientras era empleado de la SEMARNAT, haya asistido a varias reuniones relacionadas con las reclamaciones de la Demandante no le impide, *ipso facto*, testificar. El Sr. Villa jamás transmitió información confidencial a la Demandante, hecho que puede acreditarse incluso con las pruebas aportadas por el Demandado, y solo se refería a cuestiones administrativas. Además, la correspondencia nunca estuvo dirigida al Sr. Villa; solo fue copiado en un correo electrónico grupal enviado a la SEMARNAT relativo a la organización logística de las reuniones y en el correo en el que se informaba a los funcionarios de la SEMARNAT que Odyssey había enviado su Solicitud de Arbitraje²³⁴.
229. El 12 de abril de 2019, el abogado del Demandado reenvió un correo de los abogados de la Demandante relativo a nuevas consultas con la SEMARNAT, en el que se copió al Sr. Villa, pero no se hizo mención alguna a la estrategia de litigio en este procedimiento. Finalmente, el 31 de mayo de 2019, los abogados del Demandado reenviaron un correo enviado por los abogados de la Demandante a los funcionarios de la SEMARNAT, incluido el Sr. Villa. Una vez más, no se discutió el presente procedimiento²³⁵. Básicamente, el Sr. Villa no era esencial para ningún debate relativo a la estrategia en el caso de la Demandante y, por lo tanto, su testimonio no debería ser ignorado²³⁶.

²³² Réplica, ¶ 160.

²³³ Réplica, ¶ 161.

²³⁴ Réplica, ¶ 162.

²³⁵ Réplica, ¶ 162, donde se citan **R-0068**, Correos electrónicos intercambiados entre funcionarios de la Secretaría de Economía y la SEMARNAT, 1 de abril de 2019; **R-0069**, Correo electrónico enviado por el Demandado a la SEMARNAT, 12 de abril de 2019; **R-0070**, Correos electrónicos intercambiados entre el Demandado y funcionarios de la SEMARNAT, 5 de abril de 2019; **R-0071**, Correo electrónico enviado por el Demandado a la SEMARNAT, 31 de mayo de 2019.

²³⁶ Réplica, ¶ 164.

230. En segundo lugar, la Demandante arguye que incluso el contenido de las decisiones escritas de la SEMARNAT demuestra que la denegatoria fue poco sólida, contraria a la ley y el resultado de un proceso extrajurídico²³⁷.
231. La denegatoria de la MIA por parte de la SEMARNAT se basó en el supuesto impacto del Proyecto en el hábitat de la tortuga *Caretta caretta*, citando el Artículo 35.III.b de la LGEEPA, que requiere un impacto en la especie en su totalidad²³⁸. Según la Demandante, se trataba de un pretexto, un mero intento de disfrazar de decisión jurídica una decisión política²³⁹. La Demandante no niega que la *Caretta caretta* sea una especie en peligro de extinción y que merezca protección, pero impugna la suposición de que el Proyecto habría afectado al hábitat de la especie y a la especie en su totalidad, tal como exige el Artículo 35.III.b de la LGEEPA.
232. La Demandante sostiene que, de conformidad con la legislación mexicana, el Proyecto podría haberse denegado “*únicamente cuando afecta una especie en peligro de extinción ‘en su totalidad’*”²⁴⁰. Por lo que, tal como recuerda la Demandante, la SEMARNAT aprobaba proyectos incluso cuando una porción sustancial de una especie en peligro y/o protegida sería afectada, siempre y cuando dicho proyecto no afectara a la especie en su totalidad. Una negativa basada en dicho motivo presupone que la SEMARNAT ha analizado si el impacto podría haberse eliminado con las medidas de mitigación adecuadas, en cuyo caso, la SEMARNAT debería haber aprobado condicionalmente el Proyecto. Por lo tanto, parece que el rechazo de un proyecto debería ser una acción de *ultima ratio* en virtud de la legislación mexicana y presupone que (i) se afecta a una especie en su totalidad; y (ii) no se pueden adoptar medidas de mitigación²⁴¹.
233. La Demandante aduce que el Proyecto no habría afectado a la *Caretta caretta* teniendo en cuenta su ubicación, profundidad, temperatura, falta de fuentes de alimento y las medidas de protección ya adoptadas²⁴². Asimismo, la Demandante señala que “*no existe posibilidad*

²³⁷ Memorial, ¶ 258.

²³⁸ Memorial, ¶ 259.

²³⁹ Réplica, ¶¶ 206-212.

²⁴⁰ Memorial, ¶ 264.

²⁴¹ Memorial, ¶¶ 264-266.

²⁴² Memorial, ¶ 267.

*de que el dragado de 1 km² por año pueda afectar a la Caretta caretta como especie, ya sea que se considere a nivel global, a lo largo de los océanos tropicales y templados que habita (tal como la población del Pacífico Norte), o incluso como parte de la población de la especie que se encuentra específicamente en el Golfo de Ulloa”*²⁴³.

234. Por ello, la Demandante afirma que el análisis de la SEMARNAT no se sostiene cuando se somete al más mínimo escrutinio y es obviamente incorrecto. El supuesto razonamiento de la SEMARNAT es una justificación *post hoc* para alcanzar un resultado predeterminado. La SEMARNAT consideró la vulnerabilidad de la *Caretta caretta* para crear un pretexto sobre el cual justificar su rechazo, tal como lo ordenó el Secretario Pacchiano. Al hacerlo, según la Demandante, la SEMARNAT tergiversó los hechos del caso²⁴⁴.
235. En efecto, a juicio de la Demandante, la SEMARNAT pasó por alto el hecho de que la *Caretta caretta* “*tiene una distribución global en aguas templadas y tropicales*”²⁴⁵. La SEMARNAT también afirmó falsamente que entre el 10 % y el 30 % del área del Proyecto se superponía con la extensión o distribución superficial de las tortugas en el Golfo de Ulloa. La Demandante argumenta que “[e]l área del proyecto se superpone solo marginalmente con [] la distribución central de la *Caretta caretta*”²⁴⁶. La SEMARNAT también ignoró la distribución de las tortugas según la profundidad, puesto que los estudios en los que se apoyó “*solo consideraban la distribución según la longitud y latitud*”²⁴⁷. Además, la Demandante observa que la Segunda Denegatoria “*no consideró los estudios que indicaban que la temperatura del agua en el área de dragado se encontraba típicamente por debajo de la temperatura óptima de las tortugas, a pesar de que ExO citó dichos estudios para la SEMARNAT*”²⁴⁸. La Demandante señala que la SEMARNAT también infló enormemente los números de densidad, “*exageró la densidad poblacional en aproximadamente unas 100 veces*” y tergiversó descaradamente el Estudio Peckham,

²⁴³ Memorial, ¶ 267 (énfasis omitido).

²⁴⁴ Memorial, ¶¶ 268-269.

²⁴⁵ Memorial, ¶ 270.

²⁴⁶ Memorial, ¶ 271.

²⁴⁷ Memorial, ¶ 271.

²⁴⁸ Memorial, ¶ 271.

combinando la frecuencia de retorno de ejemplares de *Caretta caretta* a determinada área con la densidad poblacional²⁴⁹.

236. Asimismo, la Demandante aduce que la SEMARNAT afirmó falsamente que el dragado habría tenido un impacto sobre la langostilla roja (*Pleuroncodes planipes*), que se dice es la fuente de alimento de las tortugas *Caretta caretta*. La Demandante advierte que, aunque esto sigue siendo una cuestión debatida en la comunidad científica, la *Caretta caretta* se alimenta típicamente de langostilla roja que se encuentra en las capas más superficiales del océano durante su etapa juvenil, no de los adultos del lecho, y estaba incluso fuera de discusión para la SEMARNAT que los jóvenes no serían afectados por el dragado²⁵⁰.
237. La Demandante también afirma que los pretextos adicionales “*sacados del estante*” que ofreció la SEMARNAT en su Segunda Denegatoria eran inválidos y no pudieron esconder sus verdaderas motivaciones. Por ejemplo, respaldó la denegatoria refiriéndose a los efectos de la minería profunda del lecho sin centrarse en si el Proyecto podría verdaderamente generar estos efectos²⁵¹. Esencialmente, Demandante argumenta que las conclusiones de la SEMARNAT estuvieron basadas en una comparación errónea del Proyecto con proyectos de minería profunda del lecho que utilizaban técnicas mineras diferentes para extraer diferentes recursos y en un desconocimiento erróneo del impacto anual limitado del Proyecto (un área de baja diversidad y abundancia de aproximadamente 1 km²). México no prestó atención a la información sobre el Mar del Norte, al hecho de que la recuperación del lecho habría tenido lugar rápidamente, tal como indicaban los expertos, y a la voluntad de ExO de monitorear y manejar la recuperación del lecho, tal como se recomendaba²⁵².
238. Por último, la Demandante señala que las medidas de mitigación propuestas obligaron a la SEMARNAT a “*inventar un motivo para desecharlas también*” y, por ende, recurrió al argumento de que las medidas de mitigación propuestas por ExO no habrían estado probadas y habrían sido insuficientes. Tal como explicó el Sr. Pliego, perito en materia de

²⁴⁹ Memorial, ¶ 272 (énfasis omitido).

²⁵⁰ Memorial, ¶ 274.

²⁵¹ Memorial, ¶¶ 277-282.

²⁵² Memorial, ¶ 284.

impacto ambiental de la Demandante, estas medidas de mitigación fueron suficientemente desarrolladas e “*incluso superan las expectativas que usualmente maneja la SEMARNAT*”²⁵³. La Demandante sostiene que la SEMARNAT ignoró la evidencia de que estas medidas eran, de hecho, probadas y adujo falsamente que el manejo adaptativo no estaba incluido en el Proyecto. En cambio, la Demandante arguye que las medidas de mitigación, al ser producto de una EIA, se propusieron en términos genéricos y se suponía que luego se desarrollarían más ampliamente en conjunto con la SEMARNAT una vez que la MIA fuera autorizada²⁵⁴.

239. En general, la conducta del Demandado es muy similar a la conducta cuestionada en los casos *Tecmed c. Estados Unidos* y *Abengoa c. México*. La decisión de negar la autorización obedeció a motivos políticos y perjudicó al Proyecto. La SEMARNAT abusó de sus poderes regulatorios, ya que los utilizó por razones totalmente ajenas. En lugar de proteger el ambiente, la decisión de la SEMARNAT se utilizó para proteger el capital político del Sr. Pacchiano. Se ordenó a la SEMARNAT desconocer el derecho ambiental mexicano y apartarse del estándar legal aplicable. Además del hecho de que los poderes estatales legítimos no pueden servir a un propósito ilegítimo, tal como señalara el tribunal en *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, la SEMARNAT tenía como objetivo proteger el futuro político del Secretario Pacchiano y no el ambiente²⁵⁵. En síntesis, las pruebas aportadas por la Demandante demuestran que las negativas a la MIA por parte de México no estuvieron basadas en el estándar legal, sino que fueron el resultado de un exceso de discreción, prejuicio y preferencias personales que obedecieron a razones que eran ajenas a la ley²⁵⁶.

(2) Posición del Demandado

a) Estándar de TJE

240. El Demandado sostiene que el Artículo 1105 del TLCAN establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario como el nivel

²⁵³ Memorial, ¶ 285, donde se cita Informe Pericial de Vladimir Pliego, ¶¶ 179-181.

²⁵⁴ Memorial, ¶¶ 286-287.

²⁵⁵ Memorial, ¶¶ 288-291, donde se cita **CL-0095**, *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012, ¶ 234.

²⁵⁶ Memorial, ¶¶ 292-294.

mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte y que dicho estándar evoluciona²⁵⁷. No obstante, la determinación del estándar de TJE no es un ejercicio sencillo y simple, como supone la Demandante.

241. La Demandante tiene la carga de probar la existencia y la aplicabilidad de la norma de derecho internacional consuetudinario²⁵⁸. Debe demostrar que existe una práctica general establecida y si dicha práctica general se acepta como ley (es decir, acompañada de *opinio juris*)²⁵⁹.
242. El Demandado alega que “[e]l estándar para determinar que una conducta gubernamental es incompatible con el nivel mínimo de trato es alto”²⁶⁰. El Demandado avala la formulación del estándar de TJE por parte del tribunal en *Waste Management c. México (II)*, que estableció lo siguiente:

*“Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”*²⁶¹.

243. El tribunal en el caso *Cargill c. México* amplió esta cuestión en los siguientes términos:

“Como se señala en el laudo del caso Waste Management II citado anteriormente, la violación puede ocurrir de muchas formas. Puede deberse a la falta del debido proceso, la discriminación, la falta de transparencia, una denegación de justicia o un resultado injusto. En todas estas formas, empero, la ‘falta’ o la ‘denegación’ de una calidad o derecho está de manera suficiente en el límite de la conducta aceptable y, consiguientemente, encontramos ... que la falta o denegación debe ser ‘grave’, ‘manifiesta’, ‘total’ o de tal magnitud que ‘atenta contra los cánones judiciales’ [...].

²⁵⁷ Memorial de Contestación, ¶ 446.

²⁵⁸ Memorial de Contestación, ¶ 447.

²⁵⁹ Memorial de Contestación, ¶ 448.

²⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 449.

²⁶¹ Memorial de Contestación, ¶ 449, donde se cita CL-0121, *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 98. Véase también Dúplica, ¶ 351.

Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial”²⁶².

244. Asimismo, basándose en la opinión disidente en *Eco Oro c. Colombia*, el Demandado arguye que el estándar que se debe aplicar al caso concreto es el previsto por el propio tratado (en este caso, el TLCAN). La Demandante se equivoca al citar indiscriminadamente laudos fuera del marco del TLCAN cuando analiza el estándar de TJE²⁶³. El hecho de que se encuentren muchas disposiciones de TJE en numerosos tratados no es suficiente para afectar el contenido del derecho internacional consuetudinario²⁶⁴.
245. En este contexto, el Demandado suscribe la interpretación del tribunal en el caso *Vento c. México* sobre el estándar jurídico del Artículo 1105 del TLCAN y concluye que los tribunales internacionales deberían dar importancia a las decisiones gubernamentales regulatorias adoptadas de buena fe en aras de la moral pública, la salud o el ambiente. Los reclamos generales referidos a la injusticia o a las expectativas subjetivas son insuficientes para sustentar una reclamación por la violación del estándar de TJE ²⁶⁵. México considera que la Demandante no ha descrito una conducta constitutiva de violación del nivel mínimo de trato contenido en el Artículo 1105 del TLCAN.
246. En primer lugar, la buena fe no es una obligación autónoma e independiente conforme al estándar de TJE²⁶⁶. Por el contrario, el principio de buena fe aporta “*solo una ínfima asistencia en la tarea de determinar o dar contenido a un estándar de trato justo y*

²⁶² Memorial de Contestación, ¶ 450, donde se cita **CL-0027**, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶¶ 285, 296.

²⁶³ Dúplica, ¶ 340.

²⁶⁴ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 116, donde se cita **RL-0145**, *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Opinión Disidente Parcial del Prof. Philippe Sands, 9 de septiembre de 2021, ¶¶ 5-7.

²⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 451-453.

²⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶ 472.

*equitativo*²⁶⁷. Incluso en un contexto fuera del TLCAN, el principio de buena fe no constituye “*en sí mismo una fuente de obligación donde de otro modo no existiría ninguna*”²⁶⁸ [Traducción del Tribunal]. El estándar de TJE es simplemente una expresión del principio de la buena fe²⁶⁹. Por tanto, la afirmación de la Demandante de que la falta de buena fe por sí sola podría establecer una violación del TJE es claramente incorrecta²⁷⁰.

247. Si la negativa al permiso ambiental equivaliera a una falta de buena fe, cualquier resolución en sentido negativo por parte de la autoridad competente, al solicitársele la evaluación de la autorización de impacto ambiental, supondría una ausencia del principio de buena fe. Ese no es un estándar legal coherente reconocido por el derecho internacional o por el Artículo 1105 del TLCAN²⁷¹.
248. En segundo lugar, el estándar sobre arbitrariedad conforme al TLCAN es extremadamente exigente y rara vez se alcanza. De acuerdo con la decisión en *ELSI*, la conducta arbitraria a efectos del TJE requiere “*un incumplimiento deliberado de las garantías procesales, un acto que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección jurídica*”²⁷². El Demandado argumenta, haciendo referencia al caso *Glamis c. Estados Unidos*, que el estándar exige “*algo mayor que la mera arbitrariedad, algo que sea sorprendente, chocante o que exhiba una manifiesta falta de razonamiento*”²⁷³ [Traducción del Tribunal]. Este estándar no pretende impedir la capacidad de los Estados de adoptar decisiones de política²⁷⁴. Las medidas sujetas a reclamación deben ser arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye un repudio imprevisto y chocante de los

²⁶⁷ Memorial de Contestación, ¶ 473, donde se cita **CL-0005**, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶ 191.

²⁶⁸ Memorial de Contestación, ¶ 473, donde se cita **RL-0028**, *Caso relativo a las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, Competencia y Admisibilidad, Fallo, *ICJ Reports 1988*, pág. 69, ¶ 94.

²⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶ 474.

²⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶ 475.

²⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 476.

²⁷² Memorial de Contestación, ¶ 478, donde se cita **CL-0028**, *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, *ICJ Reports 1989*, Fallo, 20 de julio de 1989, pág. 15, ¶ 128.

²⁷³ Memorial de Contestación, ¶ 479, **CL-0055**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 617.

²⁷⁴ Dúplica, ¶ 350.

propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto²⁷⁵.

249. Incluso si un Estado quebranta su propia ley, esto no constituirá *ipso facto* una violación del estándar de TJE. Un error tampoco equivale a una conducta arbitraria. Los Estados no deberían ser expuestos a responsabilidad internacional por fallas menores de sus organismos; y “únicamente serán castigados los actos manifiestos y flagrantes de mala administración” [Traducción del Tribunal]²⁷⁶. Por lo tanto, el Demandado afirma que, en ausencia de una focalización deliberada e intencional hacia los inversionistas, no existe violación del estándar²⁷⁷. Son los tribunales ajenos al TLCAN los que han estado dispuestos a aceptar umbrales más bajos para determinar la arbitrariedad²⁷⁸.
250. En cualquier caso, no existe evidencia de ningún tipo de arbitrariedad en este caso. ExO “participó en un procedimiento perfectamente establecido y su solicitud de aprobación fue denegada”²⁷⁹.
251. En tercer lugar, aunque la Demandante insiste en que el debido proceso es parte del TJE, lo que el Demandado controvierte, no explicó el significado de debido proceso en virtud del TLCAN²⁸⁰.
252. El Artículo 1105 del TLCAN se refiere a la completa falta de debido proceso o a una falta absoluta de debido proceso que ofenda la propiedad judicial²⁸¹. Las meras “irregularidades” administrativas no dan lugar necesariamente a una violación del debido proceso judicial, puesto que “[l]os requisitos del debido proceso administrativo son menos severos que los de un proceso judicial”²⁸². La violación del debido proceso judicial puede resultar de la denegación de la oportunidad de ser escuchado o de ser notificado²⁸³. Los tribunales no son tribunales de apelación para revisar la legalidad de las medidas nacionales

²⁷⁵ Memorial de Contestación, ¶ 480.

²⁷⁶ Memorial de Contestación, ¶ 483.

²⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶ 485.

²⁷⁸ Memorial de Contestación, ¶ 487, donde se cita **RL-0034**, Jacob Stone, *Arbitrariness, The Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment*, 25 Leiden J. Int'l L. 77, 2012, pág. 103.

²⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 488.

²⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 489.

²⁸¹ Memorial de Contestación, ¶ 489.

²⁸² Memorial de Contestación, ¶¶ 489-493, donde se cita **RL-0003**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 200.

²⁸³ Memorial de Contestación, ¶ 490.

en virtud del propio derecho interno de una Parte. Los tribunales internacionales deberían “actuar con cautela en los casos que involucren el ejercicio de la discrecionalidad por parte del regulador de un Estado, en particular, en ámbitos sensibles relacionados con la protección de la salud pública y el bienestar de los pacientes”²⁸⁴. [Traducción del Tribunal]

253. La Demandante parece estar solicitando que el Tribunal revise las conclusiones alcanzadas por la DGIRA, independientemente de la revisión ya realizada por el TFJA y el recurso que está pendiente²⁸⁵.
254. Por último, las expectativas no pueden proporcionar un fundamento independiente para determinar responsabilidad. Tales expectativas, en la medida en que sean legítimas, pueden constituir, como máximo, un factor a considerar al evaluar una supuesta violación del TJE²⁸⁶.
255. El Demandado arguye que las expectativas legítimas se mantienen o disminuyen según se hayan hecho o no efectivamente declaraciones específicas²⁸⁷. En virtud del TLCAN en particular, las expectativas deben “surgir a través de declaraciones o garantías específicas efectuadas u otorgadas explícita o implícitamente por un Estado parte”²⁸⁸ [Traducción del Tribunal]. El ámbito de aplicación de las expectativas legítimas conforme al Artículo 1105 del TLCAN es especialmente acotado, dado que las declaraciones deben ser tan “definitivas, inambiguas y repetidas” como para constituir una relación cuasicontractual²⁸⁹. La ausencia de declaraciones específicas es un factor importante para colegir que no se ha violado el estándar de TJE.
256. Sin embargo, la Demandante no analiza aseguramientos o garantías por parte de México. El derecho vigente del Estado receptor, como, por ejemplo, su legislación, no puede generar expectativas legítimas²⁹⁰. Los inversionistas deben aceptar la ley tal y como la

²⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 491, donde se cita **RL-0036**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 9.37.

²⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶ 493.

²⁸⁶ Memorial de Contestación, ¶ 508; Dúplica, ¶ 389.

²⁸⁷ Memorial de Contestación, ¶ 509; Dúplica, ¶ 390.

²⁸⁸ Memorial de Contestación, ¶ 510, donde se cita **CL-0057**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, ¶¶ 141-142.

²⁸⁹ Memorial, ¶ 510, donde se cita **CL-0055**, *Glamis c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 802 (donde se cita *Metalclad*).

²⁹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 511.

encuentran y no pueden quejarse posteriormente de la aplicación de esa ley a sus inversiones. No puede esperarse que la regulación del Estado y su aplicación se implementen de manera perfecta ni que sean perfectas. No vivimos en un mundo perfecto y los inversionistas no pueden tener expectativas legítimas de invertir en un sistema jurídico perfecto²⁹¹.

257. Incluso si la Demandante llegara a alegar—y probar—que se otorgaron garantías que satisfarían los estrictos requisitos antes mencionados respecto a la formación de expectativas, tendría que demostrar que esas expectativas también eran objetivamente razonables sin remitirse a las expectativas subjetivas del inversionista²⁹². No obstante, cuando se trata de una regulación ambiental, no se puede esperar razonablemente que las aprobaciones sean seguras. La minería es una industria altamente regulada en México, Estados Unidos y otros lugares, y cualquier inversionista razonable habría anticipado la posibilidad de que un proyecto como el propuesto por ExO fuera rechazado²⁹³.
258. El Demandado adhiere a la conclusión del tribunal en *Thunderbird c. México* de que “no corresponde a este Tribunal [] determinar cómo [la autoridad reguladora nacional] debió haber interpretado la [operación comercial propuesta] o respondido a ella”²⁹⁴. La función de este Tribunal “no es cuestionar la corrección de una toma de decisiones basada en la ciencia de organismos reguladoras nacionales altamente especializadas”²⁹⁵ [Traducción del Tribunal]. Tal como determinó el tribunal en el caso *Nelson c. México*, este Tribunal debe dar un margen de deferencia al regulador en cuestiones técnicas²⁹⁶.

b) México no violó el estándar de TJE

259. México sostiene que ha otorgado un TJE a las inversiones de Odyssey.
260. En primer lugar, la Demandante presenta en este arbitraje las mismas reclamaciones que planteó ExO ante tribunales nacionales, con lo cual es evidente su intención de que este

²⁹¹ Memorial de Contestación, ¶ 513.

²⁹² Memorial de Contestación, ¶¶ 514-515.

²⁹³ Memorial de Contestación, ¶ 518.

²⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶ 520, donde se cita **RL-0003**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 160.

²⁹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 522, donde se cita **CL-0033**, *Chemtura Corporation c. Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010, ¶ 134.

²⁹⁶ Memorial de Contestación, ¶ 522, donde se cita **CL-0127**, *Nelson c. México*, Laudo Final, ¶ 257.

Tribunal actúe como una instancia de apelación y que incluso realice una revisión *de novo* de la MIA²⁹⁷. Debido a que el TLCAN no permite este curso de acción, la Demandante también basa su reclamación en el dicho de dos exfuncionarios públicos, alegando la existencia de supuestas “órdenes de mando secretas” que presuntamente los condujeron “a actuar en contra de su juicio profesional”²⁹⁸. Sin embargo, la credibilidad de los Sres. Flores y Villa resulta seriamente cuestionable.

261. El Demandado argumenta que, suponiendo que fueran verdad las declaraciones de los Sres. Flores y Villa acerca de que el Sr. Pacchiano les hubiera ordenado denegar el Proyecto (lo cual México niega), dichas declaraciones implican que estuvieron de acuerdo en violar la ley en dos oportunidades distintas supuestamente para no poner en riesgo sus carreras²⁹⁹.
262. Los Sres. Flores y Villa sabían que tenían la obligación de actuar conforme a las atribuciones de sus cargos, por lo que debían conocer y cumplir con las disposiciones que regulaban el ejercicio de sus funciones³⁰⁰. El Reglamento Interior de la SEMARNAT establece que el Director General está a cargo de la DGIRA, asume su dirección técnica y administrativa y es responsable ante las autoridades superiores de su correcto funcionamiento.
263. México arguye además que también causa extrañeza que, en el supuesto de haber recibido una “orden” de funcionarios de alto nivel de resolver un asunto de cierto modo contrario a la ley, los Sres. Flores y Villa ni siquiera intentaran documentar en correos o notas internas o en un oficio su punto de vista técnico o formular denuncias ante el Órgano Interno de Control de la dependencia en el sentido de que era ilegal negar la autorización al Proyecto³⁰¹. El Órgano de Control prevé mecanismos para prevenir, identificar y sancionar actos de corrupción e irregularidades en el desempeño de los servidores públicos³⁰². El Demandado no desconoce las relaciones jerárquicas y cadenas de mando que rigen la

²⁹⁷ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 2-3, 113.

²⁹⁸ Dúplica, ¶ 64.

²⁹⁹ Dúplica, ¶ 68.

³⁰⁰ Dúplica, ¶ 67.

³⁰¹ Dúplica, ¶ 69.

³⁰² Memorial de Contestación, ¶¶ 181-183.

administración pública, pero sí señala que la legislación mexicana preveía un procedimiento para sustanciar las denuncias, incluida la posibilidad de impugnar la resolución³⁰³.

264. La Demandante no puede culpar al Demandado por evidencia que estaba o debió haber estado en control de los Sres. Flores y Villa. En efecto, México alega que los Sres. Flores y Villa pudieron haber (i) dejado constancia oficial, mediante una denuncia, de su desacuerdo con las supuestas órdenes de sus superiores; (ii) solicitado a los representantes de ExO que formularan la respectiva denuncia (incluso ExO pudo haber actuado *motu proprio* cuando supuestamente se enteró de esta situación); o bien, (iii) antepuesto su integridad y honradez oponiéndose a seguir supuestas instrucciones que ellos consideraban ilegales³⁰⁴. De hecho, los Sres. Flores y Villa tenían la obligación legal y ética de denunciar cualquier supuesta ilegalidad de la que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus funciones³⁰⁵.
265. Asimismo, el Demandado afirma que los Sres. Flores y Villa jamás recibieron una orden o sugerencia de denegar la autorización del Proyecto y que, al firmar y rubricar las resoluciones, estuvieron de acuerdo con su contenido³⁰⁶.
266. El Demandado impugna además la credibilidad de los testigos con base en la investigación en contra del Sr. Flores relacionada con dos denuncias de Greenpeace presentadas en el año 2012 ante el Órgano Interno de Control de la SEMARNAT en su contra por presuntas violaciones a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y a la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, concretamente por otorgar un permiso de liberación comercial de soya transgénica en diversos estados de México, como así también por otorgar un permiso de liberación piloto de soya genéticamente modificada. El Demandado aduce que el Órgano Interno de Control constató “*elementos probatorios suficientes que permiten presumir la existencia de presuntas irregularidades*”

³⁰³ Memorial de Contestación, ¶¶ 184-186.

³⁰⁴ Dúplica, ¶ 71.

³⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 187-194; Dúplica, ¶¶ 96-99.

³⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 196-198.

*administrativas por parte de Alfonso Flores Ramírez*³⁰⁷. El Demandado, en función de lo entendido por el Sr. Pacchiano, plantea que el Sr. Flores habría sido inhabilitado como Director General de la DGIRA por autorizar injustificadamente una MIA relacionada con un proyecto de organismos genéticamente modificados³⁰⁸. El Demandado arguye que, sobre la base de lo anterior, “*es un hecho incontrovertido*” que el Sr. Flores no solo sabía que el firmar las resoluciones implicaba su anuencia a su contenido y estar de acuerdo con este, sino que además él era el responsable de ese acto³⁰⁹.

267. México también hace referencia al proyecto Cabo Cortés, donde el Sr. Flores se vio nuevamente involucrado en una situación controversial por otorgar la autorización de impacto ambiental de un megaproyecto turístico que ponía en grave riesgo al Parque Nacional de Cabo Pulmo, incluido el arrecife coralino más grande de todo el Golfo de California, que ha sido protegido desde el año 1995 y fue declarado por la UNESCO como Patrimonio Natural de la Humanidad³¹⁰. Debido a las campañas ambientalistas y a diversos procedimientos administrativos y judiciales, el Sr. Flores negó luego la autorización. El Demandado también sostiene que tanto en el proyecto Cabo Cortés, como en el caso de la soya genéticamente modificada, el Sr. Mauricio Limón, ahora representante legal de ExO, fungía como Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental. El Demandado señala, empero, que se trata de un hecho que ni el Sr. Flores ni el Sr. Villa revelan en sus declaraciones testimoniales en aras de clarificar o descartar un conflicto de interés potencial³¹¹.
268. El Demandado critica al Sr. Flores y a la Demandante por no revelar la razón detrás de la licencia administrativa del primero, meses antes de firmar la Segunda Denegatoria. México alega que la licencia fue en realidad una suspensión temporal debido a una sanción que se le impuso al Sr. Flores por su responsabilidad administrativa en relación con el proyecto minero *Los Cardones*. Aunque, en efecto, no guarda relación con el Proyecto Don Diego,

³⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 199, donde se citan **R-0059**, “Presentan queja contra autorización de la Semarnat a cultivos transgénicos”, *La Jornada*, 14 de junio de 2012; **R-0060**, “La SFP investigará a director que autorizó siembra de soya transgénica en 7 estados; Greenpeace pide su despido”, *Sin Embargo*, 4 de julio de 2014.

³⁰⁸ Memorial de Contestación, ¶ 200.

³⁰⁹ Memorial de Contestación, ¶ 200.

³¹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 201.

³¹¹ Memorial de Contestación, ¶ 202.

la situación evidencia que, al haber sido sancionado por firmar la autorización, el Sr. Flores tenía conocimiento de los mecanismos de responsabilidad administrativa, así como del hecho de que, como Director General de la DGIRA, era legalmente responsable de la autorización del Proyecto³¹².

269. El Demandado argumenta que los Sres. Flores y Villa tenían conocimiento de las responsabilidades y facultades relacionadas con el desempeño de sus funciones previstas en la legislación mexicana. Ello queda demostrado por el hecho de que ambos testigos han sido objeto de diversos procedimientos administrativos por el ejercicio irregular de sus funciones, incluidas quejas relacionadas con la recepción de sobornos y, en el caso del Sr. Villa, relacionadas con la recomendación de empresas consultoras a solicitantes de MIA con la promesa de que las autorizaciones serían otorgadas si dichas empresas realizaban los estudios requeridos³¹³.
270. México califica de “*cuestionable*” la participación de los Sres. Flores y Villa en el presente arbitraje, ya que coincide con su salida de sus cargos de funcionarios públicos del gobierno mexicano. Tanto el Sr. Flores como el Sr. Villa han participado como testigos *de México* en el caso *Abengoa c. México* y al testificar ahora a favor de Odyssey, están contradiciendo sus decisiones anteriores y culpando a sus superiores de sus propias actuaciones³¹⁴.
271. La credibilidad de los Sres. Flores y Villa se ve más socavada aun por el hecho de que presentaron declaraciones testimoniales a cambio de un beneficio económico que ni ellos ni la Demandante revelaron inicialmente³¹⁵. Fue durante la etapa de exhibición de documentos, y únicamente porque México supuso razonablemente la posible existencia de acuerdos entre Odyssey y los Sres. Flores y Villa, que la Demandante tuvo que reconocer su existencia y divulgar los acuerdos contractuales con sus testigos³¹⁶.

³¹² Memorial de Contestación, ¶¶ 203-206; Dúplica, ¶ 144.

³¹³ Dúplica, ¶¶ 122-126.

³¹⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 207-210.

³¹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 431; Dúplica, ¶¶ 84-85; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 36, 64.

³¹⁶ Dúplica, ¶ 85.

272. México no controvierte que el reembolso por el tiempo empleado en preparar una declaración testimonial es una práctica aceptada en el arbitraje internacional³¹⁷. No obstante, los contratos demuestran que los pagos a los Sres. Flores y Villa no se limitarán al tiempo dedicado a preparar sus declaraciones testimoniales³¹⁸. Su pago se sujeta al contenido de sus declaraciones testimoniales³¹⁹. Los contratos disponen que el testigo se compromete a “[p]roveer testimonios escritos u orales en función de lo que el *DESPACHO* considere necesario”³²⁰. México afirma que las condiciones establecidas en dicha cláusula implican que el pago de los Sres. Flores y Villa está condicionado al contenido de sus declaraciones, lo cual se sujeta a lo que Odyssey estime indispensable. Además, los contratos señalan que “[e]l *TESTIGO* será reembolsado por todos los gastos personales pre-aprobados que tenga que afrontar relacionados con su desempeño como testigo en el *Procedimiento Arbitral*”. Para México, esto podría afectar a la objetividad de los testigos, especialmente teniendo en cuenta que el propio contrato prevé la posibilidad de que “[c]ualquier[a] de las partes puede rescindir el contrato en cualquier momento sin causa”³²¹.
273. México arguye, asimismo, que la credibilidad del Sr. Villa es también particularmente cuestionable. El Sr. Villa participó en reuniones en las que se abordó la estrategia legal de México en este arbitraje³²². Su silencio en esas reuniones constituía consentimiento a lo expresado a nombre de la SEMARNAT, especialmente considerando que, debido al involucramiento directo en la redacción de las resoluciones, él podía y debería haber dado su opinión en caso de no estar de acuerdo con lo manifestado por sus colegas³²³. El Sr. Villa también tenía una obligación de resguardar la información gubernamental privilegiada a la que tuvo acceso en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los Artículos 55 y 56 de la LGRA. Su contrato con Odyssey se firmó seis meses después de que hubiera presentado su primera declaración testimonial, lo que parece indicar que el Sr. Villa cobrará

³¹⁷ Dúplica, ¶ 86.

³¹⁸ Dúplica, ¶¶ 86-89.

³¹⁹ Dúplica, ¶¶ 90-91.

³²⁰ Dúplica, ¶ 92, donde se cita **C-0364**, Contrato de A. Flores, 7 de julio de 2020, ¶ 2.a.

³²¹ Dúplica, ¶ 93, donde se cita **C-0365**, Contrato de A. Villa, 2 de noviembre de 2020, ¶ 2.a.

³²² Dúplica, ¶ 77.

³²³ Dúplica, ¶ 80.

de forma retroactiva las actividades que realizó dentro del período que prohíbe la ley, a saber, de un año después de haber partido de SEMARNAT³²⁴. Para el Demandado, es obvio que el Sr. Villa, buscando evadir las limitaciones de dichos Artículos, esperó hasta la terminación del período de un año para suscribir el contrato y retroactivamente cobró por el tiempo que destinó a preparar su primera declaración testimonial³²⁵.

274. En su Escrito Posterior a la Audiencia, el Demandado también cuestiona las horas indicadas en las facturas del Sr. Villa que “*no tienen justificación alguna que pueda considerarse razonable*” para la preparación de su segunda declaración testimonial y su comparecencia durante la Audiencia³²⁶. Según el Demandado, además de las contradicciones, también se pone en evidencia que el Sr. Villa “*otorgó su testimonio [a] favor de la Demandante por el beneficio económico exorbitante que pudo obtener con ello*”, debido a los honorarios percibidos por su participación en el procedimiento, que fueron de USD 200/hora, es decir, USD 25.400 por 127 horas (esto es, por su participación desde que firmó su contrato hasta su comparecencia en la Audiencia), en comparación con su sueldo como funcionario de la SEMARNAT, que era de aproximadamente USD 42.000 anuales. Estas incongruencias, arguye el Demandado, “*ponen de manifiesto la poca credibilidad de su testimonio*”³²⁷.
275. Asimismo, el Demandado afirma que 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. Los procedimientos de responsabilidad administrativa enfrentados por el Sr. Flores demuestran que él era el único responsable de las resoluciones en materia de EIA³²⁸.
276. Por el contrario, el Sr. Pacchiano no tenía ninguna facultad para intervenir en la evaluación de las solicitudes de EIA³²⁹. El Demandado también niega que el Sr. Pacchiano hubiera abusado de su autoridad pública para servir a su propio beneficio político y personal³³⁰. El

³²⁴ Dúplica, ¶¶ 104-108; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 39-41.

³²⁵ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 41.

³²⁶ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 42-46.

³²⁷ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 44-49.

³²⁸ Dúplica, ¶¶ 135-142.

³²⁹ Dúplica, ¶ 144.

³³⁰ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 74-76.

Sr. Pacchiano se había retirado de la esfera pública y no tenía ningún incentivo político para intervenir³³¹.

277. En segundo lugar, la Demandante no ha descrito una conducta de México que equivalga a una violación del nivel mínimo de trato contemplado en el Artículo 1105 del TLCAN. La Demandante no cumplió la carga de la prueba necesaria. La Demandante no ha aportado evidencia contemporánea que demuestre que los Sres. Flores y Villa no estaban de acuerdo con el sentido en el que se emitieron las resoluciones de los años 2016 y 2018. Correspondía a los testigos de la Demandante haber conservado pruebas o copia de sus notas para sustentar que tuvieron que actuar por “órdenes” del Sr. Pacchiano³³².
278. Un supuesto trato manifiestamente arbitrario, injusto, contrario a la buena fe y al debido proceso, y la supuesta expropiación, basados en motivaciones políticas, no pueden ser demostrados “*con un material probatorio tan precario como el que ofrece la Demandante*”³³³. Las únicas pruebas aportadas por la Demandante son seriamente cuestionables, no son convincentes y no cumplen el umbral probatorio para demostrar las alegaciones que la Demandante formula en contra del Demandado³³⁴. Concretamente, la Demandante se basa en lo siguiente: (i) las declaraciones testimoniales de los Sres. Flores, Villa y Lozano, que no son testigos “*de primera mano*” de muchos de los hechos que alegan (es decir, “*hearsays*”); (ii) las declaraciones testimoniales de los Sres. Flores y Villa, las cuales, a consideración del Demandado, carecen de credibilidad y veracidad, son erróneas e inconsistentes con la información presentada en este arbitraje y no son suficientes para sustentar las alegaciones de Odyssey; (iii) cuatro correos electrónicos intercambiados entre representantes de Odyssey, ExO y AHMSA; (iv) fragmentos no mayores a un minuto de una rueda de prensa del Sr. Pacchiano que ha sido descontextualizada por la Demandante; (v) dos artículos de prensa y una nota informativa del año 2018 de la SEMARNAT; y (vi) un “*retweet*” del Sr. Pacchiano a un “*post*” publicado en el mes de octubre de 2018 en la cuenta de Twitter de la SEMARNAT³³⁵.

³³¹ Dúplica, ¶¶ 127-130; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 79.

³³² Dúplica, ¶¶ 109-116.

³³³ Memorial de Contestación, ¶¶ 494-498.

³³⁴ Memorial de Contestación, ¶ 494; Dúplica, ¶ 306.

³³⁵ Memorial de Contestación, ¶ 494; Dúplica, ¶ 305.

279. México, por lo tanto, solicita a este Tribunal que tome nota del caso *Vento c. México* toda vez que guarda similitud con el presente caso. Este Tribunal, tal como observara el tribunal en *Vento*, debería rechazar la existencia de órdenes de mando. El Tribunal no debería desatender los controles y equilibrios en las líneas de autoridad o cadenas de mando establecidos en la ley mexicana. No deberían socavarse los límites y controles que la propia ley interna establece para evitar el abuso de los superiores jerárquicos. Básicamente, la estructura jerárquica de la SEMARNAT impide que el Secretario o el Subsecretario tengan injerencia en una decisión de carácter técnico-científico. Estos controles y equilibrios impidieron que el Sr. Pacchiano tuviera influencia en el resultado de la autorización o lo determinara³³⁶.
280. El Demandado también refuta que la negativa fuera esencialmente una decisión que obedeciera a motivos políticos. Las preocupaciones expresadas por autoridades nacionales e internacionales, sociedades de pescadores y pobladores de la zona en relación con el impacto ambiental del Proyecto prueban la defensa del Demandado. En esencia, este Tribunal debe abordar la denegatoria de un permiso que resultó de una EIA pacífica, a diferencia de los antecedentes de hecho de los casos *Tecmed c. México*, *Abengoa c. México* y *Bear Creek c. Perú*³³⁷.
281. El Demandado alega además que la evidencia demuestra que el rechazo de la autorización de la MIA no se trató de una decisión política ni se basó en una campaña política en contra de Odyssey. Don Diego era un proyecto minero prematuro. No se ha negado su autorización en un entorno impregnado de agitación social. No existió cosa semejante a una campaña con motivaciones políticas para frustrar el Proyecto y no había ningún grupo con intereses específicos que buscara impedir la puesta en marcha de Don Diego³³⁸.
282. A mayor abundamiento, en opinión del Demandado, la Demandante nunca ha desarrollado un proyecto minero y las estadísticas de la DGIRA demuestran lo impredecible que podría ser el resultado del proceso. Por ende, si la Demandante hubiera llevado a cabo una evaluación adecuada de debida diligencia de los riesgos, no podría haber tenido

³³⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 460-463, donde se cita **RL-0020**, *Vento c. México*, Laudo, ¶ 291.

³³⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 498-501.

³³⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 501-506.

expectativas legítimas de que podría obtener todas las aprobaciones regulatorias requeridas. Incluso cuando se ha obtenido una concesión, no se garantiza que se otorgarán los permisos ambientales³³⁹.

283. En tercer lugar, las autoridades mexicanas jamás alegaron que el Proyecto no representaba ningún riesgo ambiental no mitigable y que debió ser aprobado, tal como manifiesta la Demandante. Por el contrario, las pruebas sugieren que el Proyecto tenía un impacto adverso en las *Caretta caretta* y otras especies³⁴⁰, y que la información presentada por la Demandante en la MIA contenía deficiencias e imprecisiones, por lo que la resolución de la SEMARNAT está correctamente sustentada³⁴¹.
284. De conformidad con el Artículo 35.III.b de la LGEEPA, la DGIRA tiene la facultad de rechazar la MIA de un proyecto cuando sus 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. De conformidad con el primer supuesto, si la actividad puede provocar la declaración de amenaza o peligro de extinción de una o más especies, entonces el proyecto debe negarse. 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. Una especie—que ya está amenazada o en peligro de extinción—puede verse afectada cuando la actividad afecta incluso a un solo individuo de la especie³⁴².
285. ExO no aportó evidencia científica suficiente en la MIA del año 2015 para determinar cuántos ejemplares podían verse afectados por las actividades del Proyecto³⁴³.
286. En cuarto lugar, el TFJA ordenó a la DGIRA que dictara una nueva resolución con plena libertad en el uso de sus atribuciones. Por tanto, no solamente era posible sino previsible que nuevamente se negara la MIA ya que se reconoció que su determinación únicamente estaba sujeta a que se subsanaran las omisiones que motivaron la nulidad de la Resolución

³³⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 520-526.

³⁴⁰ Dúplica, ¶¶ 188-195, 210-221; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 67-73, 86, 90-93.

³⁴¹ Dúplica, ¶¶ 222-239.

³⁴² Dúplica, ¶¶ 151-152; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 88-89.

³⁴³ Dúplica, ¶ 167.

del año 2016. Este escenario era probable considerando que el propio TFJA, al utilizar las frases “*en su caso*” y “*para que en el caso de que*”, reconoció como una mera posibilidad hipotética el resolver sobre la autorización del Proyecto de manera condicionada³⁴⁴.

287. El reclamo de la Demandante se basa únicamente en el hecho de que no está de acuerdo con el razonamiento de la resolución. El Proyecto fue negado no por aspiraciones políticas, sino debido al posible daño que implicaría para las tortugas y otras especies marinas que habitan en esa zona y están oficialmente declaradas en peligro de extinción³⁴⁵.
288. En cuanto a la resolución de la DGIRA, el TFJA aún tiene que determinar si la negativa se fundamentó debidamente o no. Sobre ese particular, según el Demandado, la conclusión de la Demandante es prematura e infundada³⁴⁶.

(3) Análisis del Tribunal

289. El análisis y las conclusiones del Tribunal sobre el fondo, con inclusión de los daños y las costas, son adoptados por la mayoría del Tribunal, el Presidente Bulnes y el árbitro Alexandrov (la “**Mayoría**”). El árbitro Sands adjunta una opinión disidente (la “**Opinión Disidente**”). La Mayoría no está de acuerdo con el tono de la Opinión Disidente, pero prefiere centrarse en el fondo y evitar entrar en la retórica de la Opinión Disidente.

a) Estándar de TJE

290. La primera violación alegada por la Demandante es que el Demandado violó el Artículo 1105(1) del TLCAN, específicamente el estándar de TJE que recoge dicho tratado, “*al denegar el permiso ambiental para el Proyecto de forma injusta e inequitativa*”³⁴⁷.
291. El Demandado rechaza la alegación de la Demandante afirmando que Odyssey no pudo demostrar que se haya violado el estándar FET contemplado en el Artículo 1105(1) del TLCAN y que las denegaciones de la MIA se llevaron a cabo de manera adecuada.

³⁴⁴ Dúplica, ¶¶ 48-51, donde se cita C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 212.

³⁴⁵ Memorial de Contestación, ¶ 442.

³⁴⁶ Dúplica, ¶ 23.

³⁴⁷ Memorial, ¶ 217.

292. El Artículo 1105(1), intitulado “*Nivel mínimo de trato*”, obliga a cada una de las Partes a otorgar, *inter alia*, un trato justo y equitativo a los inversionistas de otra Parte. Dicha norma establece lo siguiente:

“Artículo 1105: Nivel mínimo de trato

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

293. Con respecto a esta primera violación invocada y a los efectos de analizar los argumentos presentados por las Partes, es necesario determinar el contenido del estándar de TJE con arreglo al TLCAN.

294. Para determinar dicho estándar, tanto la Demandante como el Demandado se basan en la interpretación realizada por la Comisión de Libre Comercio al respecto, la cual hace referencia explícita al derecho internacional consuetudinario como marco aplicable. En este sentido, las Notas interpretativas de la Comisión de Libre Comercio establecen lo siguiente:

“1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1)”³⁴⁸.

295. Dicha interpretación es de gran relevancia para la presente controversia puesto que, de conformidad con el Artículo 1131(2) del TLCAN, “[l]a interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”³⁴⁹.

³⁴⁸ CL-0082, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001, págs. 1 y 2.

³⁴⁹ CL-0081, TLCAN, Art. 1131(2).

296. Sobre la base de la interpretación realizada por la Comisión de Libre Comercio, las Partes concuerdan, y el Tribunal ratifica, que el estándar legal contemplado en el Artículo 1105(1) del TLCAN y, en particular, el estándar de TJE objeto de análisis, debe interpretarse en el sentido de que se refiere al estándar en virtud del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, al efecto de adoptar una decisión en el presente caso, es necesario determinar qué exige el derecho internacional consuetudinario para cumplir ese estándar.
297. Ambas partes coinciden en que el estándar de TJE en virtud del derecho internacional consuetudinario es aquel establecido por el tribunal del CIADI en el caso *Waste Management c. México (II)*, puesto que “*integra de manera persuasiva el análisis acumulado de Tribunales anteriores del TLCAN y refleja una descripción equilibrada del nivel mínimo de trato*”³⁵⁰ [Traducción del Tribunal]. A la luz de este acuerdo, parece que la alegación del Demandado de que “[I]a Demandante [no ha] establec[ido] el contenido del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario que solicita al Tribunal que aplique”³⁵¹ no puede aceptarse.
298. El Tribunal en *Waste Management c. México (II)* determinó lo siguiente:
- “[E]l nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”³⁵².
299. El Tribunal es consciente de que el derecho internacional consuetudinario no está “congelado en ámbar”³⁵³ y que puede evolucionar con el tiempo. No obstante, la

³⁵⁰ CL-0095, *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012, ¶ 219.

³⁵¹ Dúplica, ¶ 338.

³⁵² CL-0121, *Waste Management, Inc. c. México*, Laudo, ¶ 98.

³⁵³ CL-0091, *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, ¶ 57. Véase también CL-0078, *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 116.

conclusión a la que llega el Tribunal es que, en el presente caso, no existen motivos para apartarse del razonamiento expuesto en el caso *Waste Management c. México (II)*, puesto que la posición de ambas partes es que el estándar aplicable de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario se refleja adecuadamente en dicho laudo.

300. Por lo tanto, una violación del estándar objeto de análisis requiere (i) una conducta atribuible al Estado en cuestión; (ii) que la “conducta [sea] *arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial*”; (iii) que la conducta alcance cierto umbral; y (iv) que sea perjudicial para la Demandante. Dado que es indiscutible que la supuesta conducta invocada por Odyssey es atribuible a México, el Tribunal procederá a analizar los requisitos (ii) y (iii). El requisito (iv) se analizará *infra* en la sección V.A.(3)a)(iv).
301. En relación con el segundo requisito, la Demandante, en lugar de limitarse a los parámetros señalados por el tribunal en *Waste Management c. México (II)*, hace referencia a los distintos principios que, en su opinión, sustentarían o fundamentarían dicha decisión, lo que la lleva a postular que el Artículo 1105(1) “engloba los siguientes principios, y su violación puede evidenciarse como prueba de un comportamiento incompatible con ellos: (i) *transparencia*; (ii) *buena fe*; (iii) *trato libre de conductas arbitrarias y/o discriminatorias*; (iv) *debido proceso*; y (v) *cumplimiento de las expectativas razonables*”³⁵⁴.
302. Sin perjuicio de que el estándar de TJE del Artículo 1105(1) recoja o no esos principios, la cuestión no es si dichos principios o elementos del estándar de FET se infringen de forma individual, sino si la conducta en su conjunto puede tildarse de injusta o inequitativa.
303. Por otra parte, dado que el estándar de TJE puede violarse de diversas maneras, y teniendo en cuenta ciertos puntos de discrepancia entre las Partes al abordar las implicaciones del laudo de *Waste Management c. México (II)* para el presente caso, el Tribunal considera útil

³⁵⁴ Memorial, ¶ 217.

establecer ciertos elementos y parámetros a efectos de su consideración al analizar y determinar si una conducta viola el estándar de TJE.

304. Para llevar a cabo esta tarea, es importante señalar que el Tribunal no se siente obligado a considerar únicamente las decisiones de los tribunales del TLCAN, como ha argumentado el Demandado³⁵⁵. Tanto la Demandante como el Demandado han citado decisiones de tribunales ajenos al TLCAN al analizar el nivel mínimo de trato en virtud del TLCAN. Además, el Tribunal, como ya se ha mencionado, trata de determinar cómo debe interpretarse el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. El estándar requerido es universal y no un concepto específico limitado al TLCAN. Por lo tanto, las decisiones ajenas al TLCAN, en la medida en que procuren reflejar el derecho internacional consuetudinario, pueden ser de utilidad.

i) Conducta Arbitraria

305. Odyssey alega que tenía derecho a recibir un trato que no fuera arbitrario. Para determinar el concepto de arbitrariedad, que es un elemento del estándar de TJE, la Demandante³⁵⁶ y el Demandado³⁵⁷ se basaron en el caso *ELSI*, en el cual se afirmó que es “*algo opuesto al imperio de la ley*”, “*una omisión dolosa del debido procedimiento legal, un acto que hiere, o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica*”³⁵⁸. En el mismo sentido, la Demandante agrega, sobre la base de distintos laudos del CIADI, que la arbitrariedad es también “*una medida que se toma por razones que son diferentes a las que alega el decisor*”³⁵⁹, conceptualización de la que el Tribunal ha tomado nota.
306. En opinión del Demandado, “*este estándar no pretende impedir la capacidad de los Estados de adoptar decisiones estratégicas*”³⁶⁰. El Tribunal está de acuerdo con el argumento de México, pero no considera que signifique que la toma de decisiones estratégicas no tenga límites. Uno de estos límites es no incurrir en conductas arbitrarias.

³⁵⁵ Dúplica, ¶ 340.

³⁵⁶ Memorial, ¶ 233.

³⁵⁷ Dúplica, ¶ 350.

³⁵⁸ **CL-0028**, *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, ICJ Reports 1989, Fallo, 20 de julio de 1989, pág. 15, ¶ 128.

³⁵⁹ Memorial, ¶ 233.

³⁶⁰ Dúplica, ¶ 350.

El Tribunal también está de acuerdo con el Demandado en que la mera violación del derecho local no equivale necesariamente y por sí misma a arbitrariedad o a una violación del estándar de trato justo y equitativo³⁶¹.

307. Por lo tanto, para determinar una violación, es necesario analizar la conducta y los motivos que tuvo el Estado para adoptar una decisión concreta. Por consiguiente, en el presente caso, si la decisión administrativa que el Demandado tenía derecho a tomar con respecto a las MIA “*no estaba fundada en la razón, en los hechos o en el derecho*”³⁶² o era “*claramente impropia e indecorosa*”³⁶³ [Traducción del Tribunal], la conducta del Estado se considerará arbitraria con arreglo al estándar de TJE aplicable.

ii) *Debido Proceso*

308. En relación con el debido proceso, ambas Partes están de acuerdo en que forma parte integral del estándar de TJE. Sin embargo, discrepan respecto de lo que implica dicho elemento y sus límites. Para la Demandante, “*el principio del debido proceso de acuerdo con el MST requiere que México tome decisiones basadas únicamente en criterios relevantes, conocidos y bien establecidos en vez de hacerlo por motivos inadecuados*”³⁶⁴. Para el Demandado, se requiere una falta total de debido proceso y “*no surge obligación de debido proceso cuando se cometen meras ‘irregularidades’ administrativas*”³⁶⁵.
309. Siendo el debido proceso un elemento central del estándar de TJE, el Tribunal debe aclarar en primer lugar que se aplica no solo a los actos del poder judicial, sino también a los actos de otros poderes del gobierno, incluidas las decisiones administrativas.
310. Tal como determinó el tribunal en *Glencore c. Colombia*, el debido proceso implica que la autoridad “*debe darle a cada parte una oportunidad justa de presentar su caso y de aportar pruebas apropiadas, y luego debe evaluar las presentaciones y las pruebas en una decisión razonada, equitativa e imparcial*”³⁶⁶. El Tribunal considera que puede producirse una

³⁶¹ Memorial de Contestación, ¶ 481, donde se cita **RL-0031**, Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), pág. 152.

³⁶² **CL-0097**, *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo final, 3 de septiembre de 2001, ¶ 232.

³⁶³ **CL-0078**, *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 127.

³⁶⁴ Memorial, ¶ 243.

³⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶ 489, donde se cita **RL-0003**, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 200.

³⁶⁶ **CL-0165**, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶ 1318.

violación del debido proceso administrativo no solo cuando existe una “*falta total de transparencia e imparcialidad*”³⁶⁷, sino también, específicamente en este caso, cuando “se deniega un permiso a un inversionista por motivos que no guardan relación con los requisitos específicos existentes para la expedición de dicho permiso”³⁶⁸. [Traducción del Tribunal]

311. México alega que el objetivo de la Demandante es obtener una revisión de las conclusiones alcanzadas por la DGIRA, independientemente de la revisión ya realizada por el tribunal competente, y que dicho objetivo no está permitido por el derecho internacional, ya que “[una] *reclamación del TLCAN no puede convertirse en una apelación contra las decisiones de los tribunales internos*”³⁶⁹ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal está de acuerdo con tal exhortación. No corresponde a los tribunales de arbitraje constituidos en el marco del TLCAN convertirse en tribunales de apelación de las decisiones de las autoridades administrativas del Estado, ni cuestionar las decisiones de dichas autoridades, ni sustituir la sentencia de un órgano administrativo especializado por la suya propia. La tarea jurisdiccional del Tribunal, en este caso, consiste en determinar si las decisiones de la DGIRA impugnadas por la Demandante pueden ser calificadas como constitutivas del incumplimiento de una obligación establecida en un tratado, a saber, el estándar de TJE tal y como se define en esta sección.

iii) Expectativas Legítimas

312. Por último, sobre la base del razonamiento del tribunal en *Waste Management c. México (II)* acerca del estándar de TJE y expectativas legítimas, ambas partes hacen referencia al papel que desempeñan “*las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable*”³⁷⁰ en el contexto del estándar de TJE.

³⁶⁷ **CL-0121**, *Waste Management, Inc. c. México*, Laudo, ¶ 98.

³⁶⁸ **RL-0022**, P. Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (2013), pág. 259.

³⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶ 493, donde se cita **RL-0038**, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, ¶ 134.

³⁷⁰ **CL-0121**, *Waste Management, Inc. c. México*, Laudo, ¶ 98.

313. Las partes están de acuerdo en que las expectativas legítimas no constituyen un elemento autónomo dentro del estándar de TJE, sino más bien un factor que puede formar parte del análisis general para determinar si una conducta incumple dicho estándar³⁷¹.
314. La Demandante afirma que las expectativas legítimas pueden surgir no solo de promesas expresas hechas por el Estado receptor o de la conducta de funcionarios atribuible a dicho Estado, sino también del entorno normativo que mantiene el Estado receptor³⁷². Añade que *“el marco jurídico y regulatorio existente antes de la medida en cuestión puede informar las expectativas legítimas del inversionista”*³⁷³. La Demandante también postula lo siguiente:
- “[e]n última instancia, los inversionistas canadienses y estadounidenses en México tienen derecho a conducir sus negocios, lo que incluye el establecimiento y la operación de sus inversiones, confiando razonablemente en expectativas legítimas, tales como la expectativa de que los funcionarios del gobierno mexicano cumplirán con sus deberes sin prejuicios, para fines adecuados, de modo sincero, razonablemente, y en cumplimiento del derecho mexicano y que cumplirán con cualquier garantía expresa que le hayan dado al inversionista”*³⁷⁴.
315. El Demandado, por su parte, alega que las expectativas legítimas deben surgir a través de *“declaraciones o garantías específicas realizadas, de manera explícita o implícita por un Estado parte”*³⁷⁵ [Traducción del Tribunal]. Añade que *“[t]ales declaraciones deben ser tan ‘definitivas, inambiguas y repetidas’ como constituir una relación cuasicontractual”*³⁷⁶ y sostiene que *“[e]l Derecho vigente del Estado anfitrión, así como su legislación, no pueden generar expectativas legítimas”*³⁷⁷.
316. Además, México aduce que, si la Demandante es capaz de demostrar *“que se otorgaron garantías que podían satisfacer los requisitos exigidos antes mencionados respecto a la formación de expectativas, tendría que demostrar que esas expectativas también eran*

³⁷¹ Memorial, ¶ 246; Memorial de Contestación, ¶ 508; Réplica, ¶ 202; Dúplica, ¶ 389.

³⁷² Memorial, ¶ 244.

³⁷³ Memorial, ¶ 245.

³⁷⁴ Memorial, ¶ 247.

³⁷⁵ Memorial de Contestación, ¶ 510, donde se cita **CL-0057**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 141.

³⁷⁶ Memorial de Contestación, ¶ 510, donde se cita **CL-0055**, *Glamis c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 802.

³⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶ 511.

objetivamente razonables”³⁷⁸. En opinión del Demandado, las expectativas legítimas no pueden determinarse por referencia a las expectativas subjetivas del inversionista³⁷⁹.

317. El Tribunal está de acuerdo con las partes en que las expectativas legítimas no son un elemento autónomo dentro del estándar de TJE receptado en el Artículo 1105(1) del TLCAN. Más bien, tales expectativas constituyen un factor que puede tenerse en cuenta a los efectos de determinar si una conducta viola el estándar de TJE.
318. Sobre la base de lo que antecede, es evidente que cuanto más específicas y reiteradas sean las garantías o promesas realizadas por el Estado, mayor será la probabilidad de que surjan expectativas por parte del inversionista. No obstante, en opinión del Tribunal, la firma por parte de un Estado de tratados que prevén la protección de las inversiones extranjeras y la existencia de un marco regulatorio interno que regule una evaluación técnica y objetiva de los efectos ambientales de cualquier proyecto pertinente, aun cuando no se trate de promesas específicamente dirigidas a un inversionista específico, constituyen elementos de los que cabe razonablemente esperar que den lugar a la creación de expectativas objetivas y legítimas de parte del inversionista. Tal vez esas garantías no tendrían la fuerza proveniente de una promesa específica reiterada, pero tampoco este marco jurídico general de garantías es un elemento que deba ignorarse sin más.

iv) Umbral de la conducta para violar el estándar de TJE

319. En relación con el tercer requisito que debe cumplir la conducta impugnada para violar el Estándar de TJE, es decir, el umbral que debe alcanzar dicha conducta, el Demandado, sobre la base de los razonamientos de *Waste Management c. México (II)* y *Cargill c. México*, concluye que el umbral es “*alto*”³⁸⁰.
320. La Demandante cuestiona ese enfoque y señala que “[n]o hay nada en el laudo de *Waste Management II* que sugiera que el umbral para demostrar el incumplimiento del estándar sea ‘*extremadamente alto*’”³⁸¹.

³⁷⁸ Memorial de Contestación, ¶ 514.

³⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 515.

³⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 449.

³⁸¹ Réplica, ¶ 176.

321. Al tratar de establecer los límites del umbral objeto de análisis, el Tribunal no considera que sea “*extremadamente alto*”. Esa no es la lectura que hace el Tribunal del laudo *Waste Management c. México (II)* y, tal como resolviera el tribunal en *Mondev c. Estados Unidos*, “*lo que es injusto o inequitativo no necesariamente se equipara con aquello que es escandaloso o atroz*”³⁸².
322. No obstante, el Tribunal no considera que el estándar analizado pretenda otorgar protección a los inversionistas frente a “*una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos*”³⁸³ o “*cuando se cometan meras ‘irregularidades’ administrativas*”³⁸⁴.
323. En línea con las decisiones de los casos *Waste Management c. México (II)* y *Cargill c. México*, el Tribunal considera que la violación del estándar de TJE “debe ser ‘grave’, ‘manifiesta’, ‘total’ o de tal magnitud que ‘atenta contra los cánones judiciales’”³⁸⁵, “como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”³⁸⁶.
324. Por lo tanto, el Tribunal está de acuerdo con la opinión del Demandado en la medida en que el umbral aplicable requiere que la violación sea grave por naturaleza, como se ha indicado anteriormente, lo que debe determinarse caso por caso, teniendo en cuenta las pruebas.
325. Por último, el Demandado alega que Odyssey basa su reclamación sobre “*órdenes de mando secretas*” que llevaron a la DGIRA a denegar las MIA. Añade que “*no existe una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la noción de ‘órdenes de mando’ con la que la Demandante caracteriza la conducta que reclama*”³⁸⁷.
326. Sobre este particular, cabe señalar que el Tribunal no considera que deba pronunciarse sobre lo que debe entenderse por “*orden de mando*” en virtud del derecho internacional

³⁸² CL-0078, *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 116.

³⁸³ CL-0027, *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 296.

³⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 489, donde se cita RL-0003, *Thunderbird c. México*, Laudo, ¶ 200.

³⁸⁵ CL-0027, *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 285.

³⁸⁶ CL-0121, *Waste Management, Inc. c. México*, Laudo, ¶ 98.

³⁸⁷ Memorial de Contestación, ¶ 454.

consuetudinario ni determinar si existe una norma específica de derecho internacional consuetudinario que prohíba tal conducta. El Tribunal entiende que la Demandante, al utilizar dicha referencia, no está aludiendo a una norma o violación distinta de su alegación de que México violó el estándar de TJE al denegar la MIA.

327. La referencia a las “órdenes de mando” es claramente una expresión utilizada por Odyssey para caracterizar de forma simplificada lo que entiende por conducta arbitraria, poco transparente y violatoria del debido proceso administrativo, con lo que pretende establecer una violación del estándar de TJE que invoca.
328. Esta supuesta necesidad de demostrar una norma relativa a la proscripción de las órdenes de mando en virtud del derecho internacional consuetudinario fue analizada por primera vez por el tribunal en *Vento c. México* de una manera que el Tribunal considera pertinente para el presente caso. En esa ocasión, se decidió lo siguiente:

“El argumento de la Demandada de que la Demandante necesitaría probar que el derecho internacional consuetudinario específicamente proscribía nociones como la denominada ‘línea’ puede resolverse sucintamente. La Demandante está en lo cierto que no necesita probar la existencia de una norma independiente del derecho internacional consuetudinario que prohíba acciones específicas de los estados o a sus agentes. Si bien este tipo de normas pueden surgir, es evidente en sí mismo que ésta no es la forma como la costumbre internacional se desarrolla. Tampoco existe un proceso que tipifique una lista de acciones específicas bajo la tutela del derecho internacional consuetudinario.

*Después de todo, el concepto de ‘línea’ es simplemente la forma como la Demandante decidió caracterizar la conducta de la Demandada de la cual se queja. No obstante, la Demandante ha descrito esa conducta con suficiente detalle y alega que viola el estándar de trato del derecho internacional consuetudinario articulado por el tribunal en *Waste Management II*, con el cual concuerdan ambas Partes. Como ya se señaló, la Demandante fundamentalmente alega que dicha conducta fue arbitraria, discriminatoria y que faltó al debido proceso.”³⁸⁸.*

329. Lo que antecede no debe entenderse como un pronunciamiento respecto de la aplicabilidad o no de las conclusiones del tribunal en *Vento c. México* a los hechos del presente procedimiento, que es otro argumento esgrimido por el Demandado, ya que la existencia

³⁸⁸ RL-0020, *Vento c. México*, Laudo, ¶ 279.

de órdenes de mando también fue objeto de debate en el marco del caso *Vento*. Esa cuestión se analiza en el siguiente capítulo al determinar si hubo violación del estándar de TJE conforme al Artículo 1105(1) del TLCAN. Lo que se ha resuelto hasta ahora es que, desde el punto de vista jurídico, tal como se decidió en *Vento*, no es necesario demostrar o determinar lo que significan las órdenes de mando con arreglo al derecho internacional consuetudinario, ya que la alegación de la Demandante no se basa en la violación de una supuesta norma en tal sentido.

330. Sobre la base de lo establecido *supra*, se determina que el estándar de TJE aplicable será el definido en el caso *Waste Management c. México (II)* ya citado, a la luz de las precisiones hechas por este Tribunal sobre sus implicaciones en el contexto específico de este caso.
331. Tras determinar el contenido el estándar de TJE, el Tribunal es consciente de que esta norma debe aplicarse a las circunstancias específicas de cada caso. En consecuencia, el Tribunal no puede arribar a una decisión en abstracto y procederá a hacerlo sobre la base de los hechos de este caso concreto.

b) Violación del Deber de México de Otorgar Trato Justo y Equitativo según lo previsto en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN

332. Habiendo establecido el alcance del estándar de TJE previsto en el Artículo 1105(1) del TLCAN, el Tribunal procederá a analizar la conducta invocada por Odyssey que supuestamente violó el estándar de TJE. La tarea del Tribunal consiste en determinar, sobre la base de las pruebas disponibles, si se produjeron los hechos que alega la Demandante y, en caso afirmativo, si cumplen los requisitos para ser considerados una violación del estándar de TJE.
333. El Tribunal, por mayoría, después de haber ponderado las pruebas aportadas en este procedimiento, ha arribado a la conclusión de que la violación que alega la Demandante sí existió y que constituye una violación del estándar de TJE previsto en el TLCAN, de conformidad con la interpretación que debe otorgarse a dicho estándar de trato. El análisis de las pruebas, como se aprecia a continuación, indica que la DGIRA, a petición del Sr. Pacchiano, Secretario de la SEMARNAT, denegó un permiso que, de otro modo, se habría concedido. En concreto, existen pruebas de arbitrariedad, falta de transparencia e

incumplimiento del debido proceso administrativo de tal gravedad que la conducta alcanza el umbral necesario para establecer la violación alegada.

334. Como ya se ha señalado en el análisis del estándar de TJE aplicable, el Tribunal es consciente de que su función no es sustituir la sentencia de un órgano administrativo especializado por la suya propia ni convertirse en un tribunal de apelación de las decisiones de aquel, como tampoco cuestionar las decisiones de las autoridades mexicanas encargadas de la protección ambiental. Este Tribunal carece de competencia técnica para realizar tal ejercicio y, lo que es más importante, ninguno de estos enfoques se ajusta a su mandato en virtud del TLCAN.
335. Sin embargo, más que pronunciarse sobre el fondo técnico de la decisión adoptada por la DGIRA y criticada por la Demandante, en este caso, la Mayoría concluye que se ha demostrado la existencia de hechos graves que llevan a la conclusión de que el rechazo de la Nueva MIA de ExO no se basó en verdaderas consideraciones ambientales (aunque las consideraciones ambientales se utilizaron como pretexto), sino en motivos ajenos y personales del Sr. Pacchiano, que solo pueden calificarse de gravemente arbitrarios, carentes de transparencia y contrarios al debido proceso administrativo.
336. Para la Mayoría, la conclusión anterior se apoya en cuatro pilares esenciales, además de otras pruebas accesorias que serán analizadas. Estos pilares son (i) las declaraciones de los exfuncionarios de la DGIRA, los Sres. Flores y Villa, sobre el proceso detrás del rechazo de la Nueva MIA de ExO por parte de la DGIRA en las dos ocasiones en que esto ocurrió; (ii) el fundamento de la decisión de la SEMARNAT de rechazar la Solicitud de Revisión presentada por ExO; (iii) la decisión del TFJA en la cual se analizó la falta de mérito de las razones aducidas por la DGIRA para emitir la Primera Denegatoria; y (iv) la rápida reacción de la SEMARNAT, una vez comunicada la decisión del TFJA de anular la Primera Denegatoria de la Nueva MIA de ExO, indicando que dicha solicitud sería rechazada nuevamente. Cada una de estas cuestiones se analizarán *infra*, complementadas con pruebas pertinentes adicionales en cada caso.

i) Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa

337. México ha invocado en este procedimiento diferentes motivos por los cuales las declaraciones testimoniales de los Sres. Flores y Villa deben desestimarse o no se les debe asignar valor probatorio. Algunas objeciones son comunes a ambos testigos, mientras que otras son específicas de uno u otro funcionario.
338. Entre las objeciones comunes a ambos funcionarios se encuentra el hecho de que celebraron un contrato de pago con Odyssey en relación con su participación como testigos³⁸⁹. Ante esta circunstancia, el Demandado formula varias alegaciones, que se analizan *infra*.
339. Como primera consideración, cabe señalar que el hecho de que los testigos reciban una compensación por el tiempo y los costos relacionados con sus declaraciones en el juicio no es una circunstancia que justifique su recusación como testigos o que arroje dudas sobre su imparcialidad. El hecho de que los testigos puedan ser compensados por el tiempo dedicado a la preparación de sus declaraciones es algo expresamente previsto y aceptado en diversas normas que regulan el arbitraje y, en lo que se refiere a este procedimiento, una cuestión expresamente prevista y aceptada por el Reglamento de la CNUDMI³⁹⁰. Por lo tanto, el hecho de que los Sres. Flores y Villa hayan acordado con Odyssey recibir un pago por prestar sus declaraciones no conduce como tal a la conclusión de que los testigos deban ser recusados.
340. Además, los testigos señalan³⁹¹, según consta en sus respectivos contratos³⁹², que el pago no está relacionado con el contenido de sus declaraciones sino con el tiempo invertido en prepararlas, revisar los antecedentes correspondientes y prestar su testimonio. En

³⁸⁹ Memorial de Contestación, ¶ 431; Dúplica, ¶ 84.

³⁹⁰ **CL-0152**, Artículo 38(d) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976; **CL-0201**, David Caron y Lee Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2.ª ed. 2012), págs. 844-845, donde se cita **CL-0202**, *UNCITRAL Summary Record of the 12th Meeting*, 22 de abril de 1976, UN Doc. A/CN.9/9/C.2/SR.12, ¶¶ 76-78. Véase también **RL-0010**, IBA, Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, 25 de mayo de 2013, Directriz 25.

³⁹¹ Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 5; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 3.

³⁹² **C-0364**, Contrato de A. Flores, 7 de julio de 2020; **C-0365**, Contrato de A. Villa, 2 de noviembre de 2020.

consecuencia, la naturaleza del pago acordado no afecta ni debe afectar su relato de los hechos que presenciaron o vivieron.

341. Sobre este particular, el Demandado señala que existen dos cláusulas en los contratos que permiten concluir que Odyssey podía imponer o influir en el contenido de las declaraciones³⁹³. Al respecto, cita las cláusulas 2.a y 4³⁹⁴. La primera establece que “[e]l TESTIGO se compromete a: a. Proveer testimonios escritos u orales en función de lo que el DESPACHO considere necesario”; mientras que la segunda prevé que “[e]l TESTIGO será reembolsado por todos los gastos personales pre-aprobados que tenga que afrontar relacionados con su desempeño como testigo en el Procedimiento Arbitral”. Aunque el Demandado afirma que estas cláusulas permitirían a la Demandante influir en el contenido de las declaraciones testimoniales³⁹⁵, la Mayoría discrepa de que esta sea la interpretación que naturalmente debe darse a tales disposiciones y, por lo tanto, considera que las alegaciones de México al respecto carecen de fundamento. A mayor abundamiento, como señala el propio Demandado, los contratos de ambos testigos son claros al establecer que los “honorarios de ninguna manera estarán sujetos al contenido de la información que sea provista por el TESTIGO o al resultado del arbitraje”³⁹⁶.
342. Por otro lado, en cuanto al importe de la compensación percibida, que, en el caso del Sr. Villa, fue de USD 31.186,68 (gastos incluidos)³⁹⁷, el Tribunal acepta la pertinencia de comparar dicho monto con el salario que el Sr. Villa percibía como funcionario público³⁹⁸. Sin embargo, el Tribunal no considera que este monto sea desproporcionado o improbable o que constituya un pago que podría comprometer la independencia del testigo o la credibilidad de su declaración. Asimismo, el hecho de que parte de los pagos realizados al Sr. Villa sean por horas de trabajo cobradas con carácter retroactivo, es decir, por periodos anteriores a la fecha de la firma del contrato con Odyssey³⁹⁹, no altera la conclusión ya

³⁹³ Dúplica, ¶¶ 92-93.

³⁹⁴ Dúplica, ¶¶ 92-93, donde se citan **C-0364**, Contrato de A. Flores, 7 de julio de 2020, ¶¶ 2.a, 4; **C-0365**, Contrato de A. Villa, 2 de noviembre de 2020, ¶¶ 2.a, 4.

³⁹⁵ Dúplica, ¶¶ 92-93.

³⁹⁶ Dúplica, ¶ 92; **C-0364**, Contrato de A. Flores, 7 de julio de 2020, ¶ 5; **C-0365**, Contrato de A. Villa, 2 de noviembre de 2020, ¶ 5.

³⁹⁷ Declaración sobre Costos de la Demandante, 30 de noviembre de 2022, pág. 4.

³⁹⁸ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 47; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 405:5-17.

³⁹⁹ Dúplica, ¶ 105.

alcanzada. La Mayoría conoce los motivos que llevaron al Sr. Villa a firmar el contrato con Odyssey recién el 2 de noviembre de 2020⁴⁰⁰ y no considera que existan motivos vinculados a ese hecho que pongan en tela de juicio la veracidad de su declaración. En opinión de la Mayoría, la cuestión que consiste en determinar si esta decisión de imputación retroactiva viola alguna disposición de la legislación mexicana no se encuentra comprendida dentro de la competencia del Tribunal.

343. Con respecto al Sr. Flores, el Demandado alega que su declaración de que no sabía si solicitaría o no el pago de las horas de trabajo por las que tenía derecho a ser compensado⁴⁰¹, dejó un manto de duda que lo inhabilitó como testigo⁴⁰². La Mayoría no comparte esta conclusión y debe reiterar que, en relación con los pagos acordados entre Odyssey y los Sres. Flores y Villa, no observa ninguna circunstancia extraordinaria o anormal al respecto que justifique desestimar sus declaraciones o menoscabar su credibilidad.
344. Por último, la Mayoría no acepta las afirmaciones de México de que los testigos ocultaron la existencia de sus contratos con Odyssey⁴⁰³. Aunque los testigos solo se refirieron a ellos en sus segundas declaraciones escritas⁴⁰⁴, todo indica que inicialmente no revelaron el hecho porque entendieron o fueron informados de que era lícito que la Demandante les pagara por el tiempo invertido en sus declaraciones y que ello no creaba un vínculo con esa parte que impusiera una obligación especial de divulgación.
345. Un segundo grupo de objeciones de México con el objeto de recusar a los Sres. Flores y Villa o menoscabar la credibilidad de sus declaraciones tiene que ver con la participación de los testigos en los hechos que subyacen a este procedimiento⁴⁰⁵. Sobre este particular, el Demandado, además de criticarlos por haber “*cambi[ado] de bando*”⁴⁰⁶, señala que ambos participaron en las dos resoluciones denegatorias de la Nueva MIA de ExO y las

⁴⁰⁰ Dúplica, ¶ 105, donde se cita **C-0365**, Contrato de A. Villa, 2 de noviembre de 2020, pág. 1; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 378:22-379:3; 391:21-392:3.

⁴⁰¹ Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1838:1-20.

⁴⁰² Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 64.

⁴⁰³ Memorial de Contestación, ¶ 426; Dúplica, ¶¶ 84-85.

⁴⁰⁴ Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 5; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 3.

⁴⁰⁵ Dúplica, ¶¶ 74-75.

⁴⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 208, 210, 421.

firmaron, lo que implica que estaban de acuerdo con tales resoluciones⁴⁰⁷. Así pues, según este argumento, no es creíble que los testigos se opongan ahora a las decisiones que aprobaron con anterioridad⁴⁰⁸.

346. Sobre este particular, la Mayoría no comparte la crítica de México, puesto que las declaraciones de ambos testigos, los Sres. Flores y Villa, son claras en el sentido de que no estaban de acuerdo con la denegatoria de la Nueva MIA de ExO y que tuvieron que adoptar una decisión a tal efecto porque así se los ordenaron sus superiores⁴⁰⁹. Por lo tanto, el hecho de que sean quienes denegaron la Nueva MIA no descarta la posibilidad de que estuvieran en desacuerdo con esa decisión, como tampoco su participación como testigos de la Demandante puede considerarse un cambio de opinión inexplicable. Su testimonio es que nunca estuvieron de acuerdo con la decisión de denegar la Nueva MIA de ExO y que sus decisiones de rechazar el Proyecto se explican únicamente por el hecho de que el Secretario Pacchiano se los ordenó.
347. México también critica a los Sres. Flores y Villa por no denunciar de inmediato las supuestas instrucciones de rechazar la MIA, impartidas por el Secretario Pacchiano, si consideraban que se trataba de una conducta ilegal que estaban obligados a denunciar⁴¹⁰. Sobre este particular, no se está juzgando en este procedimiento si los testigos cumplieron o no con la normativa interna mexicana en la materia, ni si debieron haberse resistido a seguir las instrucciones de su superior de las que disentían; se trata más bien de la admisibilidad y la confiabilidad de sus declaraciones testimoniales. Además, el hecho es que la posible violación de la legislación mexicana en este sentido o su decisión de no enfrentarse a su superior no afecta ni a la admisibilidad ni a la credibilidad de lo que declararon. Asimismo, la Mayoría toma en cuenta que es indiscutible que el Secretario Pacchiano tenía la facultad de despedir a los Sres. Flores y Villa⁴¹¹, lo que deja en claro

⁴⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 195, 198, 343, 371, 372.

⁴⁰⁸ Memorial de Contestación, ¶ 210.

⁴⁰⁹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶¶ 20, 29, 32; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 9; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 26; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 22.

⁴¹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 195; Dúplica, ¶¶ 96, 97, 317.

⁴¹¹ Réplica, ¶ 166; Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶¶ 15, 39; Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 20.

que una queja o resistencia de su parte podría haber significado la pérdida de sus empleos; y, por otro lado, hay que señalar que, recién en el año 2020, es decir, después de ocurridos los hechos, comenzó a funcionar en México un sistema de denuncia con protección de la identidad del denunciante⁴¹².

348. México señala, además, que los Sres. Flores y Villa fueron objeto de diversas sanciones administrativas⁴¹³, lo que también pone en duda su credibilidad como testigos. Con respecto al Sr. Flores, México señala que fue sancionado en dos ocasiones: la primera, al autorizar una MIA relacionada con un proyecto de organismos genéticamente modificados⁴¹⁴, cuando la SEMARNAT determinó que existían “*elementos probatorios suficientes que permiten presumir la existencia de presuntas irregularidades administrativas por parte de Alfonso Flores Ramírez*”⁴¹⁵ y la segunda, al “*resolver sobre la solicitud de autorización de impacto ambiental del polémico proyecto denominado Cabo Cortés*”⁴¹⁶. Sin embargo, ha quedado demostrado en este procedimiento que la primera sanción fue revocada por el TFJA⁴¹⁷ y, con respecto a la segunda sanción, que el Sr. Flores no tuvo participación alguna en la autorización del proyecto en cuestión al no ocupar en ese momento el cargo de Director General de la DGIRA⁴¹⁸. A su vez, con respecto al Sr. Villa, México señaló que había sido acusado de (a) recibir sobornos por parte de una exfuncionaria para facilitar trámites ambientales, así como proporcionar información de manera extraoficial; (b) recibir sobornos por parte de diversas empresas mineras, con las que estaba relacionado, para la presentación de solicitudes de MIA que carecían de fundamento jurídico; y (c) recomendar empresas consultoras a promoventes de MIA,

⁴¹² Réplica, ¶¶ 168-169; Segundo Informe Pericial de Sergio Huacuja Betancourt, ¶¶ 23-24.

⁴¹³ Memorial de Contestación, ¶¶ 410-411; Dúplica, ¶ 124.

⁴¹⁴ Memorial de Contestación, ¶ 199, donde se cita **R-0059**, “Presentan queja contra autorización de la Semarnat a cultivos transgénicos”, *La Jornada*, 14 de junio de 2012; Memorial de Contestación, ¶ 200; Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, nota al pie 1.

⁴¹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 199, donde se cita **R-0060**, “La SFP investigará a director que autorizó siembra de soya transgénica en 7 estados; Greenpeace pide su despido”, *Sin Embargo*, 4 de julio de 2014.

⁴¹⁶ Memorial de Contestación, ¶ 201.

⁴¹⁷ Réplica, ¶ 148 b, donde se cita **C-0334**, Decisión del TFJA, 23 de noviembre de 2018, pág. 16; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 7.

⁴¹⁸ Réplica, ¶ 148 a; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 6.

asegurando que, de realizar los estudios correspondientes, se les otorgarían las autorizaciones⁴¹⁹.

349. No obstante, en opinión de la Mayoría, tales afirmaciones no constituyen motivo suficiente para recusar al testigo o menoscabar su credibilidad porque, como se desprende de los documentos presentados por el Demandado, el Órgano Interno de Control ordenó el archivo de los procedimientos mencionados al determinar que no había pruebas de las presuntas irregularidades por parte del Sr. Villa⁴²⁰. Este asunto fue explicado por el Sr. Villa cuando México lo sometió a contrainterrogatorio⁴²¹ y, en esencia, esta cuestión no fue planteada nuevamente por el Demandado en su Escrito Posterior a la Audiencia.
350. A mayor abundamiento, los Sres. Flores y Villa fueron presentados por el propio México como testigos en el caso *Abengoa c. México*⁴²². Aparentemente, México los consideró aptos como testigos en ese caso; por lo tanto, la Mayoría no entiende por qué México los consideraría testigos creíbles en un caso, pero no creíbles en otro.
351. Con respecto al Sr. Villa, el Demandado también alega que estuvo presente durante las deliberaciones iniciales sobre la defensa de México en este caso, lo que implica que debería ser recusado como testigo de la Demandante⁴²³. Sin embargo, no existen pruebas de que el Sr. Villa obtuviera información confidencial del Demandado en esa fase inicial y su testimonio no guarda relación con la estrategia de defensa de México ni con sus deliberaciones al respecto. México también señala que, durante esas etapas iniciales de la preparación de la defensa de México, el Sr. Villa no declaró estar en desacuerdo con las denegatorias de las MIA de Odyssey⁴²⁴. No obstante, en opinión de la Mayoría, el silencio del Sr. Villa en este contexto no puede interpretarse como una ocultación de ese hecho, puesto que en esas reuniones también estuvieron presentes otros funcionarios (la Sra. Luz

⁴¹⁹ Dúplica, ¶ 124, Tabla 4. Procedimientos en contra de los Sres. Flores y Villa por ejercicio irregular de sus funciones.

⁴²⁰ Resolución emitida por el OIC en el expediente 2014/SEMARNAT/DE447 iniciado en contra del Sr. Alberto Villa Aguilar, **R-0177**; Resolución emitida por el OIC en el expediente 2015/SEMARNAT/DE762 iniciado en contra del Sr. Alberto Villa, **R-0178**; Resolución emitida por el OIC en el expediente 2016/SEMARNAT/DE385 iniciado en contra del Sr. Alberto Villa, **R-0179**.

⁴²¹ Transcripción de la Audiencia, Día 2, 328:18-329:1.

⁴²² Memorial de Contestación, ¶¶ 208, 408.

⁴²³ Memorial de Contestación, ¶¶ 209, 388-392; Dúplica, ¶¶ 78, 83.

⁴²⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 209, 394; Dúplica, ¶¶ 79, 80, 321, 322.

Aurora Lenka Ruiz Colín, la Subsecretaria Martha García Rivas, el Sr. Amado Ríos, la Sra. Consuelo Juárez) que, según su descripción de los hechos, también conocían perfectamente las instrucciones del Sr. Pacchiano⁴²⁵.

352. En otra línea de impugnación de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, México señala que sus declaraciones testimoniales contienen una serie de contradicciones, lo que nuevamente arroja dudas sobre su credibilidad⁴²⁶. Sobre este particular, el Demandado aduce, por ejemplo, que “*se demostró que [las] declaraciones [del Sr. Flores] son poco confiables al entrar en una contradicción irremediable con el Sr. Villa respecto de si él fue quien le transmitió la supuesta orden del Sr. Pacchiano*”⁴²⁷. Sin embargo, luego de analizar las diversas contradicciones invocadas, tanto en relación con esta cuestión como con las demás cuestiones planteadas por el Demandado, la Mayoría considera que carecen de relevancia hasta el punto de que no son capaces de arrojar dudas razonables sobre la veracidad de las declaraciones testimoniales.
353. Por último, teniendo en cuenta la estructura jerárquica de la SEMARNAT, México cuestiona las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, afirmando que les correspondía a ellos pronunciarse respecto de las MIA de ExO, ya que el Sr. Pacchiano carecía de facultades para intervenir en este tipo de decisiones⁴²⁸. Si bien esta cuestión se examinará en mayor profundidad al analizar las declaraciones del Sr. Pacchiano, por ahora, basta decir que la independencia o autonomía de la DGIRA respecto del Secretario de la SEMARNAT no es algo que esté establecido como tal en las normas que regulan la SEMARNAT, como se verá más adelante; y, lo que es más importante, que la subordinación de los Sres. Flores y Villa al Sr. Pacchiano en su carácter de Secretario de la SEMARNAT es evidente, ya que no se controvierte que el Sr. Pacchiano tenía la autoridad para relevarlos de sus funciones y, por lo tanto, para influir en sus decisiones. Es por eso que, en opinión de la Mayoría, la credibilidad de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa no se ve afectada por el hecho de que el Sr. Pacchiano no ejerciera formalmente sus facultades para intervenir o porque,

⁴²⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 30.

⁴²⁶ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 57-60.

⁴²⁷ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 56, 58.

⁴²⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 197, 198, 344, 461; Dúplica, ¶¶ 67, 117, 124, 128, 313.

como alega México, no estuviera dentro del ámbito de sus responsabilidades resolver las MIA de ExO.

354. En síntesis, la Mayoría considera que México no ha presentado un motivo convincente que justifique desestimar las declaraciones de los Sres. Flores y Villa o restarles importancia. En su lugar, ha esgrimido diversos argumentos de la más variada naturaleza, pero carentes de relevancia o pertinencia, que son más bien demostrativos de su interés en eliminar tales pruebas pertinentes al caso que la Demandante presentó ante este Tribunal.
355. Por último, la Mayoría no puede concluir su análisis del valor de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa sin tener en cuenta la decisión de *Vento c. México* que invoca México⁴²⁹. En opinión del Demandado, dicha decisión constituye un precedente que ha de seguirse en este caso, lo cual restaría valor a las declaraciones de los Sres. Flores y Villa por los mismos motivos considerados por el tribunal en *Vento*.
356. Si bien la posición de México no es que el Tribunal deba ceñirse a la decisión de otro tribunal del TLCAN, argumenta que las similitudes entre ambos casos deberían conducir a un resultado similar⁴³⁰.
357. En el caso *Vento*, el tribunal determinó que los exfuncionarios públicos que testificaron a favor de la parte demandante no eran creíbles debido a varios factores, algunos de los cuales están presentes en este caso y otros no.
358. Lo primero que hay que aclarar es que el tribunal en *Vento* no dictaminó que un denunciante que se hubiera desempeñado anteriormente como funcionario público nunca podría ser de fiar. El tribunal en *Vento* concluyó que un exfuncionario que declaró en ese caso carecía de credibilidad dadas las circunstancias específicas y el contexto particular del caso.
359. Lo segundo que hay que aclarar es que la determinación de la credibilidad de un testigo es una tarea que debe llevar a cabo cada tribunal exclusivamente en función del contexto específico del caso en cuestión, y las extrapolaciones de un caso a otro, a la hora de valorar las pruebas, suelen ser engañosas, puesto que es imposible saber si un tribunal—en este caso, el tribunal en *Vento*—se habría pronunciado de la misma manera si hubiesen

⁴²⁹ Memorial de Contestación, ¶ 455; Dúplica, ¶ 316.

⁴³⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 456-457.

concurrido ante él las circunstancias específicas de este caso. Cabe señalar, por ejemplo, que, en el caso *Vento*, el exfuncionario que alegó haber recibido órdenes de sus superiores no pudo identificar el nombre de la persona que había impartido las supuestas instrucciones⁴³¹. Además, en el caso *Vento*, las resoluciones impugnadas fueron confirmadas por diferentes tribunales mexicanos, a diferencia de lo que ocurre en este caso⁴³².

360. Por último, a pesar de las similitudes (o la falta de ellas) entre ambos casos, la Mayoría no comparte necesariamente todo el razonamiento del tribunal en *Vento*. En particular, si bien son comprensibles las críticas del tribunal en *Vento* al exfuncionario público por no denunciar las instrucciones que alegaba haber recibido, no es cierto que tales críticas justifiquen negar credibilidad al testigo en todas las circunstancias. Una cosa es valorar sus acciones, es decir, si la falta de denuncia es justificable dadas las circunstancias del caso, y otra muy distinta, que las críticas al respecto puedan traducirse en una denegación de la veracidad de su testimonio. La Mayoría tiene reservas en cuanto al razonamiento del tribunal en *Vento* en tal sentido y, en cualquier caso, considera que la credibilidad de un testigo es una cuestión de hecho que no está directamente relacionada con la aprobación o desaprobación de las acciones del testigo.
361. En definitiva, por los diversos motivos señalados *supra*, la Mayoría no considera que el caso *Vento* tenga incidencia real en la credibilidad que deba atribuirse a las declaraciones de los Sres. Flores y Villa. La conclusión general de la Mayoría es que las declaraciones de estos exfuncionarios ofrecen una descripción genuina de los hechos ocurridos en este caso. Su testimonio no ha sido refutado, de manera creíble, por las declaraciones contrarias del Sr. Pacchiano y es coherente con el resto de las pruebas presentadas en este procedimiento.

ii) Las declaraciones de los Sres. Flores y Villa

362. Lo primero que debe señalarse es que el argumento de la Demandante, en sus diferentes capítulos o alegaciones, se basa en gran medida en las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, puesto que tales declaraciones demostrarían que la Nueva MIA de ExO fue denegada

⁴³¹ **RL-0020**, *Vento c. México*, Laudo, ¶¶ 306-307.

⁴³² **RL-0020**, *Vento c. México*, Laudo, ¶ 286.

por consideraciones que no se encontraban relacionadas con los motivos ambientales invocados por la DGIRA, sino con decisiones personales del Sr. Pacchiano.

363. En aras de comprender plenamente el alcance de estas declaraciones, conviene señalar quiénes son los Sres. Flores y Villa, el papel que desempeñaron en el análisis de las MIA de ExO y, a continuación, los hechos que relatan y que explican la denegatoria de la solicitud de ExO.
364. El Sr. Alfonso Flores Ramírez es ingeniero químico y trabajó en la SEMARNAT durante el período comprendido entre los años 2002 y 2018. Su último cargo en ese organismo fue como Director General de la DGIRA en el período comprendido entre los años 2011 y 2018, departamento de la SEMARNAT a cargo de evaluar las MIA y emitir las resoluciones correspondientes⁴³³. En cuanto al Sr. Flores, existen dos declaraciones testimoniales escritas: la primera de fecha 29 de julio de 2020 y la segunda de fecha 21 de junio de 2021. También está su declaración oral durante la audiencia celebrada el 10 de mayo de 2022.
365. Con respecto al Proyecto Don Diego de ExO que se analiza en este procedimiento, el Sr. Flores declaró los siguientes hechos principales:
- i. Como Director General de la DGIRA, coordinó el equipo que realizó la evaluación de las dos MIA presentadas por ExO para el Proyecto Don Diego. La primera fue la MIA Inicial para el Proyecto Don Diego presentada por ExO el 3 de septiembre de 2014 y retirada el 19 de junio de 2015⁴³⁴, y la segunda fue la Nueva MIA presentada por ExO el 21 de agosto de 2015, en sustitución de la presentada el 26 de junio de 2015 denominada “*Dragado de arenas fosfáticas negras en el yacimiento Don Diego*”. A mayor abundamiento, firmó las resoluciones de la SEMARNAT de los días 7 de abril de 2016 y 12 de octubre de 2018, por las que se denegó sucesivamente la Nueva MIA de ExO⁴³⁵. Así pues, el Sr. Flores tuvo una

⁴³³ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 2; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 10.

⁴³⁴ Memorial, ¶ 132.

⁴³⁵ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 3.

participación directa y continuada en los hechos que subyacen a este procedimiento. La secuencia de su participación es la que se indica *infra*.

- ii. El Sr. Flores señala, como elemento contextual inicial, que, si bien el equipo que él dirigía se encontraba a cargo de realizar la evaluación técnica, legal y científica de las MIA, quienes tenían la responsabilidad final sobre la aprobación de los proyectos propuestos eran el Secretario de la SEMARNAT y el Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental de SEMARNAT. En el momento en que se presentaron las dos MIA de ExO, dichos cargos estaban ocupados por el Sr. Juan José Guerra Abud (Secretario) y el Sr. Rafael Pacchiano Alamán (Subsecretario)⁴³⁶.
- iii. La MIA Inicial presentada por ExO era, en opinión del Sr. Flores, una de las MIA más completas que había evaluado, con estudios nunca antes vistos como el de la afectación del ruido en las ballenas. No obstante, dadas las preocupaciones expresadas por algunas ONG locales sobre los posibles efectos del proyecto en las ballenas y las actividades pesqueras, solicitó información adicional a ExO⁴³⁷. La empresa facilitó amplia y detallada información que, luego de ser revisada, convenció a la DGIRA de que el proyecto no afectaría a las ballenas ni a las actividades pesqueras⁴³⁸.
- iv. Con esas cuestiones resueltas de forma satisfactoria, el Sr. Flores declara que, al mes de mayo de 2015, la DGIRA estaba preparada para aprobar condicionalmente la MIA Inicial⁴³⁹. Sin embargo, el Subsecretario Pacchiano indicó al Sr. Flores que era renuente a aprobar el Proyecto *Don Diego* por razones que nada tenían que ver con los impactos ambientales. Le preocupaba que la aprobación del proyecto pudiera afectar su posición política en Baja California Sur⁴⁴⁰. En este contexto, el Sr. Pacchiano informó al Sr. Flores que se había reunido con representantes de ExO

⁴³⁶ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 4.

⁴³⁷ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 8; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 15.

⁴³⁸ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 9.

⁴³⁹ Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 16.

⁴⁴⁰ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 11.

y que les había solicitado que presentaran cartas de apoyo de CONAPESCA, de los pescadores locales en el Golfo de Ulloa y del gobierno del Estado de Baja California Sur como condición para poder aprobar el Proyecto⁴⁴¹. Asimismo, el Sr. Flores señala que el Sr. Pacchiano también explicó que sugirió a ExO que retirara su MIA Inicial para obtener las mencionadas cartas⁴⁴² y que, por lo demás, el Proyecto no presentaba problema legal o científico alguno para su autorización⁴⁴³.

- v. ExO acordó retirar la MIA Inicial y, el 26 de junio de 2015, presentó una nueva MIA, ahora denominada “*Dragado de arenas fosfáticas negras en el yacimiento Don Diego*”⁴⁴⁴. Cabe señalar que, el 27 de agosto de 2015, el Sr. Pacchiano fue designado Secretario de la SEMARNAT, y nombró a la Sra. Martha García Rivas como nueva Subsecretaria⁴⁴⁵.
- vi. El procedimiento de la nueva MIA siguió su debido curso, incluida la Reunión Pública de Información, en la que los representantes de ExO respondieron a todas las preguntas de manera satisfactoria y en la que ninguno de los puntos planteados fue una real preocupación que hubiera podido llevar a negar la Nueva MIA⁴⁴⁶. A mayor abundamiento, se requirió más información a ExO sobre la base de preguntas específicas formuladas por la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP), preguntas que, según lo que el Comisionado Del Mazo le comentara al Sr. Flores, también fueron abordadas satisfactoriamente⁴⁴⁷.
- vii. En el mes de marzo de 2016, la DGIRA estaba preparada para autorizar, de manera condicionada, la Nueva MIA, requiriendo, entre otras cosas, la implementación de las medidas de mitigación propuestas por ExO. Dicha aprobación fue comunicada al Secretario Pacchiano con una nota informativa⁴⁴⁸. Mientras redactaban la versión

⁴⁴¹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 13.

⁴⁴² Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 17.

⁴⁴³ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 13.

⁴⁴⁴ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 14.

⁴⁴⁵ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 15.

⁴⁴⁶ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 16.

⁴⁴⁷ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 18.

⁴⁴⁸ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 19; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 14.

final de la resolución, a fines del mes de marzo de 2016, recibieron una orden del Secretario Pacchiano, a través de la Subsecretaria García Rivas, en la que se les impartía instrucciones de “*encontrar una razón para negar la MIA*”, porque se había sentido personalmente “*insultado*” por los comentarios de uno de los representantes de ExO en una reunión celebrada en aquel entonces⁴⁴⁹.

- viii. En opinión del Sr. Flores, la instrucción del Secretario Pacchiano de negar la Nueva MIA, más allá del supuesto insulto mencionado, surgió de su creencia de que la aprobación del Proyecto pondría en peligro su posición política⁴⁵⁰. Según el Sr. Flores, el Secretario Pacchiano no quería que su imagen se asociara con la aprobación de un proyecto que los medios de comunicación de Baja California Sur habían caracterizado como “*minero*”, la clase de proyectos a los que la población de dicho estado siempre se ha opuesto fervientemente⁴⁵¹.
- ix. Dado que la DGIRA estaba elaborando el proyecto de resolución con vistas a autorizar la Nueva MIA, y dado que quedaban tan solo unos pocos días hasta la fecha límite para resolver la solicitud, tuvieron que cambiar de rumbo abruptamente para encontrar una justificación plausible para negar el proyecto, por lo que recurrieron a una justificación basada en el supuesto efecto sobre las tortugas marinas, especialmente sobre la especie *Caretta caretta*, dado el amplio apoyo público a su protección. El Sr. Flores explica que siempre supo que el Proyecto no afectaba a las tortugas, y mucho menos a toda la especie, y que la justificación no era más que un pretexto⁴⁵².
- x. Acto seguido, el Sr. Flores explica que tomó conocimiento de que el TFJA había anulado la decisión de la SEMARNAT por la que se rechazó la Nueva MIA y se ordenó a la SEMARNAT a emitir una nueva resolución en el plazo de cuatro meses tomando en consideración la información científica más fidedigna y actualizada

⁴⁴⁹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 20.

⁴⁵⁰ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 22.

⁴⁵¹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 23; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 12.

⁴⁵² Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 25.

disponible respecto de las tortugas *Caretta caretta* y su hábitat⁴⁵³. Añade que, un par de días después, leyendo un artículo periodístico, se enteró que la SEMARNAT volvería a negar el Proyecto, lo cual lo sorprendió profundamente porque ni siquiera habían comenzado a reevaluar la mejor información científica posible, como lo había ordenado el TFJA⁴⁵⁴.

- xi. A continuación, el testigo señala que, durante el mes de julio de 2018 estuvo bajo licencia administrativa y que a su regreso se enteró por el Sr. Alberto Villa que el Secretario Pacchiano, a través de la Subsecretaria García Rivas, había ordenado al personal de la DGIRA que volviera a negar la Nueva MIA⁴⁵⁵. El borrador final de la Segunda Denegatoria fue preparado principalmente por el Sr. Villa⁴⁵⁶ y, en esta ocasión, el Proyecto fue denegado por sus supuestos efectos sobre las tortugas y otros motivos, ninguno de los cuales había sido considerado como argumento válido para denegar el Proyecto por parte de la DGIRA cuando se evaluó inicialmente⁴⁵⁷.
- xii. Con base en el hecho de que el Secretario Pacchiano ordenó que se negara la Nueva MIA inmediatamente después de la sentencia del TFJA, el Sr. Flores considera que la Segunda Denegatoria volvió a estar políticamente motivada y que los argumentos relacionados con la protección ambiental no eran válidos⁴⁵⁸. Agrega que la Subsecretaria García Rivas le ordenó firmar la negativa de la autorización de la MIA en el mes de octubre de 2018, a pesar de que el señor Flores no estaba de acuerdo con sus conclusiones legales y científicas⁴⁵⁹.
- xiii. Por último, añade que, a lo largo de más de siete años como Director General de la DGIRA, no tuvo conocimiento de que el Artículo 35.III.b de la LGEEPA se utilizara como fundamento para negar otro proyecto⁴⁶⁰. Le resultaba sorprendente

⁴⁵³ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 27.

⁴⁵⁴ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 28.

⁴⁵⁵ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 29.

⁴⁵⁶ Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 32.

⁴⁵⁷ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 31.

⁴⁵⁸ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 32.

⁴⁵⁹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 33.

⁴⁶⁰ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 34.

que se planteara el argumento legal de la afectación a toda una especie, en especial a la *Caretta caretta*, pues, aunque eventualmente a través de los años algún individuo de esta especie pudiera verse afectado por el Proyecto, ello no habría afectado a toda la especie. De hecho, el propio Gobierno Federal había impuesto un límite de mortalidad de 90 tortugas como consecuencia de la muerte por pesca incidental⁴⁶¹.

366. Por su parte, el Sr. Alberto Villa Aguilar es ingeniero bioquímico industrial y trabajó en la SEMARNAT durante 21 años hasta el mes de septiembre de 2019. En su último cargo en la DGIRA, como Director de Evaluación de los Sectores de Energía e Industria, evaluó las MIA presentadas por ExO⁴⁶². En relación con el Sr. Villa, existen dos declaraciones testimoniales escritas: la primera de fecha 8 de mayo de 2020 y la segunda de fecha 21 de junio de 2021. También está su declaración oral durante la audiencia celebrada el 25 de enero de 2022.
367. Las diversas declaraciones del Sr. Villa presentan un relato que coincide, en esencia, con lo declarado por el Sr. Flores. Así, el Sr. Villa recuerda los siguientes hechos principales, en consonancia con lo declarado por el Sr. Flores:
- i. Como Director de Evaluación de los Sectores de Energía e Industria de la DGIRA, revisó las MIA presentadas por ExO. Durante el proceso de EIA de las MIA, hubo un cambio de Secretario de la SEMARNAT, es decir, el Secretario Juan José Guerra Abud fue sustituido por el Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental, el Sr. Rafael Pacchiano. Por su parte, la Sra. Martha García Rivas fue nombrada Subsecretaria en sustitución del Sr. Pacchiano⁴⁶³.
 - ii. El Sr. Villa afirma que, durante varios meses, él y sus colegas revisaron la extensa información provista por ExO en sus MIA. Añade que celebraron varias reuniones de trabajo y que, tras recibir la información adicional solicitada a la empresa,

⁴⁶¹ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 35.

⁴⁶² Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 2.

⁴⁶³ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 5.

llegaron a la conclusión preliminar de que el Proyecto era técnica y ambientalmente viable, con sujeción a determinadas condiciones⁴⁶⁴.

- iii. Asimismo, recuerda que, pese a la conclusión alcanzada, a fines del mes de marzo de 2016, aproximadamente dos semanas antes de que venciera el plazo estipulado por la ley para que la SEMARNAT emitiera su resolución sobre la Nueva MIA, el Secretario Pacchiano informó que no se aprobaría el Proyecto. La razón que dio fue que una de las personas relacionadas con el Proyecto de ExO, en una reunión reciente con él, había “*incumplido un acuerdo implícito de cordialidad*”⁴⁶⁵.
- iv. El Sr. Villa añade que el Secretario Pacchiano les ordenó que “*encontraran una razón*” para denegar el Proyecto⁴⁶⁶. Tras recibir esta orden, recurrieron a la posible afectación del Proyecto a las tortugas marinas *Caretta caretta*, a pesar de que su opinión era que no existía suficiente evidencia científica de que la especie o su hábitat se verían afectados por el Proyecto⁴⁶⁷.
- v. Además, el Sr. Villa recuerda que, inmediatamente después de que el TFJA anulara la decisión de la SEMARNAT por la que se denegó la Nueva MIA en el año 2018, se les volvió a instruir que prepararan una nueva resolución para negar el Proyecto. Esta vez, la Sra. Martha García Rivas, Subsecretaria de la SEMARNAT, y el Sr. Amado Ríos Valdez, su jefe de asesores, transmitieron verbalmente la decisión del Secretario Pacchiano⁴⁶⁸. Más allá de que en esta ocasión el Sr. Villa y su equipo tuvieron más tiempo para preparar la decisión de denegar la Nueva MIA de ExO, su conclusión siguió siendo que no existían motivos técnico-ambientales para denegarla⁴⁶⁹.
- vi. Por último, señala que, en el caso de las actividades pesqueras, el Gobierno mexicano emitió un acuerdo que permite a los pescadores en el Golfo de Ulloa el

⁴⁶⁴ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 6, 7.

⁴⁶⁵ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 8.

⁴⁶⁶ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 9.

⁴⁶⁷ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 10; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 19.

⁴⁶⁸ Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 22.

⁴⁶⁹ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 12; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 21.

deceso incidental, es decir, como resultado de su actividad, de hasta 90 individuos de tortugas de la especie *Caretta caretta*, ya que el Gobierno consideró que esto no pone en riesgo la viabilidad de la población de *Caretta caretta* y mucho menos de toda la especie. Eso demuestra que la denegación del Proyecto de ExO recibió un trato discriminatorio respecto de la actividad pesquera⁴⁷⁰.

368. Por ende, sobre la base de las declaraciones de los Sres. Flores y Villa plasmadas *supra*, la Mayoría saca las siguientes conclusiones principales:

- i. Hay dos funcionarios de la SEMARNAT que tuvieron participación y responsabilidad directas en el análisis de las MIA de ExO y en las decisiones de denegarlas en los años 2016 y 2018, quienes declaran que no había razones técnicas ni ambientales que justificaran estos rechazos.
- ii. Ambos funcionarios afirman que la evaluación ambiental del Proyecto justificaba su aprobación, sujeta a medidas de mitigación, y que el primer borrador de la resolución que se emitiría sobre la Nueva MIA de ExO había sido redactado en tal sentido.
- iii. Ambos funcionarios declaran que la decisión de rechazar la Nueva MIA en el año 2016 se explica en una instrucción del Secretario de la SEMARNAT, el Sr. Rafael Pacchiano, quien se encontraba facultado para impartir instrucciones a los Sres. Flores y Villa al respecto, y que los motivos de la decisión del Sr. Pacchiano de denegar el Proyecto no guardaban relación alguna con preocupaciones ambientales. Ambos se refieren a un incidente ocurrido entre el Sr. Pacchiano y un representante de ExO. El Sr. Flores añade que la principal motivación para denegar las MIA fue la preocupación del Sr. Pacchiano de que la aprobación del Proyecto tuviera un impacto negativo en su imagen política.
- iv. En el caso de la Segunda Denegación de la Nueva MIA, mediante resolución dictada el 12 de octubre de 2018, ambos testigos declaran que fue de nuevo el Sr. Pacchiano quien impartió la instrucción de denegar el Proyecto, instrucción que

⁴⁷⁰ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 13.

fue transmitida casi inmediatamente después de que el TFJA anulara la resolución de 7 de abril de 2016 que denegara por primera vez la Nueva MIA.

- v. Ambos testigos afirman que la Segunda Denegatoria de la Nueva MIA también carecía de justificación ambiental más allá de los argumentos esgrimidos para dar la impresión de que sí la tenía.
 - vi. En síntesis, los Sres. Flores y Villa son testigos directos de los hechos que se analizan en este procedimiento, y sus relatos coinciden en señalar que ExO sufrió el rechazo de sus MIA en las dos ocasiones en que le fueron denegadas, como resultado de una decisión del Secretario de la SEMARNAT, el Sr. Pacchiano, que no se basó en consideraciones ambientales sino en motivaciones personales ajenas a criterios técnicos; y que, si el señor Pacchiano no hubiera impartido instrucciones a la DGIRA de que rechazara el Proyecto Don Diego, este se habría aprobado con condiciones.
 - vii. Dicha conducta equivale a una acción atribuible al Gobierno de México, dadas las funciones del Secretario de la SEMARNAT desempeñadas por el Sr. Pacchiano, lo que constituye un accionar gravemente arbitrario y ajeno al debido proceso administrativo que debió prevalecer en el análisis de la solicitud de la Demandante. Por lo tanto, constituye una violación del estándar de TJE previsto en el Artículo 1105(1) del TLCAN, según la interpretación que se realizara de dicha disposición en este Laudo.
369. Cabe señalar que la anterior conclusión es preliminar puesto que, antes de darle carácter definitivo, es necesario analizar, en primer lugar, la credibilidad de los Sres. Flores y Villa y, en particular, considerar las objeciones planteadas por México al respecto en tanto argumenta que el Tribunal debe prescindir de sus declaraciones por los diversos motivos que se analizarán *infra*. Una vez realizado lo anterior, y en el supuesto de que se concluyere que sus declaraciones merecen ser tenidas en cuenta, procede valorarlas junto con el resto de las pruebas obrantes en el presente procedimiento.

iii) Testimonios del Sr. Pacchiano

370. En sus testimonios escritos de los días 23 de febrero y 11 de octubre de 2021, así como en su testimonio oral prestado durante la audiencia celebrada el 25 de enero de 2022, el Sr. Rafael Pacchiano contradice las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, negando cualquier intervención de su parte en relación con los rechazos de la Nueva MIA de ExO. Por lo que respecta a este asunto, sus declaraciones más relevantes son los que se enumeran a continuación.

- i. En primer lugar, el Sr. Pacchiano manifiesta que no es cierto que haya tenido aspiraciones políticas, como señala el Sr. Flores y, en consecuencia, que su trabajo en la SEMARNAT se haya visto afectado por ese factor⁴⁷¹. Asimismo, rechaza la alegación de la Demandante relativa al hecho de que la candidatura de su esposa al Senado de la República de México podría haber influido en su supuesta decisión de rechazar el Proyecto Don Diego. Explica que el mecanismo de elección por el cual su cónyuge fue postulada para Senadora es plurinominal y, por lo tanto, que su postulación y designación como tal no requirieron de la realización de campañas para promover el voto ciudadano ni para aparecer en las boletas de elección, lo que excluye la posibilidad de que la aprobación del Proyecto Don Diego pudiera haber afectado su postulación y designación⁴⁷².
- ii. Luego señala que la DGIRA es el único órgano especializado facultado para suspender, modificar, cancelar, negar o autorizar una solicitud de MIA y que cuando se trata de resoluciones de carácter técnico-científico, ni el Subsecretario ni el Secretario de la SEMARNAT tienen intervención en la decisión final que adopta la DGIRA⁴⁷³.
- iii. El Sr. Pacchiano alega que lo afirmado por los Sres. Flores y Villa es falso ya que nunca dio una orden o instrucción, ni explícita ni tácita, para que la DGIRA resolviera autorizando o rechazando el Proyecto Don Diego. Añade que las

⁴⁷¹ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 9-11; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 17-20.

⁴⁷² Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 20.

⁴⁷³ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 23-30.

consideraciones técnicas y científicas para negar dicho proyecto provinieron exclusivamente de la DGIRA y, por ende, del Sr. Flores⁴⁷⁴. En el mismo sentido, añade que el Sr. Flores fue el único responsable de las resoluciones que firmó y le cuestiona que se deslinde de cualquier responsabilidad por las mismas invocando las supuestas instrucciones del Sr. Pacchiano⁴⁷⁵. Asimismo, el Sr. Pacchiano afirma que tanto los Sres. Flores como Villa tenían la obligación de denunciar cualquier ilicitud y si no lo hicieron es porque tal ilicitud no existió⁴⁷⁶.

- iv. Además, el Sr. Pacchiano afirma que no es cierto que el Sr. Flores le informara que el Proyecto Don Diego iba a ser autorizado de manera condicional ni que el Sr. Flores le entregara una “*nota informativa*” con dicha información⁴⁷⁷. Por el contrario, el Sr. Pacchiano señala que las comunicaciones verbales que recibió del Sr. Flores en relación con el Proyecto Don Diego siempre apuntaban a que el Proyecto no era técnica ni jurídicamente viable⁴⁷⁸.
- v. A continuación, en relación con las reuniones que mantuvo con los representantes de ExO, el Sr. Pacchiano afirma que no es cierto que les solicitara que retiraran la MIA Inicial presentada el 3 de septiembre de 2014⁴⁷⁹.
- vi. El Sr. Pacchiano declara que mantuvo reuniones con los representantes de ExO en el mes de agosto de 2014 y los días 10 de junio de 2015 y 18 de junio de 2015. En esas reuniones se le solicitó que apoyara el Proyecto Don Diego, a lo que respondió que el Proyecto se analizaría con detenimiento y sería autorizado solo si cumplía con la ley y si se demostraba que no afectaría al medio ambiente⁴⁸⁰. Señala que es falso que diera órdenes para negar la Nueva MIA de ExO porque se sintió

⁴⁷⁴ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 33; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 5, 7.

⁴⁷⁵ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 34-36.

⁴⁷⁶ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 36-39; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 13.

⁴⁷⁷ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 41; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 11.

⁴⁷⁸ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 41-42; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 10, 12, 15.

⁴⁷⁹ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 51; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 14.

⁴⁸⁰ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 54-65.

personalmente insultado por uno de los representantes de ExO en la reunión de 18 de junio de 2015⁴⁸¹.

- vii. En relación con las reuniones de los meses de marzo y mayo de 2016 a las que se refiere la Demandante, el Sr. Pacchiano expresa sus dudas de que se celebraran tales reuniones⁴⁸².
 - viii. Luego se refiere a una reunión a fines del mes enero de 2017, en la que insistió ante los representantes de ExO que debían presentar información técnica y científica ante la DGIRA para obtener la aprobación del Proyecto⁴⁸³.
 - ix. Respecto a la reunión celebrada el 7 de junio de 2017, señala que en esa ocasión informó al representante de ExO, el Sr. Fernández de Cevallos, que el Proyecto había sido rechazado por la DGIRA⁴⁸⁴.
 - x. Por último, el Sr. Pacchiano se refiere a las declaraciones públicas que realizara tras el dictado de la sentencia del TFJA en la que se declaró la nulidad de la resolución que denegaba la Nueva MIA de ExO, cuestión que será analizada más adelante⁴⁸⁵.
371. Así, las declaraciones del Sr. Pacchiano contradicen totalmente las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, quienes declaran que él intervino y ordenó que la Nueva MIA de ExO fuera rechazada por la DGIRA en las dos ocasiones en que esto ocurrió.

iv) Evaluación de la credibilidad de los testimonios del Sr. Pacchiano

372. Llegados a este punto, resulta adecuado analizar los argumentos que esgrime la Demandante para poner en duda la credibilidad de los testimonios del Sr. Pacchiano. Una primera objeción consiste en que la afirmación del Sr. Pacchiano de que no participó en la revisión de las MIA de ExO es incoherente con el hecho de que los representantes de ExO se reunieran al menos seis o siete veces con el Sr. Pacchiano durante el proceso de

⁴⁸¹ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 60; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 29.

⁴⁸² Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 66-67; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 30.

⁴⁸³ Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 31.

⁴⁸⁴ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 68-72.

⁴⁸⁵ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶¶ 74-76; Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 35.

evaluación del Proyecto Don Diego⁴⁸⁶. En opinión de la Demandante, esta interacción carece de sentido si, efectivamente, el Sr. Pacchiano, en su carácter de Secretario de la SEMARNAT, no tenía ningún poder o influencia con respecto a la autorización de las MIA⁴⁸⁷.

373. En este sentido, la Mayoría está de acuerdo con la primera objeción planteada por la Demandante, puesto que tiene poco sentido que el Sr. Pacchiano accediera a reunirse en varias ocasiones con los representantes de ExO y estos siguieran solicitándole nuevas reuniones, si lo que se trató una y otra vez durante esas reuniones fueron meras formalidades, que no tuvieron impacto alguno en las decisiones relativas a las MIA. Si, tal como afirma el Sr. Pacchiano, este creía e indicó a los representantes de ExO que no tenía ningún papel que desempeñar en la evaluación de las MIA del Proyecto, resulta inverosímil que los representantes de ExO siguieran solicitando su intervención, especialmente si, tal como alega el Sr. Pacchiano, les advirtió que sus peticiones estaban fuera del ámbito de sus funciones o, incluso, que eran inapropiadas. Tampoco es creíble que los representantes de ExO insistieran en reunirse con el Sr. Pacchiano si este les hubiera dicho desde el principio, tal como afirma, que no tenía nada que ver con el asunto.
374. Además, aunque el Sr. Pacchiano afirma que carecía de facultades para intervenir en la evaluación de las MIA e influir en el resultado, la Mayoría considera que las disposiciones legales que regulan la materia no establecen la separación o “*muro*” que el Sr. Pacchiano alega que existe entre el Secretario de la SEMARNAT y el Director de la DGIRA. En primer lugar, en ninguna parte de la normativa que regula a la SEMARNAT, es decir, en el Reglamento Interior de la SEMARNAT, se establece el carácter plenamente autónomo o independiente de la DGIRA⁴⁸⁸. Por el contrario, existen diversas disposiciones en el Reglamento que establecen que el Secretario de la SEMARNAT es el funcionario de mayor jerarquía en la SEMARNAT y es responsable de todos los asuntos que correspondan a esa Secretaría y sus Direcciones, con inclusión de la encargada de las EIA, independientemente

⁴⁸⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 50; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 577:14-19.

⁴⁸⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 50.

⁴⁸⁸ Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶ 36.

de que sea auxiliado en sus funciones por otros servidores públicos, como el Director de la DGIRA⁴⁸⁹.

375. Asimismo, tal como señaló el perito de la Demandante, del análisis del Reglamento se concluye que existe una relación institucional entre el Secretario de la SEMARNAT, el Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental y el Director de la DGIRA, y que los dos primeros poseen una serie de funciones y facultades que les permiten supervisar el trabajo de las unidades de la SEMARNAT, como la DGIRA, siendo la más relevante a efectos del presente análisis la facultad de remover a los titulares de las Direcciones Generales⁴⁹⁰.

376. Además, el Artículo 19 del Capítulo VI del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 19: Los directores generales tendrán las facultades genéricas siguientes:

[...]

II. Acordar con su superior jerárquico inmediato la resolución de los asuntos relevantes cuya tramitación se encuentre dentro del ámbito de su competencia y mantenerlo informado con relación a los actos de autoridad que emita”⁴⁹¹.

377. El Tribunal ha analizado con detenimiento los informes periciales presentados por las partes, en los que cada una de ellas argumenta si es posible o imposible que el Sr. Pacchiano interfiera en el trabajo de la DGIRA y en las decisiones de la DGIRA⁴⁹².

378. En opinión de la Mayoría, la cuestión trasciende la normativa formal que enmarca el ámbito de actuación del Secretario de la SEMARNAT y del Director de la DGIRA respecto a la evaluación de una MIA⁴⁹³. Para la Mayoría, la cuestión no reside en quién debe ser considerado legalmente responsable o competente conforme al derecho administrativo mexicano para las decisiones de rechazar una MIA. La cuestión es otra: si el marco institucional de la SEMARNAT hizo posible que el Secretario influyera o determinara el resultado de la decisión del Director de la DGIRA. En este sentido, la Mayoría concluye

⁴⁸⁹ Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶¶ 24-25.

⁴⁹⁰ Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶¶ 27-29.

⁴⁹¹ **HH-0001**, RI-SEMARNAT, Artículo 19.

⁴⁹² Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶¶ 13-44; Segundo Informe Pericial de Solcargor-Rábago, ¶¶ 19-35.

⁴⁹³ Segundo Informe Pericial de Solcargor-Rábago, ¶¶ 26-31.

que la superioridad jerárquica del Secretario de la SEMARNAT respecto del Director de la DGIRA, incluyendo, en particular, la facultad del primero de remover al segundo, no sustenta la defensa del Demandado de que no era posible que el Sr. Pacchiano hubiera influido en la decisión adoptada por el Director de la DGIRA, el Sr. Alfonso Flores.

379. Además, la Mayoría no puede pasar por alto el hecho de que el Demandado no presentó como testigos a ninguno de los otros funcionarios mencionados por los Sres. Flores y Villa como involucrados en el proceso de evaluación de las MIA. De hecho, si el testimonio de los Sres. Flores y Villa fue una mentira *ex post facto*, y por lo tanto era falso que (i) la DGIRA consideró aprobar las MIA de ExO, y (ii) el Sr. Pacchiano fue quien les impartió las instrucciones de dar marcha atrás y rechazar las MIA, uno esperaría que México obtuviera el testimonio de los restantes funcionarios públicos involucrados en la evaluación, quienes no deberían haber tenido ninguna dificultad en refutar las supuestas falsas versiones aportadas por los Sres. Flores y Villa.
380. Sin embargo, la Subsecretaria de Gestión para la Protección Ambiental, Sra. Martha García Rivas, quien, según el testimonio de los Sres. Flores y Villa, fue la persona que transmitió la instrucción del Secretario Pacchiano de rechazar la Nueva MIA de ExO, no compareció a declarar en este procedimiento⁴⁹⁴.
381. El Sr. Amado Ríos, principal asesor del Subsecretario García Rivas, quien fue, según la declaración del Sr. Villa, la persona que transmitió la orden del Sr. Pacchiano de redactar la Segunda Denegatoria de la Nueva MIA de ExO, tampoco testificó en este procedimiento⁴⁹⁵.
382. Asimismo, la Sra. Consuelo Juárez, abogada de la SEMARNAT, a quien el Sr. Villa declaró haber expresado sus objeciones a la instrucción del Sr. Pacchiano de rechazar la Nueva MIA, tampoco testificó⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 12; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 22; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 316:18-317:9; Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶¶ 20, 29; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 32; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1809:1-16; 1812:13-16.

⁴⁹⁵ Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 12; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶ 22; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 317:18-318:3; 385:10-13.

⁴⁹⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 2, 317:2-318:3; 349:2-17; 370:11-22.

383. Por último, tampoco testificó la Sra. Luz Aurora Lenka Ruiz Colín, quien había participado en la evaluación del Proyecto Don Diego junto con los Sres. Flores y Villa, y que sigue siendo funcionaria de la SEMARNAT⁴⁹⁷.
384. Así, de las diversas personas mencionadas por los Sres. Flores y Villa como participantes en la ejecución de las instrucciones del Sr. Pacchiano (la Sra. García Rivas, el Sr. Ríos y la Sra. Juárez), ninguna parecía avalar la versión del Sr. Pacchiano de que las declaraciones de los Sres. Flores y Villa eran falsas. Además, la funcionaria que trabajó con los Sres. Flores y Villa en la evaluación de las MIA de ExO y que permanece en la SEMARNAT (la Sra. Luz Aurora Lenka Ruiz Colín) tampoco compareció para desmentir las declaraciones de los Sres. Flores y Villa de que la DGIRA pretendía aprobar el Proyecto Don Diego.
385. La Mayoría es consciente de que la ausencia de declaraciones de las personas antemencionadas no es una prueba concluyente en sí misma, pero tal ausencia de testimonio de refutación, en el contexto del elenco probatorio que obra en el expediente, es como mínimo sorprendente y socava la credibilidad del testimonio del Sr. Pacchiano.
386. Por último, aunque el Sr. Pacchiano afirma que no influye ni puede interferir en las evaluaciones de las MIA y, en concreto, que no participó ni intervino en la evaluación de la Nueva MIA de ExO, la evidencia no es conteste con el testimonio del Sr. Pacchiano. En primer lugar, la SEMARNAT emitió una nota informativa apenas cinco días después de que el TFJA anulara la primera resolución denegatoria, anunciando que el Proyecto sería rechazado una vez más. Esta publicación se analizará *infra*, pero es importante señalar aquí que la nota informativa fue emitida o al menos autorizada por el Sr. Pacchiano. En segundo lugar, la Demandante presentó un vídeo⁴⁹⁸ y su transcripción⁴⁹⁹ en los que se ve al Sr. Pacchiano dando una conferencia de prensa un mes antes de que se emitiera la segunda decisión de la DGIRA relativa a la Nueva MIA de ExO. Durante la conferencia de prensa, el Sr. Pacchiano afirma que la Nueva MIA volvería a ser denegada. Esta conducta del

⁴⁹⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, pág. 235; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, pág. 516 (donde constan las iniciales y la firma de la Sra. Ruiz Colín, lo que indica su participación en la redacción).

⁴⁹⁸ C-0176, Los Cabos, septiembre de 2018; C-0174, Transcripción de las Declaraciones Públicas del Sr. Pacchiano, septiembre de 2018.

⁴⁹⁹ C-0174, Transcripción de las Declaraciones Públicas del Sr. Pacchiano, septiembre de 2018.

Secretario Pacchiano de anunciar públicamente el rechazo de la Nueva MIA de ExO, antes incluso de que se emitiera la resolución, es incoherente con sus declaraciones sobre la independencia y la autonomía de la DGIRA y su supuesta incapacidad para intervenir o influir en las decisiones de la DGIRA.

387. Por lo tanto, la Mayoría concluye que existen razones suficientes para dudar de la credibilidad de la declaración prestada por el Sr. Pacchiano. Además, hay razones suficientes para concluir que el testimonio de los Sres. Flores y Villa es creíble. Dado que el testimonio del Sr. Pacchiano se opone directamente al testimonio de los Sres. Flores y Villa y que es imposible aceptar ambas versiones de los hechos, la opinión de la Mayoría es que el relato de los Sres. Flores y Villa es creíble y el del Sr. Pacchiano no; y que la versión de los hechos presentada por los Sres. Flores y Villa es verosímil mientras que la versión presentada por el Sr. Pacchiano no lo es. Así, la Mayoría acepta como veraz el testimonio de los Sres. Flores y Villa.
388. El resto de las pruebas obrantes en el expediente de este procedimiento concuerdan plenamente con los relatos de los Sres. Flores y Villa, tal como se analizará *infra*.

v) La sentencia del TFJA

389. Un segundo pilar central que ayuda a confirmar la existencia de los hechos alegados por la Demandante es la sentencia del TFJA, que, al revisar la primera resolución denegatoria de la Nueva MIA de ExO de la DGIRA, realizó determinaciones de hecho y de derecho que son relevantes para el presente caso. Esta sentencia critica duramente la resolución de la DGIRA, tanto en lo relativo a los supuestos riesgos ambientales identificados por la DGIRA como a su rechazo de las medidas de mitigación propuestas por ExO. Estas críticas, realizadas por los propios tribunales mexicanos, son coherentes con las afirmaciones de la Demandante y las declaraciones de los Sres. Flores y Villa en el sentido de que la resolución de la DGIRA no se basó en fundamentos científicos y jurídicos sino en meros pretextos.
390. De hecho, entre las diversas críticas formuladas por el TFJA sobre la forma en que la resolución denegatoria de la DGIRA abordó los riesgos y el impacto ambiental del Proyecto Don Diego, se destacan una serie de pronunciamientos. Estos pronunciamientos

del TFJA demuestran que la resolución por la que se denegó la Nueva MIA carecía claramente de un análisis y una fundamentación adecuados.

391. El TFJA comienza analizando los riesgos identificados en la resolución denegatoria de la DGIRA. El TFJA señala que uno de esos riesgos, según la autoridad ambiental, era que el Proyecto Don Diego se ubicaría en un área significativa del hábitat de la tortuga marina *Caretta caretta*, así como de otras cuatro especies de tortugas marinas que se encuentran en peligro de extinción. El TFJA también señala que la autoridad ambiental, en pos de sustentar su conclusión sobre la posible afectación del hábitat antemencionado, citó datos geográficos y estadísticos que, en opinión de dicha autoridad, demostraban la existencia de ese riesgo. Por último, el TFJA indica que la resolución denegatoria se refiere al ciclo reproductivo de la tortuga *Caretta caretta* y su presencia en la zona de la Bahía de Ulloa.
392. La sentencia del TFJA critica esas declaraciones de la siguiente manera:

*“[C]abe señalar que esta Juzgadora advierte que dichos señalamientos resultan **imprecisos e insuficientes** para considerar satisfecho el requisito de motivación que debe de observar la determinación de la autoridad, en tanto que carecen de algún sustento científico que corrobore sus afirmaciones”⁵⁰⁰.*

*“De ahí que en el caso concreto la autoridad demandada se encontraba obligada no sólo a expresar las razones por las cuales consideró que el proyecto de ‘Dragado de Arenas Fosfáticas Negras en el Yacimiento Don Diego’ se sitúa dentro del hábitat de las especies en peligro de extinción que refiere, sino que debió **sustentar su determinación en estudios científicos que denotaran la veracidad de sus expresiones**, lo cual no aconteció de esa forma”⁵⁰¹.*

*“Por lo que, si como acontece en el caso concreto, la autoridad demandada al emitir la resolución a través de la cual negó la autorización de impacto ambiental, solicitada por la actora, no proporcionó al gobernado[r] los elementos, ni los razonamientos científicos con base en los cuales se llegó a la conclusión de que su acto concreto se ajusta exactamente a las prevenciones de los preceptos legales que invocó como fundamento de su actuación, su resolución **deviene ilegal**”⁵⁰².*

⁵⁰⁰ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 147 (énfasis en el original).

⁵⁰¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 150 (énfasis en el original).

⁵⁰² C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 152 (énfasis en el original).

393. La sentencia del TFJA procede a señalar que ExO indicó en su Nueva MIA y en instancias posteriores que las tortugas *Caretta caretta* se localizan principalmente en aguas superficiales y que encontrar una tortuga a 80 metros de profundidad, que es donde se encuentra el yacimiento Don Diego, sería excepcional, por lo que el yacimiento de Don Diego no afecta al hábitat de las tortugas *Caretta caretta*⁵⁰³. Sin embargo, la autoridad administrativa **“no formuló pronunciamiento alguno sobre tales argumentos en la resolución recurrida... limitándose a señalar que el área del proyecto se encuentra dentro del hábitat de las tortugas en cuestión”**⁵⁰⁴.

394. Por otra parte, en cuanto a la actividad de dragado y el supuesto impacto que, según la autoridad administrativa, tendría sobre las especies que se desarrollan en esa zona, la decisión del TFJA, aceptando los argumentos de la Demandante en el sentido de que no existe justificación que sustente estas conclusiones, indicó lo siguiente:

*“[S]e advierte que **la autoridad no señala cuáles especies de organismos bentónicos que se desarrollan en el sitio del dragado se verían afectadas**, por qué sería de esa forma, y si tal afectación es significativa, así como por qué consideró que esa afectación es directa a las especies de tortugas en peligro de extinción, por lo que esta Juzgadora estima que de igual forma, **le asiste la razón a la parte actora**”*⁵⁰⁵.

395. El TFJA también criticó la conclusión a la que llegó la autoridad ambiental en su resolución denegatoria en relación con el impacto ambiental del posterior retorno del sedimento succionado al fondo marino. La sentencia del TFJA criticó las razones y fundamentos expuestos por la autoridad para sustentar dicha conclusión, señalando lo siguiente:

“Señalamientos anteriores, que a juicio de este Cuerpo Colegiado, resultan vagos, imprecisos e insuficientes para considerar que la resolución recurrida cumple con la debida motivación que debe de observar la determinación de la autoridad ambiental, en tanto que dicha oficiante se limitó indicar que la succión del sedimento marino, en los términos manifestados por la hoy actora, implican un impacto ambiental significativo para las especies que ahí se desarrollan, sin especificar en forma alguna, a su consideración, en qué consiste el impacto ambiental que refiere, por qué consideró

⁵⁰³ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 161.

⁵⁰⁴ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 161 (cierto énfasis agregado).

⁵⁰⁵ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 162 (énfasis en el original).

que dicho impacto es significativo, ni a qué especies hace referencia”⁵⁰⁶.

*“En suma a lo anterior, cabe precisar que la demandada al momento de emitir la resolución originalmente recurrida, determinó que el citado dragado, en fase de retorno de sedimentos al suelo marino, altera el hábitat de los organismos bentónicos, sin expresar al respecto, **las razones o estudios científicos en los que basó su hipótesis**, constriñéndose a justificar su afirmación en que, a su decir, el depósito de dichos sedimentos no se realiza necesariamente en el área de succión y los volúmenes que se retornan cubren áreas y organismos no afectados inicialmente, sin ofrecer algún elemento adicional **para explicar la información científica que utilizó o en que se basó para arribar a dicha conclusión**”⁵⁰⁷.*

396. Por último, el TFJA analizó cómo afectaban a la Demandante y al Proyecto Don Diego las conclusiones no fundamentadas de la resolución denegatoria en relación con la supuesta existencia de riesgos ambientales. A este respecto, el TFJA señala lo siguiente:

*“[E]s claro que la autoridad demandada al emitir la resolución originalmente recurrida en los términos expresados, vulneró el derecho de defensa de la parte actora al no proporcionarle los elementos suficientes en los que basó la negativa de impacto ambiental que se controvierte en el presente juicio, dejándola así, en estado de indefensión al obligarla a combatir hechos imprecisos y carentes de base científica, de ahí lo **FUNDADO** de los argumentos de la impetrante en estudio”⁵⁰⁸.*

397. La sentencia del TFJA también critica la forma en que la autoridad administrativa ponderó y desestimó las medidas de mitigación propuestas por ExO. El TFJA concluye que la resolución denegatoria no proporcionó una justificación adecuada de por qué las actividades de mitigación propuestas por ExO en su Nueva MIA no serían suficientes para proteger el hábitat de las tortugas *Caretta caretta*⁵⁰⁹.

398. El TFJA criticó además la resolución denegatoria por determinar que el “Programa de Monitoreo de Tortugas Marinas” propuesto por ExO como medida de mitigación se basaba en una línea de base que no se sustentaba en datos cuantitativos. Según la autoridad

⁵⁰⁶ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 162-163 (énfasis omitido).

⁵⁰⁷ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 163 (énfasis en el original).

⁵⁰⁸ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 165 (énfasis en el original).

⁵⁰⁹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 166.

ambiental, la solicitante reconoció la existencia de cinco especies de tortugas marinas, pero solo aportó datos sobre una especie sin presentar datos sobre el resto, en particular la tortuga *Caretta caretta*⁵¹⁰. Sin embargo, el TFJA señaló lo siguiente:

*“[L]os señalamientos esgrimidos por la oficiante en la resolución recurrida, al respecto, son oscuros, confusos y contradictorios, en la medida que de la revisión efectuada a las diversas constancias que conforman el expediente del presente juicio, este Cuerpo Colegiado advierte que tanto en la MIA, como en la información adicional, como en su recurso, demanda y ampliación de demanda, la accionante del presente juicio sí hizo alusión a la existencia de tortugas marinas *Caretta caretta* (caguama) en el área del proyecto, e incluso ofreció datos estadísticos y cuantitativos al respecto”*⁵¹¹.

Así, el TFJA destacó que ExO efectivamente proporcionó en su Nueva MIA información y datos estadísticos y cuantitativos sobre la tortuga caguama o *Caretta caretta*, que la autoridad ambiental ignoró⁵¹².

399. El TFJA declaró además que esta falta de evaluación por parte de la autoridad ambiental de la información realmente presentada por el solicitante:

*“[d]enota la falta de estudio por parte de la autoridad demandada, que en la resolución originalmente recurrida, aportó una insuficiente motivación en relación a este punto, pues al efecto omitió realizar la valoración íntegra de la información aportada por la promovente durante el procedimiento de evaluación de la MIA, en relación al proyecto de Dragado de Arenas Fosfáticas Negras en el Yacimiento Don Diego, de ahí que la citada resolución también devenga ilegal por los motivos expresados”*⁵¹³.

400. A continuación, el TFJA analizó las distintas medidas de mitigación propuestas por ExO y las razones esgrimidas por la autoridad ambiental en su resolución denegatoria cuestionando la viabilidad y eficacia de dichas medidas⁵¹⁴. A este respecto, el TFJA declaró lo siguiente:

“[E]ste Cuerpo Colegiado estima que en el caso concreto, la autoridad demandada, en la resolución recurrida desestimó de

⁵¹⁰ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 166-167.

⁵¹¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 167 (énfasis en el original).

⁵¹² C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 167-176.

⁵¹³ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 176 (énfasis en el original).

⁵¹⁴ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 176-177, 152.

plano las medidas de mitigación propuestas por la promovente, hoy actora, sin precisar las razones que tomó en consideración, así como los datos científicos y/o ambientales en los que sustentó dicha determinación, realizando de ese modo únicamente una serie de afirmaciones dogmáticas en su intento de justificar la negativa de la autorización de la MIA, solicitada por la empresa actora”⁵¹⁵.

401. El TFJA reiteró que la autoridad ambiental omitió analizar la información y argumentos de ExO expuestos en la Nueva MIA, ya que, si bien la empresa señaló en su solicitud que las tortugas *Caretta caretta* se encuentran en la superficie y por lo tanto no en la profundidad del yacimiento Don Diego, esta circunstancia no fue considerada en la resolución denegatoria⁵¹⁶. A este respecto, el TFJA añadió lo siguiente:

“[E]sta Juzgadora advierte que la autoridad en su resolución denegativa de la MIA, sólo consideró el hábitat de las especies de tortugas en cuestión en un plano de dos dimensiones (latitud y longitud), es decir, la autoridad se limitó a ubicar el área de dragado del proyecto en un mapa de la Bahía de Ulloa de Baja California Sur, donde -así considerado- se advierte que efectivamente se encuentra el hábitat de las tortugas; lo anterior, sin considerar que la actividad de dragado se realizaría en el lecho marino, lo que implica considerar que el hábitat de dicha especie se ubica espacialmente en tres dimensiones (latitud, longitud y profundidad), y por consiguiente, omitió analizar el argumento del solicitante en el sentido de que el dragado se realizaría a una profundidad mayor a aquella en la cual se ubica el hábitat que en general corresponde a las especies de tortuga que ahí se desarrollan”⁵¹⁷.

402. Por último, el TFJA, comentando las diversas omisiones de la decisión, reitera sus críticas a la resolución denegatoria en los siguientes términos:

“Cabe señalar que todo lo anterior, denota una falta de estudio por parte de la autoridad ambiental respecto de las cuestiones planteadas en la Manifestación de Impacto Ambiental, que conforme a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, se encuentra obligada a analizar, previo a la emisión de su resolución final, la cual sólo puede dictarse por la autoridad ambiental cuando previamente ha evaluado el documento en el cual consta la manifestación respectiva, de ahí que para considerar debidamente

⁵¹⁵ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 178 (énfasis en el original).

⁵¹⁶ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 178-179.

⁵¹⁷ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 179-180 (énfasis en el original).

fundada y motivada la resolución que niegue la realización de la obra o actividad solicitada, previamente habrá de evaluarse la manifestación aludida”⁵¹⁸.

*“[N]o puede considerarse que la resolución recurrida a través de la cual, la autoridad demandada negó la autorización de impacto ambiental solicitada por la hoy actora **se encuentre debidamente fundada ni motivada**, si como acontece en el presente caso, la autoridad fue omisa en analizar en su integridad y dar contestación a los puntos contenidos en la **Manifestación de Impacto Ambiental**”⁵¹⁹.*

403. Los pronunciamientos del TFJA comentados y citados *supra*, y las conclusiones a las que arribó, son de suma relevancia para el análisis realizado por este Tribunal. En efecto, la decisión de este órgano judicial federal mexicano, que fue adoptada por unanimidad de sus 11 miembros y que declaró la nulidad de la decisión de negar la Nueva MIA, concluye que la autoridad ambiental decidió rechazar el Proyecto: (i) basándose en afirmaciones inexactas, vagas e imprecisas; (ii) careciendo de sustento científico; (iii) sin indicar los estudios en los que basó sus suposiciones; (iv) omitiendo referirse a argumentos esenciales esgrimidos por ExO; (v) sin especificar el supuesto impacto ambiental perjudicial ni por qué dicho impacto sería significativo; (vi) omitiendo revisar la información proporcionada por el solicitante; (vii) sin indicar sus razones para rechazar las medidas de mitigación propuestas por el solicitante; y (viii) formulando afirmaciones dogmáticas en su intento de justificar la denegación.
404. En síntesis, el TFJA concluyó explícita y unánimemente que la resolución denegatoria era de mala calidad y tenía graves defectos desde una perspectiva científica y ambiental. Así pues, la decisión de la DGIRA no fue el resultado de un estudio razonado, diligente y reflexivo de la información sobre el Proyecto Don Diego sometido a evaluación; no era el producto que cabía esperar de una evaluación realizada por funcionarios de medio ambiente con años de experiencia en la materia. Por el contrario, todas las pruebas demuestran que fue una decisión rápida, carente de bases científicas, que solo arribó a la conclusión de rechazar el Proyecto mediante declaraciones dogmáticas y sin fundamento. Es significativo que esta decisión no pudiera sobrevivir al escrutinio de un órgano judicial

⁵¹⁸ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 181 (énfasis en el original).

⁵¹⁹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 182-183 (énfasis en el original).

independiente, como el TFJA, que se vio obligado a criticarla en los términos tan severos indicados anteriormente.

405. En este contexto, también es significativo que el análisis y las conclusiones del TFJA sean coherentes con el testimonio de los Sres. Flores y Villa. Recordemos que los Sres. Flores y Villa declararon que la resolución denegatoria se preparó de forma precipitada, a último momento y que la denegación carecía de toda base científica y que era meramente un pretexto. Por el contrario, si la resolución denegatoria fue el resultado de un análisis técnico, objetivo y producto de un estudio realizado por un organismo técnico y científico especializado que no se vio afectado por ninguna circunstancia o influencia externa, que es la versión de los hechos del Sr. Pacchiano, resulta altamente inverosímil que la decisión contuviera un nivel tan elevado de errores, omisiones y sesgos, tal como determina el TFJA.
406. Por último, cabe recordar que, según el relato de México, el testimonio de los Sres. Flores y Villa es falso y su versión de que el Sr. Pacchiano les ordenó rechazar las MIA de ExO no es más que una invención *ex post facto*. Sin embargo, la versión mexicana de los hechos se ve rotundamente contradicha por un órgano judicial independiente, el propio Tribunal Federal de Justicia de México, que analizó la decisión de rechazo tal y como se emitió y concluyó que la decisión estaba plagada de graves errores y omisiones. La sentencia del TFJA es totalmente coherente con la narración de la Demandante y el testimonio de los Sres. Flores y Villa.

vi) Denegación del Recurso de Revisión de ExO por parte de la SEMARNAT

407. Otro episodio confirma el testimonio de los Sres. Flores y Villa y los hechos afirmados por la Demandante. Tal como se mencionó anteriormente, la Primera Denegatoria fue emitida por la DGIRA el 7 de abril de 2016. Ante la negativa, ExO interpuso un Recurso de Revisión ante la SEMARNAT el 29 de abril de 2016⁵²⁰.
408. En sustento de su recurso, ExO presentó un documento denominado “*Informe de Carácter Técnico y Científico*”, que contenía una serie de diferentes documentos elaborados por el

⁵²⁰ C-0149, Escrito de ExO a la SEMARNAT, 29 de abril de 2016.

Dr. Richard Newell, el Dr. Douglas Clarke, Boskalis, Merello Marine Consulting, y otros. El documento pretendía abordar el análisis y las conclusiones contenidas en la resolución denegatoria⁵²¹. ExO también ofreció un informe pericial en biología marina que elaborarían los Dres. Newell, Clarke y Espósito⁵²².

409. El 27 de febrero de 2017, la Subsecretaria de la SEMARNAT, Sra. Martha García Rivas, emitió una resolución en la que desestimó el Recurso de Revisión y mantuvo la decisión de denegar la Nueva MIA⁵²³. Las razones que esgrimió la autoridad para rechazar las pruebas aportadas y ofrecidas por ExO con su Recurso de Revisión son elocuentes. Estas razones llaman la atención por la arbitrariedad o capricho que entrañan.
410. En el caso del “*Informe de Carácter Técnico y Científico*”, la Subsecretaria García Rivas decidió no asignarle valor probatorio alguno debido a algunas discrepancias formales sobre la identidad y el número de personas que participaron en la elaboración de dicho documento⁵²⁴.
411. En primer lugar, la autoridad ambiental señaló que en la página 1 del “*Informe de Carácter Técnico y Científico*” aparecía una persona llamada John Oppermann, quien figuraba como Vicepresidente y Director de Servicios Científicos e Investigación de Odyssey Marine Exploration, Inc. La autoridad señaló, sin embargo, que la certificación del Cónsul adscrito de México en Orlando, Florida, que ExO adjuntó a su Recurso de Revisión, señalaba que la persona que compareció ante el Cónsul adscrito y afirmó haber firmado el “*Informe de Carácter Técnico y Científico*” no era el Sr. John Oppermann, sino el Sr. John Michael Oppermann. Además, la Subsecretaria añade que la firma del Sr. Oppermann en el citado informe es diferente de aquella que obra en el certificado⁵²⁵.
412. Además, en sustento de su decisión de negar cualquier valor probatorio al “*Informe de Carácter Técnico y Científico*”, la Subsecretaria García Rivas indicó que en la introducción al Informe se indica que se pusieron a disposición de la SEMARNAT y de la DGIRA diez comentarios diferentes redactados por distintos expertos, lo que difiere de la carátula del

⁵²¹ C-0151, Informe Técnico y Científico, 9 de junio de 2016.

⁵²² Véase C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 192.

⁵²³ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017.

⁵²⁴ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, págs. 41-42.

⁵²⁵ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, pág. 42.

Informe, en la que solo se menciona a ocho personas. La resolución rezaba lo siguiente: “[e]s decir, se trata de diferentes científicos en uno y otro documento, lo cual es suficiente para no darle ningún valor probatorio”⁵²⁶.

413. Asimismo, en el caso del informe pericial en materia de biología marina, la Subsecretaria García Rivas se negó a permitir la exhibición de dicho informe como prueba debido a que los peritos eran de nacionalidad extranjera, lo que supuestamente sería incongruente con la normativa mexicana sobre el ejercicio de ciertas profesiones⁵²⁷. El rechazo de este informe pericial ofrecido por ExO en su Recurso de Revisión solo le fue comunicado en la resolución final desestimatoria de dicho recurso.
414. Fue con base en estas razones que la Subsecretaria García Rivas decidió desechar y se negó a analizar las pruebas que ExO presentó y ofreció en sustento de su Recurso de Revisión. Es imposible calificar esas “razones” de otra cosa que evasivas y arbitrarias.
415. En la sentencia del TFJA también se revisaron y analizaron las determinaciones mencionadas *supra* de la autoridad ambiental y también se encontraron arbitrarios los actos de la Subsecretaria en desestimación del Recurso de Revisión.
416. En concreto, tras citar la Resolución Denegatoria en la parte en la que rechaza las pruebas aportadas y ofrecidas por ExO por los motivos anteriormente expuestos⁵²⁸, el TFJA manifiesta lo siguiente:

*“Precisado lo anterior, esta Juzgadora advierte que le asiste la razón a la parte actora al señalar **que dicho proceder de la autoridad demandada constituye una arbitrariedad conculcatoria de las normas del debido proceso**, en su perjuicio”⁵²⁹.*

417. A continuación, centrándose en las razones brindadas por la Subsecretaria García Rivas para rechazar el “Informe de Carácter Técnico y Científico”, el TFJA explica su conclusión de que la denegación fue arbitraria en los siguientes términos:

“Se dice lo anterior, toda vez que, por una parte, resulta indebida la determinación de la autoridad demandada en el sentido de no concederle valor probatorio alguno a la prueba documental privada que la recurrente señaló con el numeral ‘1’, la cual denominó como

⁵²⁶ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, pág. 43.

⁵²⁷ C-0160, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 27 de febrero de 2017, pág. 45.

⁵²⁸ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 197-201.

⁵²⁹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 201.

*'INFORME DE CARÁCTER TÉCNICO Y CIENTÍFICO', bajo el argumento de que el nombre de la persona que firmó dicho informe, en su carácter de Vicepresidente y Director de Servicios Científicos y de Investigación de Ody[s]ey Marine Exploration, a saber: **John Oppermann**, no es la misma persona de nombre **John Michael Oppermann**, que fue señalada en la Certificación a Petición de Parte que llevó a cabo el Cónsul adscrito de México en Orlando Florida, EUA, Orden ORL/02/16, de 6 de junio de 2016, como solicitante de la certificación de dicho informe, de la cual resulta idéntica (su firma) a la de la copia del pasaporte de éste último”⁵³⁰.*

“Ello, pues la autoridad recurrida eludió analizar dicha probanza, al determinar en forma dogmática que se trataba de personas diversas, señalando como único elemento base de su actuar, una supuesta divergencia entre los nombres y las firmas señaladas en las documentales antes precisadas”⁵³¹.

“Asimismo, la discrepancia que a decir de la autoridad detectó en la cantidad de personas que intervinieron en la elaboración del ‘Informe de Carácter Técnico Científico’, del cual manifiesta que apreció que en dicha documental se señaló a 10 personas como responsables de su autoría, y que sin embargo, en el ofrecimiento de dicha probanza efectuado en el escrito de recurso de revocación de la recurrente, hoy actora, se manifestó que la confección de dicho informe estaría a cargo de sólo 8 personas, y que la autoridad consideró motivo suficiente para no darle ningún valor probatorio; de igual forma resulta desacertada”⁵³².

418. Asimismo, con respecto a la desestimación del informe pericial en biología marina, el TFJA señala, en primer lugar, que la autoridad **“debió pronunciarse en relación a la prueba pericial ofrecida por la parte actora, durante el periodo de instrucción del citado recurso, y no como lo hizo, hasta la resolución de fondo del recurso”⁵³³.**

419. A continuación, el TFJA complementa su crítica señalando que:

“[a]demás de lo anterior, debe resaltarse que el desechamiento efectuado por la autoridad demandada respecto de la prueba pericial en materia de biología marina, en sí mismo resulta ilegal, puesto que la autoridad demandada al aportar los motivos y fundamentos en los que basó dicho desechamiento, señaló al respecto que su decisión obedeció a que los peritos designados por

⁵³⁰ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 201 (énfasis en el original).

⁵³¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 202.

⁵³² C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 202.

⁵³³ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 203 (énfasis en el original).

*la parte actora son de **nacionalidad extranjera**, y que por lo tanto carecen de los requisitos previstos en los artículos 15, 17, 23, 24, 25 primer párrafo, 26 y 29 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, para poder ejercer la profesión que se refiere, sin ofrecer los elementos de motivación que la llevaron a concluir que dichas personas, efectivamente tenían nacionalidad extranjera, y que por ello incumplían con las exigencias para el ejercicio de la profesión implicada en las materias sobre las que versa la prueba pericial de mérito”⁵³⁴.*

420. La naturaleza evasiva y arbitraria de la decisión de desestimar el Recurso de Revisión de ExO sustenta aún más la conclusión de que la evaluación de la MIA de ExO y el procedimiento seguido por la SEMARNAT y la DGIRA al respecto estuvieron contaminados por consideraciones ajenas a un análisis técnico, científico y objetivo de los riesgos ambientales reales del Proyecto. Todas las pruebas indican que el proceso estaba dirigido a encontrar pretextos y excusas para rechazar los argumentos y las pruebas presentadas por la Demandante.
421. Finalmente, es significativo que la Sra. García Rivas, Subsecretaria de la SEMARNAT, quien rechazó el valor probatorio de las pruebas presentadas por ExO de la manera arbitraria descrita *supra*, es la misma funcionaria de la SEMARNAT que, según el Sr. Flores, ordenó en dos ocasiones la denegación de la Nueva MIA de ExO, invocando las instrucciones impartidas por el Sr. Pacchiano.

vii) Declaraciones de la SEMARNAT tras conocerse la sentencia del TFJA

422. Un cuarto episodio confirma aún más las conclusiones descritas *supra*. La sentencia del TFJA sobre la decisión de la DGIRA de denegar la Nueva MIA de ExO no solo declaró la nulidad de esa decisión, sino que impartió instrucciones específicas a la autoridad ambiental para que evaluara nuevamente la información disponible.
423. En concreto, la sentencia del TFJA establece lo siguiente:

*“En razón de todo lo expuesto, conforme a lo dispuesto por los artículos 51, fracción III y 52, fracción IV y segundo párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, ante la ilegalidad advertida y toda vez que se trata de una instancia del particular que no puede quedar sin contestar, lo procedente es declarar la **NULIDAD de la resolución impugnada así como la***

⁵³⁴ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 208 (énfasis en el original).

*originalmente recurrida, para el efecto de que la autoridad, dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de que el presente fallo quede firme, emita una **nueva resolución**, que resuelva la solicitud de autorización de la MIA de la actora en términos del artículo 35, cuarto párrafo, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en la que analice todos y cada uno de los aspectos que fueron expuestos en la solicitud y su alcance por la actora, incluyendo las medidas de mitigación propuestas por la promovente en la MIA, y que son detalladas en la ampliación de demanda del presente juicio, así como también analice, en su caso, otras medidas adicionales de prevención y mitigación, a fin de que se eviten, atenúen o compensen los impactos ambientales susceptibles de producirse con el proyecto sometido a autorización, para que en el caso de que la autoridad determine autorizar de manera condicionada el proyecto - determinación que deberá estar razonadamente fundada y motivada - en términos de la fracción II, del citado precepto legal, la autoridad condicione dicha autorización al cumplimiento de dichas medidas de prevención y mitigación; y hecho lo anterior, la autoridad demandada funde y motive adecuadamente su determinación, con base en los datos científicos más fidedignos disponibles, con plena libertad en el uso de sus facultades y atribuciones, los aspectos ya comentados y precisados en el presente fallo, específicamente que se pronuncie respecto del argumento de la actora en el sentido de que las actividades de dragado del proyecto sometido a su consideración, se realizarían a una profundidad que no afectaría el hábitat de las tortugas marinas en cuestión, dejando a salvo las facultades de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para resolver lo que en derecho corresponda”⁵³⁵.*

424. Con base en esta instrucción judicial, la autoridad ambiental estaba obligada a reevaluar de manera razonada, con el adecuado sustento fáctico, científico y técnico los supuestos riesgos ambientales que había identificado inicialmente, así como las medidas de mitigación propuestas por ExO y cualquier otra medida adicional que considerara apropiada. Sobre esa base, la autoridad ambiental tuvo que decidir si mantenía la denegación anterior o autorizaba el Proyecto. La autoridad ambiental recibió instrucciones de que esta vez debía “*fund[ar] y motiv[ar] adecuadamente su determinación, con base en los datos científicos más fidedignos disponibles*”⁵³⁶. Era razonable esperar que este proceso requiriera una cantidad sustancial de tiempo.

⁵³⁵ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 211-212 (cierto énfasis omitido).

⁵³⁶ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 212.

425. Sin embargo, tan sólo cinco días (correspondientes a tres días hábiles) después de que la SEMARNAT fuera notificada de la sentencia del TFJA, emitió una tarjeta informativa en la que, si bien reconocía que la resolución del TFJA le obligaba a emitir una nueva resolución, la SEMARNAT manifestaba lo siguiente:

*“En este sentido, la 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**”⁵³⁷.*

426. Esta fue también una confirmación más de que la autoridad ambiental estaba decidida a actuar de manera arbitraria, violando las garantías procesales y sin respetar los derechos de ExO. Mientras que el mandato del TFJA era que esta vez la SEMARNAT hiciera bien su trabajo, corrigiera sus errores, abandonara las afirmaciones dogmáticas en las que había basado su rechazo al Proyecto Don Diego y realizara un análisis adecuado de los riesgos ambientales que pudieran existir y de las medidas de mitigación propuestas por la Demandante, así como de cualquier otra medida que pudiera ser necesaria, la respuesta de la SEMARNAT fue declarar casi inmediatamente después de que se le comunicara la decisión del TFJA que volvería a denegar la Nueva MIA de ExO. No es factible que en el transcurso de tres días hábiles solo la SEMARNAT haya realizado el análisis ordenado por el TFJA. Por lo tanto, es evidente que esta comunicación de la SEMARNAT simplemente reflejaba una decisión ya tomada en la cúpula de la SEMARNAT de rechazar nuevamente el Proyecto, sin más análisis. Esto es totalmente coherente con el testimonio del Sr. Villa.

427. Es importante destacar que la tarjeta informativa fue presentada por el Demandado durante la fase de exhibición de documentos a instancias de la Demandante⁵³⁸. Antes de la exhibición de documentos, la tarjeta informativa no estaba a disposición de la Demandante ni del Tribunal; solo había referencias a su existencia en algunos periódicos presentados por la Demandante⁵³⁹. En consecuencia, el Sr. Pacchiano indicó en su primera declaración

⁵³⁷ C-0470, Tarjeta informativa (énfasis agregado).

⁵³⁸ Resolución Procesal No. 3, 23 de abril de 2021, Anexo A (Solicitud 9); C-0473, Respuesta de la Unidad de Transparencia de la SEMARNAT, 5 de julio de 2021.

⁵³⁹ C-0171, E. Méndez, “Negarán dragado de arenas de Ulloa; resolución de la Semarnat”, *Excélsior*, 19 de abril de 2018; C-0173, A. Cruz, “Insistirá Semarnat en frenar proyecto minero submarino en BCS”, *Crónica Jalisco*, 20 de abril de 2018.

testimonial que la información de esos periódicos era inexacta y que esos artículos “únicamente reflejan el ejercicio periodístico de ambos diarios”⁵⁴⁰.

428. Sin embargo, una vez que el Sr. Pacchiano fue confrontado con el documento real, negó tener conocimiento de este y aludió a una serie de circunstancias que, según él, demostraban que no tenía nada que ver con la tarjeta informativa⁵⁴¹. Sin embargo, ninguna de esas explicaciones es convincente: no es verosímil que una comunicación de la SEMARNAT de esta relevancia y trascendencia se hubiera emitido si el Secretario no hubiera dado instrucciones para su emisión o al menos la hubiera aprobado.

viii) Dictámenes y presentaciones de terceros

429. Además, la Mayoría se ve obligada a analizar sucintamente las opiniones formuladas y las presentaciones efectuadas por organismos gubernamentales y terceros en oposición al Proyecto Don Diego durante el proceso de consulta pública de la MIA de ExO. Esto resulta necesario porque el Demandado y, en particular, la opinión disidente del Prof. Sands les asignan un peso significativo para explicar la denegación de la MIA de ExO.
430. La Mayoría observa que, si bien se refieren a la existencia de estas opiniones y presentaciones, ni el Demandado ni el Prof. Sands explican qué papel desempeñaron en el análisis realizado por la DGIRA al adoptar la decisión de denegar la MIA en las dos ocasiones en que la DGIRA lo hizo, ni cómo contribuyeron a dicho análisis.
431. La Mayoría también señala que estas presentaciones y opiniones de terceros no son vinculantes para la DGIRA⁵⁴² y, lo que es más importante, que los Sres. Flores y Villa declararon que las habían tenido en cuenta durante el proceso de decisión de aprobar la MIA de ExO con la condición de que ExO adoptara las medidas de prevención y mitigación que había propuesto⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 73.

⁵⁴¹ Segunda Declaración Testimonial de Rafael Pacchiano Alamán, ¶ 37; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 547:2-551:8.

⁵⁴² Segundo Informe Pericial de Héctor Herrera Ordóñez, ¶ 70.

⁵⁴³ Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1808:4-18; 1884:2-1885:7; 1890:5-1891:2; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 363:3-365:19; Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶¶ 8-11; Segunda Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶¶ 13, 15-25; Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 6-7, 12; Segunda Declaración Testimonial de Alberto Villa Aguilar, ¶¶ 15-17.

432. Por último, y tal vez lo más revelador, estas presentaciones y opiniones no parecen haber desempeñado ningún papel en el rechazo de la MIA de ExO. Como bien señala la Demandante, ninguno de ellos se cita en “*la parte del análisis de las Decisiones Denegatorias de 2016 o 2018*”⁵⁴⁴.

ix) Conclusiones sobre la existencia de una violación del estándar de TJE

433. Sobre la base de lo que antecede, la Mayoría concuerda con el relato de los hechos de la Demandante y concluye que las decisiones de rechazar la Nueva MIA de ExO carecían de razones técnicas, científicas y objetivas y que, en cambio, fueron adoptadas en cumplimiento de la instrucción del Secretario Pacchiano de rechazar el Proyecto.

434. La Mayoría arriba a esta conclusión después de analizar (i) las declaraciones de los Sres. Flores y Villa, que la Mayoría considera verosímiles; (ii) las declaraciones del Sr. Pacchiano, que carecen de credibilidad; (iii) las razones evidentemente arbitrarias proporcionadas por la Subsecretaria García Rivas para rechazar el valor probatorio de las pruebas presentadas por ExO junto con su Recurso de Revisión, lo cual confirma que la verdadera razón para rechazar el Proyecto fue una instrucción u orden de los altos mandos de la SEMARNAT; (iv) la Sentencia del TFJA de 21 de marzo de 2018, que deja en claro de manera explícita y categórica que la primera resolución que rechazó la Nueva MIA de ExO no se basó en fundamentos objetivos y científicos, que tuvo graves errores y omisiones, y basó sus conclusiones en afirmaciones meramente dogmáticas y evasivas; todo lo cual demostraba que la autoridad ambiental había decidido rechazar el Proyecto Don Diego independientemente de su impacto real sobre el ambiente y con independencia de las medidas de mitigación propuestas; y (v) la tarjeta informativa del mes de abril de 2018, que pone de manifiesto que la SEMARNAT, después de que el primer rechazo fuera revocado por el TFJA, estaba no obstante decidida a rechazar nuevamente el Proyecto Don Diego, negándose una vez más a realizar los análisis objetivos y científicos ordenados por el TFJA.

435. Basándose en estos antecedentes, la Mayoría concluye que el Sr. Pacchiano impartió instrucciones para que se rechazara la Nueva MIA de ExO en las dos ocasiones en que la

⁵⁴⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 44.

DGIRA tuvo que pronunciarse sobre ella; y que esas instrucciones se basaron en consideraciones totalmente ajenas a las cuestiones ambientales, que, por el contrario, obedecían a razones personales o idiosincrásicas del Sr. Pacchiano y a su propio interés personal. De forma inverosímil, y a falta de otros argumentos, el Sr. Pacchiano tuvo que negar cualquier implicación en este asunto.

436. La Mayoría no necesita determinar si las razones del Sr. Pacchiano se debieron a intereses personales relacionados con su carrera política o la de su cónyuge, a diferencias personales y relaciones ríspidas con los representantes de ExO, o al temor a la crítica pública o a la presión política, que son las teorías sugeridas por la Demandante. La motivación exacta del Sr. Pacchiano es irrelevante. Lo relevante es que su instrucción de rechazar el Proyecto Don Diego no obedecía a consideraciones técnicas, científicas u objetivas del tipo que habría preocupado a la DGIRA, el organismo técnico encargado de evaluar el Proyecto, sino a sus propias razones personales no reveladas; y que su intervención selló el destino del Proyecto, que la DGIRA estaba a punto de aprobar (aunque con condiciones).
437. Por tal motivo, la conducta del Sr. Pacchiano, y la conducta de la alta dirección de SEMARNAT, que es atribuible a México y, por lo tanto, cuyas consecuencias deben ser asumidas por México, equivale a una violación del estándar consagrado en el Artículo 1105(1) del TLCAN. En efecto, la conducta del Sr. Pacchiano y, en definitiva, el rechazo del Proyecto al que fue sometido ExO en dos ocasiones fue gravemente arbitraria y poco transparente, manifiestamente irrazonable y caprichosa, y una conducta que no respetó el debido proceso administrativo al que tenían derecho la Demandante y ExO.
438. Cabe recordar que el estándar de TJE se entiende:

“quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el

Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”⁵⁴⁵.

439. La Mayoría también ha precisado que el incumplimiento debe alcanzar un cierto estándar, en el sentido de que debe tratarse de una violación grave, flagrante y manifiesta y no referirse a un mero error administrativo.
440. En el caso que nos ocupa, la Mayoría concluye que la decisión de denegar la Nueva MIA de ExO no fue el resultado de un mero error administrativo o de una evaluación cuestionable del potencial impacto ambiental del Proyecto y sus medidas de mitigación. Por el contrario, fue el resultado directo de una decisión manifiesta y flagrantemente arbitraria del Sr. Pacchiano, que decidió que la MIA debía denegarse por motivos personales, lo que dio lugar a un rechazo basado en razones evasivas y arbitrarias y no en pruebas científico-técnicas objetivas y en la ley. Fue una decisión impropia y vergonzosa, carente de transparencia e imparcialidad y que violó el debido proceso administrativo de modo tal que ofendió la corrección judicial. Las conclusiones de la Mayoría se apoyan en la dura crítica a la decisión denegatoria por parte del propio TFJA de México, que caracterizó la decisión en términos muy similares y finalmente la anuló.
441. La Mayoría también hace las siguientes observaciones con respecto a las expectativas de la Demandante, en la medida en que pueden ser consideradas como parte del análisis general del estándar de TJE. Es muy plausible que el Sr. Flores informara a los representantes de ExO de que se aprobaría la MIA⁵⁴⁶, sobre todo porque esto es coherente con la opinión positiva que tenía de la solicitud de ExO⁵⁴⁷. Mucho más importante, sin embargo, es el punto de que ExO tenía derecho, con respecto a México, a la expectativa de que el procedimiento de evaluación del impacto ambiental para la aprobación de su proyecto se llevara a cabo de manera objetiva y razonable, en cumplimiento del mandato de la SEMARNAT y de los requisitos del debido proceso, y a que no se vería afectada por una conducta gravemente arbitraria y caprichosa por parte de la autoridad ambiental. Se trata de una expectativa legítima y objetiva en la que la Demandante tenía derecho a confiar. En su calidad de inversionista extranjera protegida por un tratado como el TLCAN

⁵⁴⁵ CL-0121, *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 98.

⁵⁴⁶ Declaración Testimonial de Claudio Lozano Guerra-Librero, ¶ 39.

⁵⁴⁷ Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 8.

y considerando además que México cuenta con un marco normativo interno que exige una evaluación científica, técnica y objetiva de los proyectos sujetos a evaluación ambiental, era razonable que la Demandante esperara que su Proyecto fuera evaluado de manera justa y no de manera arbitraria e idiosincrática. En cualquier caso, las expectativas legítimas de la Demandante no desempeñan un papel central en el análisis de la Mayoría, ya que la conducta arbitraria e idiosincrática de México constituye una violación del estándar de TJE independientemente de las expectativas de la Demandante.

442. La Mayoría no acepta la defensa de México de que el rechazo de las MIA fue un ejercicio legítimo de sus facultades regulatorias⁵⁴⁸. La Mayoría ya ha concluido que el rechazo del Proyecto no estuvo motivado por consideraciones ambientales objetivas que México pretendía hacer valer, sino por razones personales relacionadas con los propios intereses del Sr. Pacchiano. Tal actuación no puede encuadrarse en el ejercicio legítimo de las facultades regulatorias.
443. Además, no se trata de un caso en el que el jefe de la autoridad ambiental del Estado demandado alegue que la acción de rechazar el Proyecto se adoptó sobre la base de consideraciones ambientales. En cambio, el Sr. Pacchiano, responsable de la autoridad ambiental, niega haber intervenido en el proceso. La alegación de que México ejerció legítimamente sus facultades regulatorias también queda desmentida por las actuaciones de la DGIRA, que ignoró su propia evaluación objetiva del Proyecto para cumplir las órdenes del Sr. Pacchiano.
444. Por último, la Mayoría es consciente de los “*retos y complejidades de tomar decisiones que pueden tener repercusiones significativas en el medio ambiente, [...] a medida que se comprende cada vez mejor la fragilidad de nuestro medio marino*”, tal como se afirma en la disidencia del Prof. Sands⁵⁴⁹. Hay que alentar un verdadero intento de regular con el fin de proteger el ambiente marino.
445. Sin embargo, en opinión de la Mayoría, en este caso no hubo ningún intento de auténtica regulación para proteger el ambiente marino. Tal como se analizó con cierto detalle *supra*, el rechazo del Proyecto Don Diego se basó en un pretexto arbitrario y violatorio del debido

⁵⁴⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 127-152; Dúplica, ¶¶ 147-169.

⁵⁴⁹ Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands KC, ¶ 59.

proceso; obedeció a intereses ajenos, personales o políticos. No hay pruebas de que el rechazo se basara en estudios objetivos, técnicos y científicos; por el contrario, las pruebas demuestran que tales estudios presentados por la Demandante fueron ignorados o desestimados sumariamente.

446. Las pruebas que sustenta esta conclusión son contundentes. La afirmación volcada en la disidencia del Prof. Sands de que la opinión de la Mayoría “*es pura especulación, no respaldada por pruebas. Es una conclusión que conmociona, las ilusiones de un par de árbitros que han sustituido las pruebas por sus opiniones personales*”⁵⁵⁰ ignora el examen detallado, minucioso y exhaustivo de las pruebas realizado por la Mayoría. Además, las opiniones y conclusiones de la Mayoría son totalmente consistentes con las sentencias y conclusiones de los propios tribunales federales de México, que han criticado duramente la decisión de rechazo de la SEMARNAT utilizando un lenguaje que es muy similar y a menudo idéntico a las caracterizaciones articuladas por la Mayoría en este Laudo. En ese sentido, la afirmación del Prof. Sands de que el “*criterio [de la Mayoría] [...] desprecia los procedimientos ante los tribunales mexicanos, y socava el procedimiento que se encuentra en curso*”⁵⁵¹, es cuanto menos sorprendente.
447. En síntesis, deben fomentarse los intentos de ejercer legítimamente las facultades regulatorias; deben sancionarse las conductas que constituyan un abuso de dichas facultades.

B. OTROS INCUMPLIMIENTOS RECLAMADOS POR ODYSSEY

448. En cuanto a las restantes alegaciones de Odyssey en el sentido de que la misma conducta ya discutida en el capítulo anterior también constituiría (i) una omisión de proporcionar protección y seguridad plenas a la inversión de Odyssey y ExO, violando el Artículo 1105(1) del TLCAN; (ii) una expropiación indirecta de las inversiones de la Demandante y de ExO, en violación del Artículo 1110(1) del TLCAN; o (iii) una violación del Artículo 1102 del TLCAN, en el sentido de que México habría concedido un trato menos favorable

⁵⁵⁰ Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands KC, ¶ 52.

⁵⁵¹ Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands KC, ¶ 52.

a ExO y Odyssey que aquel concedido a los inversionistas nacionales, la Mayoría considera innecesario pronunciarse sobre ellas.

449. La Mayoría ya ha concluido que el Demandado ha violado el estándar de TJE establecido en el Artículo 1105(1) del TLCAN, lo que coloca a la Demandante en posición de reclamar los daños y perjuicios que solicita en nombre propio y en nombre de ExO. Por lo tanto, resulta innecesario determinar si existen motivos adicionales de indemnización, dado que las pretensiones de indemnización de la Demandante no dependen del tipo de incumplimiento que se constate, sino de la existencia de cualquiera de los incumplimientos que alega.

VI. DAÑOS

A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

(1) Estándar Legal

a) *Principio de Reparación Plena y Valor Justo de Mercado*

450. La Demandante afirma que el acto ilícito del Demandado causó un daño significativo y directo a Odyssey y a ExO al impedir cualquier explotación de los derechos de concesión de ExO. La Demandante alega que el estándar legal aplicable es aquel de reparación plena prescrito en el *Caso relativo a los Derechos de las Minorías en la Fábrica de Chorzów* (“*Fábrica de Chorzów*”)⁵⁵². La Demandante señala que, en virtud del estándar de reparación plena, debería restablecerse la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiera cometido el acto ilícito, y deberían eliminarse las consecuencias de este. La Demandante añade que un laudo monetario también debe eliminar todas las consecuencias del acto ilícito de México, que derivó en el fin del Proyecto⁵⁵³.
451. Asimismo, la Demandante señala que, de conformidad con el Artículo 1110(2) del TLCAN, la expropiación lícita se basa en la premisa de la provisión de una indemnización equivalente al valor justo de mercado (“VJM”) que tenga la inversión expropiada cuyo pago se hará sin demora en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete que podrá

⁵⁵² Memorial, ¶ 363, donde se cita **CL-0029**, *Caso relativo a los Derechos de las Minorías en la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)* (CPJI) Fallo, 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

⁵⁵³ Memorial, ¶ 371; Réplica, ¶ 322.

transferirse libremente. La Demandante afirma, asimismo, que el TLCAN no prevé un estándar de compensación específico para las violaciones de otras disposiciones del Capítulo 11, Parte A. Sin embargo, los tribunales del TLCAN han aplicado de manera sistemática el estándar de reparación plena del derecho internacional consuetudinario. Este estándar se ha dispuesto en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“**ARSIWA**”), que ordenan que los Estados reparen plenamente, es decir, indemnicen la totalidad de los daños, ya sean materiales o morales. La Demandante observa, además, que la indemnización deberá cubrir todo daño económicamente valorable, incluido el lucro cesante. Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios no debe circunscribirse al valor de la empresa en la fecha en que se produjo el acto ilícito, sino considerar cualquier valor mayor que la empresa haya obtenido hasta la fecha del laudo más los daños indirectos⁵⁵⁴.

452. A mayor abundamiento, la Demandante hace referencia a los casos *ADC c. Hungría* y *ATA c. Jordania*, y afirma que el valor de los daños compensatorios debe reflejar el valor contemporáneo de una inversión frustrada ilícitamente a la luz de los compromisos del Estado receptor. Esos compromisos del Estado comprenden un conjunto de derechos y expectativas legítimas que se integran con el valor fundamental de la inversión frustrada⁵⁵⁵.
453. La Demandante sostiene que el estándar de compensación adecuado es el estándar de VJM. Añade que la indemnización debería reflejar el VJM de la totalidad de su inversión en México, tal y como se sintetiza en el valor contemporáneo de ExO. Citando el caso *Starrett Housing c. Irán*, la Demandante define el VJM como “*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*”⁵⁵⁶. Además, la Demandante afirma que los

⁵⁵⁴ Memorial, ¶¶ 361-365, 371.

⁵⁵⁵ Memorial, ¶ 368, donde se citan **CL-0003**, *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, ¶ 493; **CL-0012**, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010, ¶ 96.

⁵⁵⁶ Memorial, ¶¶ 373-374; **CL-0109**, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. y Otros c. Gobierno de la República Islámica de Irán, Bank Markazi Iran y Otros*, Caso IUSCT No. 24, Laudo Final No. 314-24-1, 14 de agosto de 1987, ¶ 277.

tribunales de inversión han utilizado ampliamente el estándar de VJM cuando han tenido que proceder al cálculo de daños, tanto en el contexto de expropiaciones como por otras violaciones de obligaciones internacionales⁵⁵⁷. El estándar de VJM, tal como han aceptado los tribunales de inversión, permite que la parte perjudicada se retrotraiga a la situación que habría existido de no haber sido por el acto ilícito. Sobre este particular, la Demandante arriba a la conclusión de que los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN requieren que el Demandado compense a la Demandante como resultado de la conducta violatoria del derecho internacional, “*dando pleno efecto al principio de reparación plena*”⁵⁵⁸.

b) Fecha de Valuación

454. La Demandante aduce que la Fecha de Valuación es el 7 de abril de 2016, es decir, cuando la SEMARNAT negó el permiso ambiental por primera vez. La Demandante añade que “*Compass Lexecon ha calculado la compensación pagadera por las violaciones de México basada en el valor justo de mercado del Proyecto en una fecha inmediatamente anterior a que la SEMARNAT negara la MIA, eliminando el valor de la inversión de Odyssey*”⁵⁵⁹. La negación de la MIA fue un acto ilícito en virtud de los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, y, de acuerdo con el estándar de reparación plena, deberá restablecerse la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido. Por lo tanto, debe suponerse que la MIA se concedió en el escenario ‘hipotético’ a efectos valuatorios, y la Fecha de Valuación debe fijarse en el momento inmediatamente anterior al hecho ilícito de un Estado en aras de evitar que el valor de la inversión se vea reducido por dichos actos⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Memorial, ¶ 375, donde se citan **CL-0042**, *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, ¶ 850; **CL-0071**, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 118; **CL-0017**, *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009, ¶ 124; **CL-0056**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, ¶¶ 674, 681; **CL-0014**, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, ¶ 424; **CL-0035**, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 410; **CL-0037**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, ¶ 8.2.7.

⁵⁵⁸ Memorial, ¶¶ 375-376.

⁵⁵⁹ Memorial, ¶ 380 (énfasis agregado).

⁵⁶⁰ Réplica, ¶¶ 341-342.

c) Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar de Prueba

455. La Demandante afirma que los daños jurídicamente relevantes son todas las pérdidas de rentabilidad futura en las que habría incurrido Odyssey si se hubiera aprobado la MIA, junto con el valor estratégico del Proyecto y la pérdida de oportunidad de ExO de seguir explorando y desarrollando el yacimiento de fosfato. La Demandante sugiere que, en la Fecha de Valuación, los participantes reales en el mercado habrían calculado el valor del Proyecto utilizando un enfoque de ingresos. La Demandante afirma que el argumento del Demandado relativo al principio de ‘certeza razonable’ no modifica esta conclusión. Un comprador hipotético razonablemente informado habría evaluado cualquier incertidumbre relacionada con el Proyecto mediante el cálculo de los beneficios futuros esperados y la aplicación de una tasa de descuento a estos flujos de caja⁵⁶¹.
456. En cuanto a la carga de la prueba, la Demandante sostiene que solo necesita proporcionar una base sobre la cual el Tribunal pueda estimar razonablemente el alcance de la pérdida, siempre que se hayan establecido la causalidad y la rentabilidad futura. En el mismo sentido, la Demandante afirma que no está obligada a establecer el importe de los daños y perjuicios reclamados con un 100 % de certeza. Asimismo, la Demandante afirma, en primer lugar, que ha satisfecho su carga de la prueba y ha demostrado que México ha causado efectivamente los daños sufridos; y, en segundo lugar, que el Demandado no ha reconocido que tiene la carga de demostrar los hechos en los que se basan sus defensas frente a las reclamaciones de indemnización de Odyssey⁵⁶².
457. En cuanto al estándar de prueba, la Demandante afirma que el balance de probabilidades debería ser el estándar aplicable. La Demandante advierte que ha satisfecho el estándar necesario puesto que era objetivamente previsible que, si se negaba la MIA, Odyssey no podría explotar la Concesión⁵⁶³.

⁵⁶¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 206-207.

⁵⁶² Memorial, ¶ 372; Réplica, ¶ 334.

⁵⁶³ Réplica, ¶ 335.

(2) Cálculo de Daños

458. La opinión de la Demandante es que los daños causados por la violación del derecho internacional por parte del Demandado consisten en (i) el VJM de la inversión (que la Demandante denomina valuación base), tal y como se calcula y explica en el informe elaborado por Compass Lexecon (“**Informe de Compass Lexecon**”); (ii) el valor estratégico de ExO; y (iii) el valor de la oportunidad perdida. Por ende, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante solicita una indemnización de daños y perjuicios por un monto de (i) USD 1.355,0 millones (brutos de impuestos), más intereses compuestos del 13,95 % hasta el 12 de septiembre de 2022, lo que arroja un total de USD 3.137,6 millones, más intereses compuestos del 13,95 % hasta la fecha en que el Tribunal dicte su laudo final, más intereses posteriores al laudo hasta la fecha en que se pague el laudo; o en subsidio, (ii) USD 1.065,4 millones (netos de impuestos) más intereses compuestos del 13,95 % hasta el 12 de septiembre de 2022, lo que arroja un total de USD 2.467,06 millones, más intereses compuestos del 13,95 % hasta la fecha en que el Tribunal dicte su laudo final, más intereses posteriores al laudo hasta la fecha en que se pague el laudo, declarando que el laudo en este caso es neto de los impuestos mexicanos aplicables⁵⁶⁴.
459. La Demandante propone un enfoque de ingresos para calcular la cuantificación de los daños, sugiriendo la aplicación de los métodos de flujo de caja descontado (“**DCF**”) y de valoración de opciones reales (“**ROV**”) para dos fases diferentes dentro del Proyecto. Como consecuencia, la Demandante estimó el VJM del Proyecto en [REDACTED] antes de una compensación por impuestos mexicanos sobre el Laudo⁵⁶⁵. Asimismo, la Demandante opina que ni el método DCF ni el método ROV resultan suficientes puesto que derivan en una valuación base, y, en consecuencia, el Tribunal debe tomar en consideración el valor estratégico del Proyecto en función del tamaño del yacimiento, su ubicación, su perfil de bajo costo y sus recursos multigeneracionales de clase mundial junto con la oportunidad perdida de explorar y desarrollar el Proyecto y el yacimiento Don Diego⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 374.

⁵⁶⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 252, 374.

⁵⁶⁶ Memorial, ¶ 414; Réplica, ¶ 330.

460. Como alternativa al enfoque de ingresos, la Demandante sugiere la aplicación del método de transacciones comparables en torno a la Fecha de Valuación. La Demandante contrató a Agrifos Partners LLC (“**Agrifos**”) para estimar el valor del Proyecto utilizando dicha metodología, la cual estimó que el valor agregado del Proyecto oscila entre [REDACTED] [REDACTED]⁵⁶⁷.
461. Por último, la Demandante señala que el método de capitalización de mercado y el enfoque de costos propuestos por el Demandado no son adecuados a los efectos de la cuantificación de daños. La Demandante señala que el uso del método de capitalización de mercado es inadecuado como metodología de valuación primaria y debe considerarse única y fundamentalmente para confirmar la razonabilidad de la valuación DCF de Compass Lexecon. La Demandante también rechaza el enfoque de costos, en tanto el Demandado no ha presentado dicho enfoque de manera adecuada y oportuna en el arbitraje, y puesto que ha declarado de manera explícita que la utilización de un enfoque de costos contravendría el estándar legal aplicable en materia de compensación⁵⁶⁸.
462. En síntesis, la Demandante afirma que los participantes reales en el mercado (i) valorarían el Proyecto utilizando principalmente el enfoque de ingresos; (ii) considerarían el valor estratégico de ExO como parte del valor de la inversión; (iii) considerarían la pérdida de oportunidad para desarrollar el Proyecto como parte del valor de la inversión; (iv) como alternativa al enfoque de ingresos, valorarían el Proyecto utilizando el método de transacciones comparables; (v) no utilizarían el método de capitalización de mercado como método primario (y solo lo utilizarían como método secundario con los suficientes ajustes pertinentes a efectos de abordar las debilidades significativas del método); y (vi) no utilizarían en absoluto el enfoque de costos.

a) Enfoque de Ingresos: DCF (Fase I) y ROV (Fase II)

463. En lo tocante a la aplicación del enfoque de ingresos, la Demandante explica que Compass Lexecon cuantificó los daños utilizando dos métodos, cada uno aplicable a distintas fases del Proyecto. [REDACTED]

⁵⁶⁷ Réplica, ¶ 329.

⁵⁶⁸ Memorial, ¶¶ 377-432; Réplica, ¶ 330; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 209.

[REDACTED]

[REDACTED]⁵⁶⁹ [REDACTED], Compass Lexecon utilizó el método ROV⁵⁷⁰. Sucintamente, el Proyecto incluye la producción de dos grados de producto de fosfato con concentración diferente (concentración alta y baja), cada uno de los cuales se venderá en mercados diferentes. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]⁵⁷¹.

464. Compass Lexecon define el método DCF como “la principal herramienta utilizada por los evaluadores y participantes en el mercado, ya que permite el uso de supuestos personalizados basados en el mercado que pueden reflejar mejor las particularidades del activo considerado”⁵⁷². Compass Lexecon comprobó la razonabilidad de los supuestos en que se basaba dicho modelo e introdujo los ajustes necesarios, identificando los siguientes como los factores clave de valor que afectan a la Fase I del Proyecto: (i) permisos; (ii) recursos y producción; (iii) precios del fosfato; (iv) costos de operación; (v) inversiones de capital; (vi) impuestos sobre la renta, regalías e impuestos sobre dividendos; y (vii) tasa de descuento (13,95 %) ⁵⁷³.
465. Además, la Demandante define el método ROV como el procedimiento de valuación que reconoce la opción real del comprador, es decir, el derecho, pero no la obligación, de desarrollar la Fase II⁵⁷⁴. En este caso, “*la opción real se refiere al derecho económicamente valioso de Odyssey a desarrollar aún más la concesión de Don Diego durante la Fase II*

⁵⁶⁹ C-0084, Henry Lamb, Informe Técnico NI 43-101, 30 de junio de 2014.

⁵⁷⁰ Memorial, ¶ 378.

⁵⁷¹ Memorial, ¶¶ 381, 385; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, 4 de septiembre de 2020, ¶ 3.

⁵⁷² Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 8.

⁵⁷³ Réplica, ¶ 489; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 314-324; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 8.

⁵⁷⁴ Memorial, ¶ 400; Réplica, ¶¶ 497-507; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 11.

*del Proyecto, suponiendo que las condiciones del mercado y los resultados de una mayor exploración habrían sido suficientemente favorables*⁵⁷⁵. Una vez obtenidos los datos necesarios para determinar el flujo de caja y los gastos, Compass Lexecon procede a definir otros elementos necesarios para una ROV, a saber, supuestos en relación con (i) recursos; (ii) precios del fosfato; (iii) dragado *offshore* y costos de procesamiento; (iv) flotación en tierra; (v) tasa de descuento (15,5 %)⁵⁷⁶; (vi) vencimiento de la opción; y (vii) volatilidad⁵⁷⁷.

466. Al seleccionar y aplicar estos métodos, Compass Lexecon se guio por (i) las directrices y normas del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (“CIM”) sobre la valoración de las propiedades minerales (“CIMVAL”); (ii) el Código de Informes Públicos de Evaluaciones Técnicas y Valoraciones de Activos Minerales del Instituto Australiano-Asiático de Minería y Metalurgia y del Instituto Australiano de Geocientíficos (“VALMIN”); (iii) la fase de exploración y desarrollo del proyecto; y (iv) el testimonio de otros expertos pertinentes⁵⁷⁸.
467. La Demandante afirma que la Fase I del Proyecto ha sido debidamente clasificada como un proyecto en fase de desarrollo y debe ser valuada utilizando un enfoque de ingresos⁵⁷⁹. La Demandante considera que las directrices y definiciones de valuación de la industria minera y las características del Proyecto imponen la aplicación de un enfoque de ingresos debido a que el Proyecto cumplía la norma de un *nivel de confianza PFS*. Dicho nivel es el exigido por las directrices G4.5 y G4.6 de CIMVAL, y no necesariamente la realización de un Estudio formal de Prefactibilidad (“PFS”)⁵⁸⁰.
468. Compass Lexecon consideró el hecho de que Odyssey y ExO no estaban planeando desinvertir en el Proyecto cuando la SEMARNAT negó el MIA y no empaquetaron “*la información que de otro modo alimentaría en un estudio formal de prefactibilidad*”⁵⁸¹. Sin

⁵⁷⁵ Réplica, ¶ 497.

⁵⁷⁶ Réplica, ¶ 489. Según la Demandante, la tasa de descuento para la Fase II está compuesta por los mismos componentes de la Fase I, pero la prima de riesgo pre-operacional se incrementa al 5,5 %, para una tasa de descuento total del 15,5 %. Véase Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 115(b).

⁵⁷⁷ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 12.

⁵⁷⁸ Memorial, ¶ 382; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 215-218.

⁵⁷⁹ Memorial, ¶¶ 388-390; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 219-222.

⁵⁸⁰ Réplica, ¶¶ 373-375; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 223-224.

⁵⁸¹ Memorial, ¶ 386.

embargo, la Demandante afirma que la opinión colectiva de la industria y de los expertos técnicos era que el Proyecto se encontraba efectivamente en un nivel PFS. Asimismo, la Demandante sostiene que el Demandado no abordó las pruebas de Odyssey sobre viabilidad técnica, tasas de producción, gastos de capital (“CAPEX”) y gastos operativos (“OPEX”). Todos estos factores demostrarían la viabilidad del Proyecto⁵⁸². Por lo tanto, las pruebas de viabilidad se ajustan a la definición de proyecto en desarrollo. Además, la Demandante subraya que las Directrices de Mejores Prácticas de Estimación de Recursos Minerales y Reservas Minerales para Minerales Industriales del CIM establecen que “cuando la producción aún no ha comenzado, ... la falta de un estudio formal de prefactibilidad o factibilidad con respecto a una empresa debe comunicarse de manera clara a las partes interesadas actuales y potenciales, ya que esto puede considerarse un factor de riesgo”⁵⁸³. [Traducción del Tribunal]

469. Aun en el supuesto de que el Tribunal considere que el Proyecto no se encontraba en un nivel de desarrollo PFS a la Fecha de Valuación, la Demandante afirma que se encontraba al menos en una etapa de predesarrollo o en una etapa de *Propiedad de Recursos Minerales*.
470. En caso de que el Proyecto se caracterice como una propiedad de recursos minerales, la Demandante afirma que el enfoque de ingresos podría seguir siendo un método de valuación apropiado⁵⁸⁴. CIMVAL y VALMIN indican que, “en algunos casos”, corresponde aplicar un enfoque de ingresos en dicha fase de desarrollo⁵⁸⁵. Aunque CIMVAL y VALMIN no definen lo que quieren decir con “en algunos casos”, la Demandante argumenta que tal caso se suscita cuando existe toda la información necesaria para preparar un PFS formal, pero el propietario está esperando recibir su permiso de compuerta antes de encargar un PFS formal o estudio de factibilidad (“FS”), como fue el caso aquí⁵⁸⁶.
471. En síntesis, la Demandante propone que el Tribunal caracterice el Proyecto como en fase de desarrollo. Sin embargo, si lo define como una propiedad de recursos minerales, el

⁵⁸² Réplica, ¶ 357.

⁵⁸³ **WGM-0002**, Directrices de Mejores Prácticas de Estimación de Recursos Minerales y Reservas Minerales para Minerales Industriales del CIM, 23 de noviembre de 2003, pág. 6 (énfasis agregado).

⁵⁸⁴ Réplica, ¶ 382; Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, 29 de junio de 2021, ¶ 46.

⁵⁸⁵ **C-0196**, Normas y Directrices CIMVAL 2003, págs. 21-22; **C-0195**, Código VALMIN 2015, pág. 29.

⁵⁸⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 246.

enfoque de ingresos seguiría siendo apropiado para valuar los daños en cualquiera de estos escenarios.

472. Dado que el Proyecto es técnica y económicamente viable, la Demandante aduce que tanto los impulsores del valor del proyecto como los ingresos en los proyectos mineros se pueden estimar con un nivel razonable de certeza. La Demandante afirma que la rentabilidad del Proyecto puede esperarse razonablemente demostrando que (i) los métodos para cuantificar y caracterizar los recursos están bien establecidos, y la cantidad y la calidad de los minerales se pueden estimar de forma independiente y proporcionan una base fiable para los supuestos de entrada; (ii) la ingeniería de minería y procesamiento, el plan de producción correspondiente al Proyecto y la tecnología son razonables y se pueden validar de forma independiente; (iii) en relación con los costos y las consideraciones de mercado, la producción se vende en mercados internacionales desarrollados, lo que reduce la incertidumbre de los ingresos; la información de mercado da cuenta de los precios futuros y proporciona una base objetiva para futuros flujos de efectivo, y se ha elaborado información detallada sobre los CAPEX y OPEX previstos, así como los calendarios de producción, que puede validarse de forma independiente; y (iv) el mercado para los productos de fosfato, en particular, para el producto de alimentación de flotación del Proyecto, probablemente se desarrolle⁵⁸⁷. Asimismo, la Demandante afirma que los negocios basados en productos básicos se prestan más fácilmente a un análisis de lucro cesante debido al éxito de la campaña de exploración del Proyecto, que es el principal riesgo de una inversión de este tipo; a la propia naturaleza de producto básico del producto en juego; y al detallado análisis previo del flujo de caja minero. La Demandante asevera que estas conclusiones, entre otras decisiones, han sido respaldadas por el tribunal en *Gold Reserve c. Venezuela*⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Memorial, ¶¶ 390, 394; Réplica, ¶¶ 471-488; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 256-313.
⁵⁸⁸ Memorial, ¶¶ 391-395, donde se cita CL-0056, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo, ¶ 830: “[a]unque el Proyecto Brisas nunca fue una mina funcional y por lo tanto no tenía un historial de flujo de caja que se prestaría al modelo de DCF, el Tribunal acepta [. . .] que un método DCF puede utilizarse de manera fiable en este caso debido a la naturaleza de los productos básicos del producto y al análisis detallado del flujo de caja de la minería realizado anteriormente”.

473. Compass Lexecon abordó la producción total esperada de la Fase I, estimándola en [REDACTED] [REDACTED]⁵⁸⁹. Sobre la base de esa cifra, la Demandante afirma que, tras aplicar el modelo DCF y realizar los ajustes necesarios, el valor de la Fase I del Proyecto asciende a [REDACTED] a la Fecha de Valuación, antes de una compensación por impuestos mexicanos sobre el Laudo⁵⁹⁰.
474. En lo que respecta a la Fase II del Proyecto, Compass Lexecon aplicó el método ROV. Para Compass Lexecon, tal como explica la Demandante, la etapa más temprana de desarrollo de la Fase II en comparación con la Fase I se basaba en recursos sustanciales, y, en relación con las consideraciones operativas, la Fase II se basaría en la misma tecnología *offshore* que la Fase I. Dicha tecnología garantiza un bajo costo de extracción, así como la venta del producto⁵⁹¹. Compass Lexecon también abordó la producción total esperada de la Fase II, estimándola en [REDACTED]⁵⁹². Sobre la base de las conclusiones de Compass

⁵⁸⁹ Memorial, ¶ 401. Para esta estimación, Compass Lexecon partió de los siguientes supuestos: [REDACTED]

⁵⁹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 252.

⁵⁹¹ Memorial, ¶ 399.

⁵⁹² Memorial, ¶¶ 401-405; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, 4 de septiembre de 2020, ¶¶ 96-100. Para esta estimación, Compass Lexecon incorporó varios supuestos, tales como los siguientes: [REDACTED]

Lexecon, la Demandante estima el VJM de la Fase II en [REDACTED]^{593_594}. Así, sumando el VJM expresado por la Demandante para las Fases I y II, la Demandante calcula el VJM del Proyecto en la suma de [REDACTED]⁵⁹⁵.

475. En su Réplica, la Demandante discrepa de las objeciones del Demandado a su valuación. La Demandante alega que el Demandado no tuvo en cuenta sus pruebas, caracterizó erróneamente su posición y aplicó incorrectamente los estándares legales y de la industria⁵⁹⁶. La Demandante también se opone a las consideraciones de hecho planteadas por el Demandado argumentando que (i) el Proyecto se encontraba en una fase significativamente más avanzada de lo que el Demandado busca retratar y, en cualquier caso, la MIA era el *permiso de entrada* cuya aprobación naturalmente habría causado la admisión de los demás permisos de la autoridad; (ii) existen pruebas suficientes para establecer una *presunción de continuidad* que se deriva de la formación geológica del yacimiento, y la observación de que *otros* yacimientos de fosfato en alta mar no han entrado en producción comercial no guarda ninguna relación causal con la negación de la MIA; (iii) la experiencia personal de la Demandante o su capacidad para desarrollar y explotar los yacimientos de fosfato no es un factor en el que se base el VJM; (iv) el Proyecto no utiliza una tecnología novedosa y no probada, sino métodos de dragado convencionales y probados; y (v) ExO habría podido vender de manera rentable la producción del Proyecto⁵⁹⁷.
476. La Demandante además hace hincapié en el hecho de que el enfoque de valuación de ingresos prospectivo es la metodología apropiada para calcular el VJM del Proyecto, independientemente de la falta de un historial suficiente de operaciones rentables para

593

[REDACTED] Memorial, ¶ 406.
[REDACTED] a la fecha de compra de la opción, conforme se establece en el Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 13.

594

Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 252.

595

Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 252.

596

Réplica, ¶¶ 322-325, 358-384.

597

Réplica, ¶¶ 325-327, 336, 385-488; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 225-251.

proyectar el flujo de caja. La Demandante señala que Odyssey no está obligada a establecer el importe de los daños que reclama con certeza científica, ya que inevitablemente se aceptan aproximaciones. Por ende, la Demandante afirma que Odyssey ha satisfecho la carga de la prueba necesaria y el Demandado, por el contrario, no ha abordado sus pruebas de la viabilidad de la producción y la rentabilidad. La Demandante resalta que hay un cuerpo sustancial de casos de tratados de inversión en los que los tribunales han utilizado el DCF incluso si se referían a proyectos sin un historial de rentabilidad. Asimismo, la Demandante afirma que los casos de inversión citados por el Demandado son irrelevantes porque (i) son específicos de los hechos; (ii) no existe fundamento en virtud del TLCAN para rechazar el método DCF; y (iii) el Demandado caracterizó erróneamente el Proyecto puesto que cita casos que no involucran industrias extractivas⁵⁹⁸.

b) Valor Estratégico del Proyecto

477. La Demandante observa que el valor estratégico del proyecto se encuentra determinado por el tamaño del yacimiento, su ubicación y su costo. La Demandante añade que las grandes cantidades de fosfato asociadas al Proyecto y el acceso relativamente fácil a los países de la cuenca del Pacífico sugieren que Don Diego podría haber sido uno de los productores de roca de fosfato de menor costo del mundo. A mayor abundamiento, la Demandante argumenta que el éxito del Proyecto se ve incrementado por sus características intrínsecas, como la inexistencia de infraestructura fija, tierra superior, vegetación o material que debe ser retirado, costos de reclamación o de remediación, junto con la naturaleza móvil del Proyecto que permite un dragado selectivo y la fácil expansión hacia nuevas áreas donde se encuentra el recurso. Además, la Demandante argumenta que determinados participantes en el mercado, como Agrium, probablemente habrían sido inversionistas en el Proyecto. Para la Demandante, el valor estratégico del Proyecto debería incrementar la valuación de las Fases I y II en un 15 %⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Réplica, ¶¶ 326-357, donde se citan especialmente CL-0056, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo, ¶ 686; y CL-0042, *Crystallex c. Venezuela*, Laudo, ¶¶ 865-876; Réplica, ¶¶ 343-353.

⁵⁹⁹ Memorial, ¶¶ 408, 411-415; Réplica, ¶¶ 554-555; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 365-366.

478. En su Réplica, la Demandante afirma que el valor estratégico del Proyecto es una prima que no se capta en el DCF de la Fase I ni en el ROV de la Fase II⁶⁰⁰, puesto que “*implicaría cálculos por parte del comprador de elementos de valor fuera de los parámetros de flujo de efectivo [que] podría[n] incluir el valor previsto de lo que sería esencialmente un seguro contra ciertas perturbaciones de los precios mundiales a través de las ventajas de la integración vertical en una región geográficamente ventajosa, o el valor de negar a un competidor regional el acceso a ese recurso*”⁶⁰¹.

c) Pérdida de Oportunidad de ExO y de Odyssey

479. La Demandante afirma que Odyssey y ExO acababan de comenzar a cuantificar y caracterizar el yacimiento, pero la negación de la MIA les impidió comenzar una nueva campaña de exploración de núcleos para seguir explorando, cuantificando y caracterizando el recurso. La Demandante asevera que en la evaluación de los recursos del Informe Técnico NI 43-101 solo se evaluó el 18 % de la zona de la Concesión [REDACTED]

[REDACTED]⁶⁰². La Demandante alega que los daños derivados de la pérdida de oportunidades de Odyssey y de ExO no se incluyeron en el Informe Técnico NI 43-101. Por lo tanto, la Demandante afirma que se encuentran fuera del VJM del Proyecto y deben ser compensados además del VJM. Para la Demandante, el valor de la pérdida de oportunidad de ExO asciende a [REDACTED]⁶⁰³.

480. La Demandante agrega que, aunque la valuación de una reclamación por pérdida de oportunidad es intrínsecamente compleja, “*basta con que el juez pueda admitir con*

⁶⁰⁰ Réplica, ¶¶ 556-557; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 362, 365-366.

⁶⁰¹ Réplica, ¶ 556.

⁶⁰² Memorial, ¶ 419, donde se cita Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., 4 de septiembre de 2020, ¶ 38.

⁶⁰³ Memorial, ¶¶ 416, 420-421; Réplica, ¶¶ 332, 558-568; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 362-364; Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶¶ 36-39, 47.

suficiente probabilidad la existencia y el alcance del daño”⁶⁰⁴. Añade que este tipo de ejercicios de valuación han sido avalados por otros tribunales internacionales⁶⁰⁵.

d) Enfoque de Mercado: Transacciones Comparables al Proyecto Don Diego

481. Si el Tribunal considera que el enfoque de ingresos no es apropiado a efectos valuatorios, la Demandante solicita en subsidio al Tribunal que valúe el Proyecto utilizando el método de transacciones comparables. Dicho método debería aplicarse en tanto se describe como un método de valuación primario en las Normas CIMVAL, en contraste con el método de capitalización de mercado propuesto por el Demandado que se describe como un método de valuación secundario por los usos de la industria⁶⁰⁶.
482. Una vez que la Demandante recibió el Memorial de Contestación, pidió a Compass Lexecon que abordara las críticas de Quadrant Economics a su método DCF. En su segundo informe, Compass Lexecon no modificó su enfoque. Asimismo, en pos de reafirmar la utilización del método DCF, la Demandante agrega que contrató a Agrifos para estimar el valor del Proyecto identificando y estudiando transacciones comparables al Proyecto en torno a la Fecha de Valuación⁶⁰⁷.
483. La Demandante describe que “Agrifos evaluó nueve empresas comparables y transacciones públicas y calculó el valor del recurso de fosfato subyacente implícito en la transacción o capitalización de mercado, expresado como USD/mt de P₂O₅ contenido”⁶⁰⁸. Agrifos concluyó que el valor estimado del Proyecto oscilaba entre [REDACTED] y [REDACTED], estimación que corrobora la razonabilidad del método DCF debido a la proximidad de la valuación utilizando cualquiera de estos dos métodos⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ Réplica, ¶ 565, donde se cita **CL-0185**, *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company* (Arbitraje Ad Hoc), Laudo Arbitral, 15 de marzo de 1963, págs. 44-45.

⁶⁰⁵ Réplica, ¶¶ 558-568. **CL-0054**, *Gemplus S.A., SLP S.A. y Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte XIII, ¶ 13-99; **CL-0123**, *William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Daños, 10 de enero de 2019, ¶¶ 280-299; entre otros.

⁶⁰⁶ Réplica, ¶¶ 546-553; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 216, 339-340; **C-0196**, Normas y Directrices CIMVAL 2003, Tabla 2, págs. 22-23.

⁶⁰⁷ Réplica, ¶¶ 546-553; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 328-339.

⁶⁰⁸ Réplica, ¶ 329.

⁶⁰⁹ Réplica, ¶ 329; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 328, 331.

484. La Demandante afirma que las objeciones de Quadrant Economics al Informe de Agrifos no son razonables porque (i) el hecho de no incluir la documentación de los precios que sustentan el análisis de comparables carece de relevancia si se tiene en cuenta que todos los valores de las operaciones, excepto uno, están disponibles públicamente, son de conocimiento común en la industria y son fácilmente verificables; (ii) los argumentos planteados por Quadrant Economics para demostrar que las operaciones de *Baobab* e *Hinda* no son comparables con el Proyecto en realidad confirman la posición de la Demandante; (iii) WGM comete errores fundamentales en su análisis, en particular, impugnando que la inclusión de los volúmenes de recursos de la extensión norte en los recursos totales a efectos valuatorios estuviera justificada; y (iv) Agrifos utilizó primas razonables, si no conservadoras, al estimar el valor del Proyecto⁶¹⁰.

e) Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey

485. La Demandante rechaza la sugerencia del Demandado de que la capitalización de mercado de Odyssey sea el método apropiado para el cálculo de los daños.

486. En su Primer Informe, Compass Lexecon afirmó que la capitalización de mercado de Odyssey se utilizó únicamente para conciliar los resultados de su valuación mediante el método DCF, pero que sería inadecuado utilizar la capitalización de mercado de Odyssey como metodología de valuación primaria porque diversos factores podrían deprimir el precio de las acciones de Odyssey. En concreto, Compass Lexecon aseveró que la capitalización de mercado de Odyssey no reflejaba de manera adecuada el valor de su participación en el Proyecto sobre una base no controladora y previa al permiso debido (i) al impacto negativo continuo del negocio de rescate de naufragios de Odyssey; (ii) a los elevados niveles de ventas en corto desde mediados del año 2011; y (iii) a las limitaciones de liquidez de Odyssey y sus dificultades financieras. La Demandante agregó que dicho método de valuación resultaría inadecuado porque (i) el activo que se valúa no es el único activo o negocio de la sociedad cuyas acciones son la base de la valuación; y (ii) la valuación del Proyecto debe ser en un escenario contrafáctico en el que la MIA fue

⁶¹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 332-339.

otorgada, mientras que las acciones de Odyssey fueron negociadas en el escenario real en el que la MIA nunca fue otorgada⁶¹¹.

487. En cualquier caso, si el Tribunal considera que debe aplicarse el método de capitalización de mercado a efectos valuatorios, debe realizar cuatro ajustes para tener en cuenta las diferencias entre el precio de las acciones de Odyssey en el escenario real y el Proyecto en el escenario contrafáctico, y debe descartar los ajustes y recálculos de Quadrant Economics relativos a la capitalización de mercado de Odyssey, puesto que conducen a una valuación incorrecta⁶¹².
488. Compass Lexecon afirmó que, con el fin de conciliar la capitalización de mercado de Odyssey con el método DCF, cualquier comparación debería ajustar el valor de Odyssey para reflejar (i) el valor de sus activos y no el precio de sus acciones (“valor empresarial”); (ii) el impacto del otorgamiento de la MIA (“prima del permiso”); y (iii) el valor que los inversionistas asignan al control de la operación de Odyssey (“prima de control”)⁶¹³. El cuarto ajuste consiste en contabilizar el porcentaje de propiedad de Odyssey en el Proyecto y los impuestos sobre los dividendos. Dado que Odyssey era titular del 56,46 % del Proyecto en la Fecha de Valuación, la Demandante afirma que, si se avalara el método de capitalización de mercado, el valor de la participación de Odyssey en el Proyecto debería incrementarse proporcionalmente para llegar al valor del Proyecto. Además, debido a que la participación de Odyssey en el Proyecto resulta de este derecho a los pagos de dividendos que están sujetos a un impuesto del 9,75 %, el valor antes de impuestos del Proyecto debe incrementarse proporcionalmente. Una vez realizados estos ajustes, es decir, calculando el valor del Proyecto que implica el precio de las acciones de Odyssey—y no la participación

⁶¹¹ Réplica, ¶¶ 508-509; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 210, 340; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶¶ 118-119.

⁶¹² Réplica, ¶¶ 508-545; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 340. En síntesis, la Demandante sostiene que (i) la capitalización de mercado debería calcularse al 7 de abril de 2016 (la Fecha de Valuación) y no al 29 de febrero de 2016; (ii) el precio de las acciones de Odyssey subió en marzo de 2016 porque los inversionistas anticiparon que una decisión favorable sobre la MIA era inminente y que dicho precio cayó el 11 de abril de 2016 porque se negó la MIA; y (iii) el cálculo de la Demandante de las primas de adquisición y del permiso son apropiados.

⁶¹³ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶¶ 118, 121-122; Réplica, ¶ 510; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 341, 348.

real que Odyssey tiene en ExO—, la Demandante estima el valor del Proyecto en la suma de [REDACTED]¹⁴.

f) Enfoque de Costos: Costos Hundidos

489. Por último, la Demandante rechaza un enfoque de valuación de costos principalmente por cuatro motivos⁶¹⁵.
490. En primer lugar, tanto el Demandado en su Memorial de Contestación como Quadrant Economics en su informe han admitido que los costos hundidos no son un indicador del VJM del Proyecto, y tal afirmación representa un rechazo explícito de un enfoque de costos. Puesto que el estándar de VJM es el estándar legal de compensación aplicable, debe rechazarse un enfoque de costos⁶¹⁶.
491. En segundo lugar, el Demandado ha renunciado a su derecho a presentar al Tribunal un enfoque de costos para el cálculo de los daños, ya que no lo incluyó en su Memorial de Contestación. La primera vez que el Demandado sugirió los costos hundidos de Odyssey como método para el cálculo de los daños fue en su Dúplica⁶¹⁷, y, en consecuencia, la Demandante no tuvo la oportunidad de presentar un escrito de respuesta y pruebas.
492. En tercer lugar, del principio de certeza razonable invocado por el Demandado no se desprende que el Tribunal deba utilizar un enfoque de costos o descartar un enfoque de ingresos. La Demandante señala que el Tribunal puede tomar nota de la jurisprudencia internacional en materia de inversiones, pero *“debe ser críticamente consciente de las diferencias en el contexto fáctico en tales casos (como la industria involucrada y el período de tiempo en relación con la creciente aceptación por parte de los participantes del mercado de abordar la incertidumbre de la valuación utilizando el enfoque de los ingresos)”*⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 347-349; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 85.

⁶¹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 207-208, 355-360.

⁶¹⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 356.

⁶¹⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, nota al pie 793, donde se cita Dúplica, ¶ 457.

⁶¹⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 207.

493. En cuarto lugar, si el Tribunal utilizara un enfoque de costos, crearía un incentivo para que los Estados receptores adopten medidas o acciones ilícitas “*tan pronto como quede claro que el valor prospectivo de un proyecto excede significativamente sus costos de inversión históricos*”⁶¹⁹.

(3) Intereses

494. La Demandante afirma que la reparación plena conforme al derecho internacional consuetudinario requiere que se otorguen intereses⁶²⁰. La Demandante invoca el Artículo 1135 del TLCAN y el Artículo 38(1) de los ARSIWA como disposiciones pertinentes en esta materia. La Demandante aduce que, con el fin de compensar plenamente al inversionista, el Tribunal debe “*emitir un laudo con intereses previos a la adjudicación a una tasa equivalente al [costo promedio ponderado de capital (“WACC”)] de un inversionista típico en un proyecto minero preoperativo en México*”⁶²¹. Tal como concluyó Compass Lexecon, el WACC pertinente es del 13,95 %, lo que equivale al WACC de un inversionista típico en un proyecto minero preoperativo en México⁶²². Además, según la Demandante, la reparación plena exige que el Tribunal emita un laudo con intereses compuestos (intereses previos al laudo e intereses posteriores al laudo)⁶²³. Asimismo, los intereses previos al laudo deberían computarse de manera compuesta anualmente. Esto se sustenta en “*una forma de ‘jurisprudence constante’*”⁶²⁴.

495. La Demandante afirma que la argumentación del Demandado en materia de intereses debe ser rechazada por los siguientes motivos: (i) el propósito de los intereses previos al laudo es compensatorio, dado que involucra un tipo de perjuicio que se manifiesta en el costo de capital, y el WACC es el rendimiento esperado para los inversionistas que invirtieron dinero en el Proyecto; y (ii) la utilización de una tasa libre de riesgo no compensaría adecuadamente a la Demandante y violaría el principio de reparación completa⁶²⁵.

⁶¹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 208.

⁶²⁰ Memorial, ¶ 423.

⁶²¹ Memorial, ¶¶ 425-426.

⁶²² Réplica, ¶¶ 570, 573; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 367.

⁶²³ Memorial, ¶¶ 427, 431.

⁶²⁴ Memorial, ¶¶ 428-430, donde se cita **CL-0054**, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XVI, ¶ 16-26.

⁶²⁵ Réplica, ¶¶ 573-579; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 369-371.

(4) Impuestos

496. La Demandante observa que la valuación de Compass Lexecon es neta de impuestos mexicanos y, en consecuencia, cualquier tributación de México sobre un eventual laudo en este procedimiento daría lugar a que la Demandante fuera gravada efectivamente dos veces por los mismos ingresos, lo que afecta la posibilidad de poner a la Demandante en la posición financiera en la que habría estado si México no hubiera incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado⁶²⁶. Tal resultado es inadmisibles a la luz de la *jurisprudence constante* internacional⁶²⁷. Por lo tanto, la Demandante solicita que el Tribunal (i) declare que cualquier laudo es neto de todos los impuestos mexicanos aplicables y que México no puede gravar ni intentar gravar el Laudo; y (ii) ordene a México indemnizar a la Demandante con respecto a cualquier impuesto mexicano que grave el Laudo⁶²⁸.
497. Por último, la Demandante subraya que corresponde la compensación por impuestos porque (i) el método DCF es aplicable a la presente controversia; (ii) las pérdidas operativas de ExO han sido debidamente consideradas en el modelo de Compass Lexecon; y (iii) la participación obligatoria del 10 % en las ganancias de los trabajadores (“PTU”) no resulta aplicable a la Demandante⁶²⁹.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

(1) Estándar Legal

498. El Demandado impugna la existencia misma de daños y perjuicios. No obstante, el Demandado presenta escritos sobre daños y perjuicios y señala que su análisis no debe interpretarse como una admisión de responsabilidad en representación de México ni como una renuncia a cualquiera de las defensas sobre el fondo⁶³⁰.

⁶²⁶ Memorial, ¶ 432; Réplica, ¶ 580; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 372.

⁶²⁷ **CL-0099**, *Rusoro Mining Limited c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, ¶¶ 852-855; **CL-0088**, *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited y ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petróleos de Venezuela, S.A.*, Caso CCI No. 16848/JRF/CA, Laudo Final, 17 de septiembre de 2012, ¶¶ 313, 333(1)(vii); entre otros.

⁶²⁸ Memorial, ¶ 432; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 373.

⁶²⁹ Réplica, ¶¶ 581-584.

⁶³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 614.

499. Antes de que el Demandado examine los principios jurídicos aplicables a los daños y perjuicios, advierte que (i) la Demandante no especificó si los daños y perjuicios que reclama se derivan de los Artículos 1116 o 1117 del TLCAN; y que (ii) la Demandante no identificó la inversión subyacente a su reclamación de daños.
500. En primer lugar, el Demandado alega que cualquier daño potencial sufrido por Odyssey como accionista indirecto de ExO no sería equivalente a los daños sufridos por ExO misma⁶³¹. Los daños y perjuicios en virtud del Artículo 1116 del TLCAN se pagan directamente al inversionista, mientras que en virtud del Artículo 1117 del TLCAN se pagan a la empresa. El Demandado observa que una reclamación con arreglo al Artículo 1116 no puede coexistir con una reclamación con arreglo al Artículo 1117, ya que se traslaparían, lo que podría llevar a una doble recuperación. Por lo tanto, la Demandante debe aclarar en función de qué fundamento jurídico presenta sus reclamaciones⁶³².
501. En segundo lugar, el Demandado arguye que la Demandante no identificó la inversión subyacente a su reclamación de daños. Si bien la Demandante identificó que está en juego la totalidad de las concesiones de ExO y las inversiones de la Demandante en México, argumentó que (i) la compensación debe reflejar el VJM de la totalidad de la inversión de la Demandante en México, lo cual se ve “*reflejado en el valor contemporáneo de ExO*”; y, más adelante, que (ii) está en juego el VJM del Proyecto Don Diego⁶³³. No obstante, el Demandado considera que el valor de las concesiones de ExO, el valor de ExO y el valor del Proyecto no son el mismo. El no haber llevado a cabo tal identificación equivale a incumplir la carga de demostrar los daños y perjuicios e impide que el Demandado defienda de manera adecuada su caso. Finalmente, el Demandado agrega que el Proyecto *per se* no es una inversión protegida por el Artículo 1139 del TLCAN y, por ende, este procede sobre la base de que la inversión en cuestión es ExO⁶³⁴.

⁶³¹ Dúplica, ¶¶ 454, 458-461.

⁶³² Memorial de Contestación, ¶¶ 619-622; Dúplica, ¶¶ 458-461; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 147-149.

⁶³³ Memorial de Contestación, ¶¶ 623-624, donde se cita Memorial, ¶¶ 373, 376.

⁶³⁴ Memorial de Contestación, ¶ 625; Dúplica, ¶ 459.

a) Principio de Reparación Plena y VJM

502. El Demandado afirma que el Artículo 1110(2) del TLCAN define la medida de compensación aplicable en casos de expropiación que, en las circunstancias de la presente controversia, es congruente con el estándar de reparación plena⁶³⁵.
503. El Demandado concuerda con la Demandante en que el estándar de compensación aplicable a la controversia es el VJM de la inversión determinado inmediatamente antes de la expropiación. Sin embargo, el Demandado acepta la pertinencia del análisis del VJM solo si el Tribunal determina que la inversión implicaba derechos susceptibles de ser expropiados, y el Demandado efectivamente expropió la inversión o, en su defecto, que “*la Demandada violó los Artículos 1102 y/o 1105 y dichas violaciones tuvieron un efecto equivalente a una expropiación*”⁶³⁶.

b) Fecha de Valuación

504. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1110(2) del TLCAN, el Demandado argumenta que la fecha inmediatamente anterior a la denegación de la aprobación de la MIA es el 6 de abril de 2016. El 6 de abril de 2016, tal y como señala el Demandado, aún no se había emitido ninguna decisión sobre la MIA. La aprobación de la MIA era solo una posibilidad el 6 de abril de 2016 (o el 7 de abril de 2016, pero antes de la decisión sobre la MIA), y este hecho debe reflejarse en el valor de ExO. El Demandado expresa que la determinación del VJM de una inversión es un análisis *ex ante*, lo cual implica que no se puede utilizar información que no estuviera disponible a la Fecha de Valuación. De lo contrario, la aplicación del análisis del VJM de una ExO plenamente operativa y rentable, es decir, suponiendo que se aprueba la MIA y valuando los daños en dicho escenario, pondría a la Demandante en una posición mucho más favorable que la que disfrutaba al 7 de abril de 2016. El Demandado añade que un comprador hipotético razonablemente informado habría tenido en cuenta los riesgos existentes en ese momento, lo que incluye el riesgo de que se denegara la MIA⁶³⁷.

⁶³⁵ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 150-152.

⁶³⁶ Memorial de Contestación, ¶ 632; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 150.

⁶³⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 635-636; Dúplica, ¶¶ 454, 497-506; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 141-142, 157, 160; Declaración Testimonial de Alfonso Flores Ramírez, ¶ 19; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 8(a).

c) Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar de Prueba

505. El Demandado señala que los Estados solo son responsables de los daños causados por actos ilegales. Por consiguiente, (i) debe demostrarse la supuesta pérdida; (ii) se requiere un vínculo causal suficiente entre la supuesta violación y los daños; y (iii) la carga de la prueba de ambas cuestiones recae sobre la Demandante. Además, el Demandado manifiesta que el concepto de causalidad es parte integrante del concepto de reparación plena, tal y como ha quedado implícito en el caso *Fábrica de Chorzów* y en el Artículo 31 de los ARSIWA. Por lo tanto, el Demandado está obligado a reparar únicamente el daño causado por los actos que el Tribunal considere violatorios del TLCAN⁶³⁸.
506. Otro aspecto del cálculo de la pérdida legalmente relevante reside en el *principio de certeza razonable*, que se aplica tanto al hecho del daño como al monto de la pérdida⁶³⁹. Aunque no se requiere absoluta certeza, señala el Demandado, los tribunales internacionales han sostenido de manera reiterada que las reclamaciones demasiado inciertas, especulativas o no probadas deben ser rechazadas⁶⁴⁰.
507. Contrariamente a lo que sugiere la Demandante y sobre la base del informe que preparó su perito Quadrant Economics (“**Informe de Quadrant Economics**”), el Demandado propone que un comprador hipotético razonablemente informado no habría evaluado el valor del Proyecto empleando el método DCF ni ninguna otra metodología del enfoque de ingresos. En primer lugar, porque ello habría ignorado que el Proyecto se encontraba en una fase temprana de desarrollo y, en consecuencia, tendrían que cumplirse muchas otras condiciones para asegurar la rentabilidad futura del Proyecto. En segundo lugar, porque para cumplir con el principio de certeza razonable se debe demostrar evidencia contemporánea de la rentabilidad futura de la inversión, cosa que no se ha demostrado en el presente caso ya que faltaban al menos dos años para que el Proyecto iniciara

⁶³⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 639-642.

⁶³⁹ Dúplica, ¶ 467.

⁶⁴⁰ Memorial de Contestación, ¶ 644, donde se citan **RL-0067**, *Amoco International Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company y Kharg Chemical Company Limited*, Caso IUSCT No. 56, Laudo Parcial, 14 de julio de 1987, ¶ 238; **CL-0054**, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XII, ¶ 12-56; **RL-0068**, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, ¶ 428; entre otros.

operaciones y demostrara operaciones rentables. En este sentido, el uso de un enfoque de ingresos sería contrario al principio de certeza razonable y a la práctica de los tribunales internacionales en casos similares⁶⁴¹.

508. En relación con la carga de la prueba, el Demandado hace hincapié en el principio bien establecido de que la parte que alega los hechos tiene la carga de probarlos. En la etapa de daños y perjuicios, la carga de la prueba recae sobre la Demandante, que alega haber sufrido pérdidas. Asimismo, en su Dúplica, el Demandado afirma que no se puede exigir a México que refute hechos que la Demandante tiene la carga de probar y no lo ha hecho⁶⁴².
509. Por último, en cuanto al estándar de prueba, el Demandado arguye en su Dúplica que la Demandante no especifica si el balance de probabilidades se aplica (i) al hecho de la pérdida o daño; (ii) a la existencia del vínculo causal necesario entre la violación y el daño; (iii) al monto de los daños; o (iv) a los tres elementos⁶⁴³. A juicio del Demandado, el balance de probabilidades es un estándar que puede ser apropiado en el contexto del hecho de la pérdida, pero que no es factible en el contexto del *quantum*. Esta afirmación procede de múltiples fuentes, incluida la jurisprudencia internacional⁶⁴⁴, los Comentarios a los ARSIWA, y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Al momento de abordar la prueba de las pérdidas futuras, todas estas fuentes omiten mencionar el balance de probabilidades como estándar aplicable, pero afirman que las pérdidas deben demostrarse con “suficiente certeza”, “suficiente grado de probabilidad”, “cierto nivel de certeza”, “probabilidad comparativa”, “grado razonable de certeza”, o que los daños deben ser “probables y no meramente posibles”⁶⁴⁵ [Traducción del Tribunal]. Así pues, el Demandado asevera que el estándar de prueba aplicable en materia de *quantum* no es el balance de probabilidades, y que, en cambio, la Demandante no

⁶⁴¹ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 139-140, 167.

⁶⁴² Memorial de Contestación, ¶ 627; Dúplica, ¶ 465.

⁶⁴³ Dúplica, ¶ 466.

⁶⁴⁴ Dúplica, ¶¶ 472-474, donde se citan **CL-0169**, *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, Caso CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010, ¶ 229; **CL-0167**, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, ¶ 371; **CL-0189**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (II)*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶ 30.

⁶⁴⁵ Dúplica, ¶¶ 475-476, donde se cita **RL-0065**, Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (2008), pág. 164.

demonstró que los flujos futuros en los que basa su reclamación de daños tengan un grado de certeza suficiente⁶⁴⁶.

(2) Cálculo de Daños y Perjuicios

510. Tal como se indicó *supra*, el Demandado alega que la Demandante no cumplió con su carga de la prueba con respecto al hecho mismo de la pérdida o daño y, en consecuencia, el Tribunal no debe otorgar indemnización alguna por dicho concepto. El Demandado argumenta que “ningún comprador dispuesto razonablemente informado tomaría un ‘estudio técnico y económico de bajo nivel’ (‘low-level technical and economic assessment’) tal cual ni estaría dispuesto a utilizarlo como base para determinar el precio que estaría dispuesto a pagar por el Proyecto”⁶⁴⁷. Es por dicho motivo que el Tribunal debe desestimar la reclamación de daños en su totalidad.
511. En caso de que el Tribunal determinare que la Demandante sufrió daños, el Demandado alega que la Demandante no logró establecer el vínculo causal entre la supuesta violación y la pérdida, tanto en relación con sus argumentos jurídicos como con el *quantum* de los daños y perjuicios. Entonces, si a pesar de ello el Tribunal determinara que los daños son causalmente atribuibles a México, el Demandado asegura que el enfoque de la Demandante para el cálculo de los daños es defectuoso y debe rechazarse.
512. En lo tocante a la aplicación del enfoque de ingresos que propone la Demandante, esto es, el uso del método DCF para la Fase I y el ROV para la Fase II del Proyecto, el Demandado expresa que la valuación de daños por parte de la Demandante es totalmente especulativa⁶⁴⁸. El VJM del Proyecto, según el Demandado, no puede calcularse empleando un enfoque de ingresos. En lo concerniente al valor estratégico de ExO y el valor de oportunidad perdida del Proyecto, el Demandado argumenta que, en caso de existir alguna de estas primas, no existe justificación para no incluirlas en el VJM de la inversión. En lo que respecta al método de transacciones comparables, el Demandado aduce que Agrifos realizó una serie de ajustes e introdujo supuestos que, de forma similar al enfoque de ingresos, hacen que la valuación sea altamente especulativa⁶⁴⁹. Finalmente, el

⁶⁴⁶ Dúplica, ¶¶ 466, 470-477.

⁶⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶ 661.

⁶⁴⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 665-666; Dúplica, ¶ 634.

⁶⁴⁹ Dúplica, ¶¶ 698-700.

Demandado alega que la aplicación del método de capitalización de mercado o la utilización de un enfoque de costos son ambos apropiados para valuar los daños. Por un lado, el Demandado mantiene que debería utilizarse el método de capitalización de mercado teniendo en cuenta que Odyssey es una empresa que cotiza en bolsa; por otro lado, el enfoque de costos resulta adecuado de conformidad con el principio de reparación plena y la jurisprudencia internacional en materia de inversiones⁶⁵⁰.

513. En síntesis, el Demandado sostiene que el Tribunal (i) no debería valuar el Proyecto utilizando un enfoque de ingresos; (ii) tampoco debería considerar el valor estratégico de ExO; (iii) ni el valor de la oportunidad perdida del Proyecto como parte del valor de la inversión; (iv) no debería valuar el Proyecto utilizando el método de transacciones comparables; sino que, en cambio, (v) debería utilizar el método de capitalización de mercado; o bien, (vi) como alternativa, debería utilizar un enfoque de costos para calcular los daños.

a) Enfoque de Ingresos: DCF (Fase I) y ROV (Fase II)

514. El Demandado plantea que la Demandante no ha cumplido con su carga de la prueba en relación con el vínculo causal entre las posibles violaciones del derecho internacional y los daños reclamados. Añade que, incluso si se hubiera aprobado la MIA, no hay certeza razonable de que el Proyecto habría sido rentable. En otras palabras, “[I]a aprobación de la MIA era una condición necesaria más no suficiente para que el Proyecto se convirtiera en un negocio rentable”⁶⁵¹. El otorgamiento de la MIA no constituye una base fáctica suficiente para garantizar la transición del Proyecto de una etapa de preproducción a una operación minera altamente rentable. El Demandado afirma que la denegación de la MIA, a lo sumo, privó a la Demandante de una oportunidad comercial⁶⁵².
515. El Demandado aboga por la aplicación del principio de certeza razonable al *quantum*, dado que varios tribunales internacionales han rechazado el uso del método DCF por considerar que su uso sería demasiado especulativo en ausencia de un historial suficiente de

⁶⁵⁰ Dúplica, ¶ 676.

⁶⁵¹ Dúplica, ¶ 454.

⁶⁵² Memorial de Contestación, ¶ 664; Dúplica, ¶ 481.

operaciones rentables del Proyecto⁶⁵³. El Demandado argumenta además que la jurisprudencia disponible no apoya el uso del método DCF en proyectos en el estado de desarrollo del Proyecto Don Diego. Asimismo, el Demandado observa que, tras haber investigado todos los laudos conocidos públicamente en casos inversionista-Estado relativos a controversias en el sector minero, ha llegado a la conclusión de que no existe ningún precedente en el que un tribunal internacional haya otorgado una indemnización por daños y perjuicios adoptando un enfoque de ingresos cuando el proyecto no contaba con un FS, o reservas minerales probables o probadas. El Demandado identifica 12 casos en los que el tribunal otorgó daños a la parte demandante en casos inversionista-Estado relativos al sector minero⁶⁵⁴. Aparte de *Quiborax c. Bolivia*, una propiedad minera que estaba en etapa de producción, todos los casos se refieren a proyectos de preproducción. Entre estas 11 minas en etapa de preproducción, el análisis DCF para determinar daños solo se utilizó en dos casos (*Gold Reserve c. Venezuela* y *Tethyan c. Pakistán*). Además, en estos dos casos, la parte demandante había completado un FS y demostrado la existencia de reservas minerales probables o probadas⁶⁵⁵. Por último, siguiendo la misma línea, el Demandado aduce que la jurisprudencia que cita la Demandante no respalda su postura, puesto que cada caso en el que se utilizó el método DCF es fáctica y jurídicamente diferente del Proyecto Don Diego⁶⁵⁶.

-
- ⁶⁵³ Memorial de Contestación, ¶ 645, donde se citan **CL-0071**, *Metalclad c. México*, Laudo, ¶¶ 120-121; **CL-0054**, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XIII, ¶ 13-72; **RL-0070**, *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. Estado de Libia*, Caso CCI No. 21537/ZF/AYZ, Laudo, 7 de noviembre de 2018, ¶¶ 602-603, 616; entre otros.
- ⁶⁵⁴ Dúplica, ¶¶ 514-519, donde se citan **RL-0141**, *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015; **CL-0123**, *Clayton/Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Daños; **CL-0056**, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo; **CL-0042**, *Crystallex c. Venezuela*, Laudo; **CL-0099**, *Rusoro c. Venezuela*, Laudo; **RL-0140**, *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC*, Caso CPA No. 2011-09, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015; **CL-0116**, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Laudo, 12 de julio de 2019; **CL-0108**, *South American Silver Limited (Bermudas) c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Laudo, 22 de noviembre de 2018; **CL-0016**, *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017; entre otros.
- ⁶⁵⁵ Dúplica, ¶¶ 515-516, donde se citan **RL-0141**, *Quiborax c. Bolivia*, Laudo; **CL-0056**, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo; **CL-0116**, *Tethyan c. Pakistán*, Laudo.
- ⁶⁵⁶ Dúplica, ¶¶ 507-552; Memorial de Contestación, ¶¶ 690-695, donde se cita Réplica, Sección V.C.1; **CL-0056**, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo; **CL-0042**, *Crystallex c. Venezuela*, Laudo; **CL-0177**, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Arbitraje CCE No. V (064/2008), Laudo Final, 8 de junio de 2010; **CL-0099**, *Rusoro c. Venezuela*, Laudo; **CL-0116**, *Tethyan c. Pakistán*, Laudo.

516. De este modo, el uso de la metodología DCF resulta inadecuado, ya que no existe una certeza razonable de la rentabilidad futura del Proyecto. El Demandado señala diferentes consideraciones de hecho y factores a efectos de demostrar que el método DCF no es adecuado para calcular los daños: (i) el Proyecto se encontraba en una fase inicial de preproducción y, por ende, carece de estudios que establezcan la viabilidad económica del Proyecto; (ii) la mera existencia de depósitos de fosfato no basta para demostrar su capacidad de ser explotados y comercializados con ánimo de lucro; (iii) la Demandante no tiene experiencia en la exploración, el desarrollo ni en la explotación comercial de depósitos de fosfato en alta mar, ni en general en el sector minero; (iv) la Demandante pretendía realizar una operación minera particularmente novedosa por su naturaleza; (v) el mercado de productos de fosfato está plenamente abastecido y su naturaleza implica dificultades para desarrollar una base de clientes, entre otras cuestiones⁶⁵⁷. Estas consideraciones se tratarán en el mismo orden *infra*.
517. En primer lugar, el Demandado arguye que la Demandante intenta justificar la reclasificación del Proyecto como uno en etapa de desarrollo para, a su vez, justificar el uso de un enfoque de ingresos. Esta reclasificación llevaría a medir “*los daños causados por la denegación de un permiso ambiental para un proyecto en exploración submarino como si dicho proyecto estuviera ya en plena producción comercial y los beneficios futuros fueran una realidad*”⁶⁵⁸. Sin embargo, el Demandado indica que el Proyecto se encuentra en una fase inicial de exploración, con varias etapas cruciales por delante. Dado que el Proyecto se encuentra en una fase inicial de exploración, la Demandante no demostró su viabilidad económica y, por dicho motivo, no debe utilizarse un enfoque de ingresos para valuar los daños⁶⁵⁹.
518. La Demandante caracteriza de forma errónea el Proyecto, asegura el Demandado, ya que (i) la Demandante aceptó expresamente que no contaba con un PFS ni con un FS a la Fecha de Valuación; (ii) afirmar que el Proyecto se encuentra en etapa de desarrollo es contradictorio con los estándares, lineamientos y definiciones de la industria minera (CIMVAL y VALMIN).

⁶⁵⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 663, 667.

⁶⁵⁸ Memorial de Contestación, ¶ 663 (énfasis omitido).

⁶⁵⁹ Memorial de Contestación, ¶ 663; Informe Pericial de WGM, 23 de febrero de 2021, ¶ 40, tercera viñeta.

519. Al momento de la Fecha de Valuación, la Demandante no contaba con un FS, ni siquiera con un PFS. El Demandado aduce que la Demandante se basa esencialmente en tres elementos de prueba que busca reinterpretar y reformular como evidencia de la prefactibilidad del Proyecto: (i) la Propuesta de Minería de Fosfatos de Boskalis (“**Propuesta de Boskalis**”), publicada el 28 de mayo de 2013⁶⁶⁰; (ii) el Informe Técnico NI 43-101, publicado el 30 de junio de 2014⁶⁶¹; [REDACTED]
[REDACTED]⁶⁶². Estos tres documentos se prepararon con anterioridad a la Fecha de Valuación. Sin embargo, la evidencia contemporánea es insuficiente para demostrar que el Proyecto estaba suficientemente avanzado como para aplicar el método DCF. El Demandado considera que, para superar este obstáculo, la Demandante también pretende basarse en informes periciales *post hoc*, dado que la mayoría de las pruebas para demostrar la viabilidad económica y técnica del Proyecto no se habían practicado antes de la Fecha de Valuación⁶⁶³.
520. A la Fecha de Valuación, el [REDACTED] era el único documento que reflejaba una estimación de los objetivos de producción del Proyecto. A juicio del Demandado, el [REDACTED] puede considerarse, en el mejor de los casos, un estudio de alcance interno, ya que dicho documento no cumple con los requisitos reglamentarios de divulgación y, por lo tanto, no se puede utilizar como base para un análisis financiero. Fue la propia Demandante quien elaboró el [REDACTED], y dicho plan no contó con la verificación de un perito independiente. Además, el BRBP no puede considerarse una Evaluación Económica Preliminar (“**PEA**”, por sus siglas en inglés) ni un estudio de alcance, puesto que este tipo de análisis se cumple [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁶⁶⁴. Los estudios de alcance se utilizan para demostrar el potencial del Proyecto y avanzar hacia un PFS, y el [REDACTED] fue diseñado para

⁶⁶⁰ Dúplica, ¶¶ 588, 592-612; C-0059, Boskalis Offshore, *Don Diego Phosphate Mining Proposal*, 28 de mayo de 2013.

⁶⁶¹ Dúplica, ¶¶ 588, 613-617; C-0084, Henry Lamb, Informe Técnico NI 43-101, 30 de junio de 2014.

⁶⁶² Dúplica, ¶¶ 588, 618-626; C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015.

⁶⁶³ Dúplica, ¶¶ 585, 589.

⁶⁶⁴ Memorial de Contestación, ¶ 658 (énfasis omitido).

finés de “selección de conceptos” y no puede utilizarse para respaldar análisis económicos⁶⁶⁵. Así pues, conforme a lo alegado por Quadrant Economics, la Demandante declaró en el [REDACTED] que estimaba que el valor actual neto del Proyecto era de [REDACTED] [REDACTED] porque, de este modo, animaría a los inversionistas a invertir rápidamente. De esta manera, el [REDACTED] contiene “*material de marketing elaborado por la Demandante para recaudar capital para el Proyecto en 2015*”⁶⁶⁶. No obstante lo anterior, el [REDACTED] no era, como pretende describirlo la Demandante, un instrumento preparado para fines valuatorios. Más bien contiene una sobreestimación de los ingresos que podría obtener la empresa⁶⁶⁷.

521. El Demandado también argumenta que la Propuesta de Boskalis es la base utilizada para preparar el [REDACTED]. Según el Demandado, dicha propuesta es “*una descripción conceptual de los trabajos de minería y procesamiento*”⁶⁶⁸[Traducción del Tribunal] repleta de notas de advertencia y exenciones de responsabilidad. Por ende, solo debe considerarse un trabajo preliminar que demuestra la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales de planificación, análisis, desarrollo y pruebas. Por consiguiente, ni el BRBO ni la Propuesta de Boskalis proporcionan una base sólida para un análisis DCF⁶⁶⁹.
522. A mayor abundamiento, el Demandado arguye que utilizar un enfoque de ingresos en la presente controversia contravendría las directrices de la industria minera. El Demandado sostiene que las CIMVAL y VALMIN reconocen tres enfoques principales de valuación, a saber, el enfoque de costos, el de mercado y el de ingresos, y ofrecen recomendaciones y orientaciones sobre el enfoque aplicable en función de la etapa en que se encuentre el proyecto. El Demandado destaca que una lectura simple de la definición de “*propiedad de desarrollo*” lleva a la conclusión de que el Proyecto no se encontraba en etapa de desarrollo⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 79, 657-662; Dúplica, ¶¶ 619-622; C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015.

⁶⁶⁶ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, 19 de octubre de 2021, ¶ 192.

⁶⁶⁷ Dúplica, ¶¶ 624-626. Según el BRBP, el Dr. Spiller valoró la Fase I en [REDACTED] y la Fase II en [REDACTED]. C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015, pág. 9; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 217-218.

⁶⁶⁸ C-0059, Propuesta de Boskalis, pág. 12.

⁶⁶⁹ Dúplica, ¶¶ 594, 620-621.

⁶⁷⁰ Dúplica, ¶ 570.

523. Incluso si el Tribunal caracterizara el Proyecto como una propiedad de recursos minerales o considerare que el Proyecto se encuentra en una etapa de predesarrollo, como sugiere la Demandante como argumento subsidiario, el Demandado argumenta que no es posible calcular el VJM de la inversión utilizando un enfoque de ingresos, dado que las condiciones que requieren las mejores prácticas de la industria minera para aplicar un análisis DCF en relación con los *Recursos Minerales* no se cumplen en el caso del Proyecto. En otras palabras, el Demandado considera que el Proyecto no se encuentra comprendido dentro de la cláusula “*en algunos casos*” que figura en las recomendaciones de valuación de las CIMVAL y VALMIN⁶⁷¹. El Demandado hace referencia a las Directrices G4.4 y G4.5 para argumentar que no se cumplieron las condiciones de las CIMVAL. La Directriz G4.4 reza lo siguiente:

*G4.4. Por lo general, resulta aceptable utilizar los Recursos Minerales en el Enfoque de Ingresos si las Reservas Minerales también están presentes y si, en general, se extraen antes que los Recursos Minerales en el mismo modelo de Enfoque de Ingresos, siempre que, a juicio de una Persona Calificada, sea probable que los Recursos Minerales representados en el modelo de Enfoque de Ingresos sean económicamente viables*⁶⁷². [Traducción del Tribunal]

524. De acuerdo con lo previsto en la Directriz G4.4, el Demandado subraya que la Demandante no demostró que tuviera reservas minerales (cosa que solo puede demostrarse mediante un PFS o un FS) ni contaba con la opinión de una “*Persona Calificada*” [Traducción del Tribunal] que indicara que los recursos minerales identificados en el BRBP o en el Informe Técnico NI 43-101 probablemente sean económicamente viables. Por ello, el enfoque de ingresos no puede utilizarse con independencia de si el Proyecto se considera en etapa de desarrollo o de predesarrollo (es decir, propiedad de recursos minerales)⁶⁷³.

525. Asimismo, México advierte que el cronograma de Compass Lexecon no es realista, ya que es excesivamente corto. Supone que se alcanzarán otros hitos necesarios en un plazo de siete meses. Estos requisitos incluyen obtener otros permisos, celebrar contratos de extracción (“**OTA**”, por sus siglas en inglés), obtener el financiamiento necesario para el

⁶⁷¹ Dúplica, ¶ 571; **C-0196**, Normas y Directrices CIMVAL 2003, pág. 22; **C-0195**, Código VALMIN 2015, pág. 29.

⁶⁷² **C-0196**, Normas y Directrices CIMVAL 2003, pág. 24 (énfasis agregado por el Demandado).

⁶⁷³ Dúplica, ¶ 572.

Proyecto y finalizar acuerdos de adquisición y construcción. El Demandado afirma que esto es especulativo y poco realista, ya que cada uno de estos hitos solo puede lograrse de forma secuencial a la finalización del diseño del Proyecto, y no de forma contemporánea a su finalización. Además, es probable que el financiamiento solo se otorgue con un contrato de construcción y OTA suscritos ⁶⁷⁴. Independientemente del calendario propuesto, el Demandado aduce que la Demandante no demostró (i) haber terminado de definir la ingeniería del Proyecto; (ii) haber obtenido el financiamiento necesario para el Proyecto; ni tampoco (iii) haber logrado obtener permisos adicionales que se requerían para poner el Proyecto en operación⁶⁷⁵.

526. En consecuencia, puesto que el Proyecto no se encuentra en etapa de desarrollo, y mucho menos en etapa de producción, el Demandado argumenta que la ausencia de un historial hace que la aplicación del método DCF devenga abstracta⁶⁷⁶.
527. En segundo lugar, no se ha demostrado que los depósitos de fosfato que la Demandante pretendía extraer sean comercialmente explotables. El Demandado formula comentarios sobre el tamaño del yacimiento Don Diego y la clasificación de los recursos minerales, y alega que el Informe Técnico NI 43-101 hace suposiciones acerca de (i) la distribución y el grosor estimados del yacimiento de minerales; y (ii) la industria del fosfato en el ámbito de los proyectos en fase inicial realizados a efectos de las estimaciones de costos operativos y de capital y del análisis económico⁶⁷⁷. El Demandado asevera que estas suposiciones carecen de fundamento y son erróneas.
528. El Demandado también alega que la clasificación de los recursos minerales que figura en el Informe Técnico NI 43-101 no cumple con los lineamientos de la industria. Por ejemplo, y en particular teniendo en cuenta las directrices y definiciones del CIM, (i) los recursos minerales no están suficientemente definidos para calificar como recursos medidos o indicados; (ii) la clasificación de los recursos como recursos inferidos (el nivel de confianza más bajo) es cuestionable debido a un significativo volumen de datos faltantes

⁶⁷⁴ Memorial de Contestación, ¶ 696, novena viñeta, donde se cita Primer Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 120.

⁶⁷⁵ Dúplica, ¶¶ 485, sexta, séptima y novena viñetas, 574, 660-662.

⁶⁷⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 683-689.

⁶⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶ 663; Dúplica, ¶¶ 635-639; Segundo Informe Pericial de WGM, 19 de octubre de 2021, ¶ 50.

de la muestra (24 %); (iii) la clasificación de los recursos como medidos o indicados no reconoce los requisitos y condiciones asociados a dichas clasificaciones; y (iv) la Demandante no demostró que estos recursos minerales sean reservas minerales, ya que no realizó un PFS ni un FS. En el mejor de los casos, el Demandado argumenta que el depósito del Proyecto puede clasificarse como *Objetivo de Exploración* según lo definido por los estándares CRIRSCO⁶⁷⁸.

529. El Demandado declara que el carácter preliminar de la estimación de los recursos minerales se confirma, además, en la Nota Precautoria a los Inversionistas de EE. UU. del BRBP⁶⁷⁹. Esta demuestra que la Demandante aceptó que los recursos inferidos implican un alto nivel de incertidumbre. En consecuencia, no es posible suponer que los recursos minerales inferidos pasarán necesariamente a una categoría superior⁶⁸⁰.
530. En síntesis, el Demandado alega que las pruebas contemporáneas a la Fecha de Valuación indican que el potencial económico y comercializable de los recursos minerales del Proyecto no puede evaluarse con suficiente certeza.
531. En tercer lugar, el Demandado argumenta que la Demandante no cuenta con la experiencia pertinente para desarrollar un emprendimiento con las características del Proyecto. Aunque existen depósitos de fosfato submarinos en varias partes del mundo, el Demandado menciona que solo las empresas mineras experimentadas han podido explotar tales recursos y que la Demandante no demostró que sería capaz de desarrollar e implementar las nuevas técnicas de extracción y producción que pretendía utilizar⁶⁸¹.
532. En cuarto lugar, en relación con la complejidad del Proyecto, el Demandado reclama que el Proyecto Don Diego implica conceptos de producción novedosos y tecnología no probada en comparación con la minería de fosfato convencional, lo que hace imposible establecer una operación minera en alta mar, como la que prevé el Proyecto. Como manifiesta el Demandado, la falta de pruebas e ingeniería básica significativa en el diseño del Proyecto y los planes operativos ha dejado al Proyecto con una exposición importante

⁶⁷⁸ Memorial de Contestación, ¶ 696, segunda viñeta; Dúplica, ¶ 639, donde se cita Segundo Informe Pericial de WGM, ¶ 63.

⁶⁷⁹ Dúplica, ¶¶ 621-622, donde se cita C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015, pág. 29.

⁶⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 680.

⁶⁸¹ Memorial de Contestación, ¶ 667; Dúplica, ¶¶ 479-481.

a problemas técnicos que podrían afectar a los costos de capital y operativos asumidos y la factibilidad potencial del proyecto. Además, el plazo previsto para el desarrollo del proyecto hasta la producción, tal como se expone en el BRPS, no refleja el nivel de conocimiento geológico, el estado del trabajo de prueba metalúrgica o la ingeniería básica del diseño del proceso ni los requisitos de puesta en marcha a la Fecha de Valuación⁶⁸². A mayor abundamiento, el Demandado destaca que el yacimiento Don Diego se conoce desde hace más de 50 años y, a la fecha, ha habido múltiples intentos de explotar los recursos minerales por medio de concesiones similares en alta mar y cerca de la costa otorgadas por México. Todas estas concesiones nunca se materializaron en una operación comercial y, en cambio, se abandonaron por razones económicas y técnicas⁶⁸³.

533. En quinto lugar, en cuanto a la demanda estimada y otras consideraciones de mercado, el Demandado señala que la Demandante no aportó prueba alguna en sustento de su suposición de que ExO rápidamente capturaría una cuota de mercado muy significativa [REDACTED]. El Demandado arguye también que (i) el perito CRU de la Demandante declara erróneamente que el mercado total de roca fosfórica en el año 2015 fue de [REDACTED] y, como resultado, exagera el tamaño del mercado de importación disponible para el *producto medido* que el Proyecto pretendía producir; y (ii) la participación de mercado que la Demandante tendría que asegurar para alcanzar los volúmenes de mercado sobreestimados que proyectó no es realista [REDACTED] especialmente teniendo en cuenta que varios proyectos a gran escala, orientados a la exportación y mucho más avanzados se estaban desarrollando al mismo tiempo⁶⁸⁴.
534. El Demandado también afirma que las declaraciones de la Demandante de que el Proyecto podría asegurar mercados y vender los volúmenes de producto utilizados en el análisis DCF de la Demandante carecen de respaldo y se basan en especulaciones. No es posible afirmar que el Proyecto habría sido competitivo con productos de alto nivel de otras fuentes, porque se basa exclusivamente en un diferencial de precios supuesto e impreciso. Ni Odyssey ni

⁶⁸² Memorial de Contestación, ¶ 696, séptima y octava viñetas; Dúplica, ¶¶ 663-669; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 184-194.

⁶⁸³ Dúplica, ¶¶ 577, 671-674; Segundo Informe Pericial de WGM, ¶ 39.

⁶⁸⁴ El Demandado cita como ejemplos el proyecto Hinda y el proyecto Baobab. Memorial de Contestación, ¶ 696, tercera viñeta; Dúplica, ¶¶ 640-643.

ExO han demostrado la existencia de un mercado para sus productos ni el interés de las principales empresas mineras⁶⁸⁵.

535. En lo que atañe a los precios, Quadrant Economics declara que a la Fecha de Valuación “no se habían encontrado compradores potenciales para los productos Don Diego, y las opiniones de CRU sobre quiénes podrían ser esos compradores son completamente especulativas”⁶⁸⁶. Además, WGM consideró que la base de comparación adecuada para efectos de la evaluación de precios era el precio FOB de la roca fosfórica egipcia, debido a su mayor similitud con las características del producto previsto del Proyecto, y no el precio K10 marroquí, que es más caro⁶⁸⁷.
536. A modo de síntesis, el Demandado arguye que la Demandante no demostró que establecería una base de clientes adecuada, no definió completamente su producto, así como tampoco demostró que obtendría una participación de mercado significativa como suponen sus peritos⁶⁸⁸.
537. Por último, el Demandado objeta la idoneidad del método ROV para calcular los daños. Basándose en el Informe de Quadrant Economics, sostiene que (i) la aplicación de modelos de valuación diseñados para opciones financieras a opciones reales conlleva varias dificultades técnicas; (ii) la utilización del método ROV siempre da como resultado un valor mayor o igual a cero, porque una opción no puede valer menos que cero; y que (iii) el parámetro de volatilidad se hace muy difícil de estimar para las opciones reales con un grado razonable de precisión⁶⁸⁹.

b) Valor Estratégico del Proyecto

538. El Demandado no niega que el Proyecto pueda tener un valor estratégico, pero aduce que dicha prima ya estaría incluida en la capitalización de mercado de Odyssey⁶⁹⁰. No obstante, el Demandado se muestra en desacuerdo con el cálculo que efectuó la Demandante del

⁶⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶ 696, tercera y cuarta viñetas; Dúplica, ¶¶ 644-646, 656-658; Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 36.

⁶⁸⁶ Memorial de Contestación, ¶ 696, sexta viñeta, donde se cita Primer Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 135.

⁶⁸⁷ Dúplica, ¶¶ 652-653.

⁶⁸⁸ Dúplica, ¶ 454.

⁶⁸⁹ Primer Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 167.

⁶⁹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 707; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 145.

valor estratégico del Proyecto. El Demandado observa que la única prueba que presentó la Demandante en sustento de un incremento del 15 % de la valuación de la inversión por parte de Compass Lexecon es la declaración testimonial del Sr. Longley. El Sr. Longley no es un perito de daños ni tiene las credenciales necesarias para ofrecer una valuación de daños y, como empleado de la Demandante, no es un perito independiente. El Demandado expone que “[l]as opiniones del Sr. Longley sobre el valor estratégico del Proyecto no son evidencia suficiente para apoyar un incremento de [REDACTED] (más intereses [...] e impuestos) en la valuación de la propia Demandante”⁶⁹¹. El Demandado añade que la especulación de la Demandante de que Agrium u otros posibles compradores habrían estado dispuestos a pagar la prima del 15 % es justamente una especulación, e iría en contra del principio de certeza razonable⁶⁹².

c) Pérdida de Oportunidad de ExO

539. De igual modo, el Demandado no niega que la Demandante pueda haber perdido una oportunidad de negocio, pero sostiene que el valor de la oportunidad perdida por ExO se incluiría igualmente en el enfoque de mercado de la capitalización de mercado de Odyssey⁶⁹³. El Demandado hace notar que, si efectivamente hubiese existido algún valor por esta presunta oportunidad perdida, no habría habido razón alguna para no reflejarla en el VJM de la inversión inmediatamente antes de la negativa de la MIA⁶⁹⁴. No obstante, el Demandado vuelve a estar en desacuerdo con el cálculo de la Demandante y opina que la Demandante ha especulado sobre la rentabilidad, las características, los costos, la viabilidad técnica y económica de la operación junto con la existencia, el volumen y el valor de recursos adicionales comprendidos en sus concesiones. En el mismo sentido, la Demandante presenta como prueba en sustento de la prima por la oportunidad perdida únicamente la declaración testimonial del Sr. Longley, que no es un perito independiente y cuyo cálculo se basa en simples conjeturas y pruebas no concluyentes. El Demandado también subraya que Compass Lexecon no consideró la oportunidad perdida de ExO como

⁶⁹¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 705-706; Dúplica, ¶¶ 708-709.

⁶⁹² Dúplica, ¶¶ 710-714.

⁶⁹³ Memorial de Contestación, ¶ 707; Dúplica, ¶¶ 717-721; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 145.

⁶⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶ 709.

una fuente de valor adicional. Como última consideración, el Demandado advierte que la jurisprudencia que cita la Demandante no ofrece ningún sustento para compensar la oportunidad perdida de ExO, ya que en todos estos casos los tribunales de arbitraje otorgaron dicha compensación en el contexto del rechazo del método DCF⁶⁹⁵.

d) Enfoque de Mercado: Transacciones Comparables al Proyecto Don Diego

540. El Demandado objeta la sugerencia de la Demandante de que, como alternativa al enfoque de ingresos, el Tribunal valúe el Proyecto utilizando el método de transacciones comparables. El Demandado asegura que esta argumentación debió haberse presentado con el Memorial, pero, no obstante ello, solicitó a su perito de daños que analizara el fondo de la nueva valuación presentada por Agrifos⁶⁹⁶.
541. El Demandado caracteriza la valuación realizada por Agrifos afirmando que *“primero deriva un precio implícito por tonelada que obtiene a partir de dos transacciones ‘comparables’, y luego deriva el valor del Proyecto multiplicando el precio obtenido por el volumen de Recursos Medidos, Indicados e Inferidos identificados en el [REDACTED]”*⁶⁹⁷. Asimismo, identifica cuatro problemas principales del método propuesto: (i) se basa en el supuesto de que la MIA se habría aprobado y, como tal, la valuación de Agrifos es incompatible con el estándar legal de compensación que propone la Demandante; (ii) la Demandante no cumplió con la carga de demostrar la valuación siguiendo el método de transacciones comparables, dado que Agrifos no presentó documentación de respaldo para su análisis y, por lo tanto, no pueden invocarse datos incompletos y no corroborados de transacciones privadas, ya que obstaculizan la posibilidad del Demandado de impugnar el Informe de Agrifos; (iii) Agrifos no consideró nueve transacciones diferentes para determinar el VJM de la inversión, sino que solo seleccionó dos transacciones (las transacciones Baobab e Hinda) que, en cualquier caso, no son comparables con el Proyecto Don Diego; y (iv) Agrifos aplicó varias primas subjetivas, injustificadas y no respaldadas

⁶⁹⁵ Dúplica, ¶¶ 718-721.

⁶⁹⁶ Dúplica, ¶ 696.

⁶⁹⁷ Dúplica, ¶ 697.

a sus resultados⁶⁹⁸. Según el Demandado, estos problemas demuestran la improcedencia del método de transacciones comparables a los efectos de valorar el VJM⁶⁹⁹.

e) Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey

542. En subsidio, el Demandado aboga por la utilización del método de capitalización de mercado para el cálculo de los daños. El Demandado argumenta que este enfoque resulta adecuado teniendo en cuenta que Odyssey es una empresa que cotiza en bolsa y, 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”*⁷⁰⁰. El Demandado también hace mención de que el método de capitalización de mercado cuenta con la aprobación de las normas y directrices CIMVAL aplicables a la valuación de minerales en etapa de exploración⁷⁰¹.
543. El Demandado aduce que la metodología aplicable debe considerar y estar basada en (i) la viabilidad y factibilidad económica y técnica del Proyecto; (ii) la etapa real del Proyecto; (iii) los estándares de la industria; (iv) la opinión técnica de WGM; (v) la evidencia contemporánea de la Demandante; (vi) la ausencia de un historial de operaciones rentables; (vii) la falta de declaración de reservas minerales; (viii) la incapacidad de asegurar un mercado para su producto; (ix) el hecho de que el Proyecto no era una empresa en funcionamiento, entre otras consideraciones. El Demandado afirma que, sobre la base de su informe pericial, *“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*

⁶⁹⁸ Dúplica, ¶¶ 699-707; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 199-216. El Demandado alega que Agrifos realizó los siguientes ajustes y supuestos injustificados: (i) incrementó el volumen de los recursos minerales del Proyecto al incluir el área de expansión del norte que no fue considerada en el Informe Técnico NI 43-101; (ii) incluyó recursos inferidos en el análisis financiero; (iii) asumió una ██████████ para la transacción comparable seleccionada sin respaldo sustantivo para justificar dicho valor; (iv) asumió ██████████ adicionales del ██████████ para arribar, respectivamente, a los valores alto y bajo que delinean el rango de valor del Proyecto Don Diego sin apoyo sustantivo; (v) asumió una vida de la mina significativamente más larga para la Fase I del Proyecto en contraposición al ██████████; y, en general, (vii) incorpora supuestos similares que Compass Lexecon utilizó en su valuación DCF.

⁶⁹⁹ Dúplica, ¶¶ 698-707; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 144, 200-208, 212, 215.

⁷⁰⁰ Dúplica, ¶ 676.

⁷⁰¹ Memorial de Contestación, ¶ 698; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 222.

su rentabilidad futura”. Por el contrario, un enfoque de ingresos sobreestima el valor real de la inversión⁷⁰².

544. El Demandado hace notar que la capitalización de mercado de Odyssey se trata del mismo enfoque utilizado por Compass Lexecon en su *análisis de razonabilidad*. El Demandado argumenta además que Quadrant Economics adopta el análisis que realizó el perito de la Demandante, pero rechazando varios supuestos y ajustes; *inter alia*: (i) la distorsión del precio de las acciones de Odyssey a la Fecha de Valuación; (ii) la prima del 50 % añadida para tener en cuenta la aprobación de la MIA; (iii) la prima del 32,3 % añadida por la adquisición de una participación mayoritaria; (iv) las ventas en corto de las acciones y las restricciones de liquidez que enfrentaba Odyssey; y (v) la inclusión de cualquier valor estratégico percibido u oportunidad perdida en el VJM de la inversión⁷⁰³.
545. Tras nuevos ajustes en su segundo informe, Quadrant Economics concluyó que el VJM de la participación de Odyssey en ExO adoptando el enfoque de capitalización de mercado en la Fecha de Valuación es de USD 43,2 millones⁷⁰⁴. El Demandado manifiesta que dicho valor puede confirmarse a la luz de (i) la disminución de USD 37,1 millones en la capitalización de mercado de Odyssey inmediatamente después de la denegación de la MIA

⁷⁰² Dúplica, ¶¶ 454, 478, 677 (énfasis omitido).

⁷⁰³ Memorial de Contestación, ¶¶ 699-707; Dúplica, ¶¶ 680-684; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 220.

⁷⁰⁴ En su Memorial de Contestación, el Demandado argumenta que Quadrant Economics estimó la capitalización de mercado de Odyssey el 29 de febrero de 2016 en USD 19,1 millones por la participación de 53,89 % de la Demandante y en USD 39,2 millones por la totalidad del Proyecto. En su segundo informe, Quadrant Economics reconoció que los artículos de noticias publicados después de la Fecha de Valuación citados por Compass Lexecon en su segundo informe señalaban que la capitalización de mercado de Odyssey en la Fecha de Valuación incorporaba las expectativas del mercado de una aprobación de la MIA. Por ende, considerando que en la Fecha de Valuación la capitalización de mercado de Odyssey era de USD 60,6 millones, Quadrant Economics ajustó el VJM sugiriendo que dicho valor debía ser la diferencia entre la capitalización de mercado de Odyssey el 29 de febrero de 2016 y el 6 de abril de 2016, es decir, USD 41,5 millones. Asimismo, para tener en cuenta las fluctuaciones a corto plazo, el Demandado propone que el VJM de la participación de Odyssey en ExO sea el promedio de la estimación de USD 41,5 millones y USD 44,8 millones (“*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*”). Memorial de Contestación, ¶ 618; Dúplica, ¶¶ 683-685; Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 122.

el 11 de abril de 2016; y (ii) el aumento de USD 37,7 millones en la capitalización de mercado de Odyssey tras la sentencia del TFJA del 21 de marzo de 2018⁷⁰⁵.

f) Enfoque de Costos: Costos Hundidos

546. Si el Tribunal determinare que el método de valuación apropiado no es la capitalización de mercado de Odyssey, el Demandado propone el cálculo de los daños sobre la base de los costos hundidos de la Demandante siguiendo el principio de reparación plena y de acuerdo con la jurisprudencia internacional en materia de inversiones, puesto que el enfoque de costos es el más utilizado para determinar los daños y perjuicios en los casos analizados por el Demandado⁷⁰⁶.
547. Quadrant Economics incorporó ajustes en la valuación de los costos hundidos que efectuó la Demandante. En su segundo informe, Compass Lexecon afirmó la existencia de [REDACTED] en costos hundidos más [REDACTED] adicionales en costos de financiamiento al 31 de diciembre de 2020. Quadrant Economics señaló que existían varios problemas con la valuación de Compass Lexecon: (i) los estados financieros de la Demandante no están auditados; (ii) el cálculo de los gastos se basa en los estados de resultados, no en los desembolsos de efectivo reales; (iii) el 87 % del gasto total, excluidos los costos de financiamiento, corresponde a comisiones de gestión o pagos de administración intercompañía; (iv) los [REDACTED] en costos de financiamiento carecen de apoyo; (v) se incluyeron los costos posteriores a la emisión de la Segunda Denegatoria de la MIA⁷⁰⁷. Con base en los informes de Quadrant Economics, el Demandado aboga por la exclusión de los pagos intercompañía, los “*incrementos de precios*” entre compañías, los costos de financiamiento y los gastos realizados después de la Fecha de Valuación para calcular el valor final de los costos hundidos de la Demandante⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Dúplica, ¶¶ 685-686; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 222-223; Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶¶ 124-125.

⁷⁰⁶ Dúplica, ¶¶ 457, 496, 514; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 164, 224.

⁷⁰⁷ Dúplica, ¶ 689; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 224, 228; Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 156.

⁷⁰⁸ Dúplica, ¶¶ 690-693; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 229-230.

548. El Demandado concluye que el monto de la compensación con base en los costos hundidos de la Demandante es de USD 13,0 millones al 6 de abril de 2016 o de USD 14,6 millones al 12 de octubre de 2018 conforme al cálculo de Quadrant Economics⁷⁰⁹.

(3) Intereses

549. Con estas exclusiones, el Demandado señala que el cálculo de intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa del 13,95 % carece de todo fundamento y no tiene precedentes en la jurisprudencia internacional en materia de inversiones. El Demandado destaca que aproximadamente el 44 % de los daños que solicita la Demandante son atribuibles a los intereses. Como explicó el perito de daños del Demandado, fijar el WACC como tasa de interés anterior al laudo compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió, es decir, operar el Proyecto. En cambio, el Demandado considera que la tasa apropiada debe ser una tasa libre de riesgo de corto plazo como, por ejemplo, el rendimiento a un año de los Bonos del Tesoro de EE. UU. El Demandado también plantea que, de conformidad con el Artículo 1110(4) del TLCAN, el WACC del Proyecto no es “*ni una tasa ‘comercial’ ni una tasa ‘razonable’ para montos denominados en dólares americanos*”⁷¹⁰.

(4) Impuestos

550. El Demandado objeta la compensación por impuestos que solicita la Demandante por considerar que (i) la compensación por impuestos se calcularía sobre la base del método DCF; (ii) la Demandante no habría contabilizado de forma adecuada las pérdidas de explotación de ExO que podría utilizar para compensar los impuestos pagaderos por un potencial laudo; y (iii) Compass Lexecon incrementó artificialmente su cálculo de daños al no considerar la PTU en su análisis de flujos de caja⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Dúplica, ¶¶ 457, 694; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 224, 227, 231. El Demandado estima los costos hundidos de la Demandante en USD 14,6 millones a la fecha de la Segunda Denegatoria de la MIA.

⁷¹⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 714-716; Dúplica, ¶¶ 722-725; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 146.

⁷¹¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 712-713.

C. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

(1) Estándar Legal

a) Principio de Reparación Plena y Valor Justo de Mercado

551. La Mayoría ha determinado que el Demandado violó el estándar de TJE consagrado en el Artículo 1105(1) del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal debe decidir la cuestión de la indemnización, considerando tanto los argumentos de Odyssey como los de México.
552. Antes de analizar el carácter, tipo y alcance de los daños y perjuicios reclamados y de la indemnización pretendida por la Demandante, cuestiones que se abordarán en apartados posteriores, el Tribunal debe pronunciarse sobre los principios jurídicos a seguir a la hora de resolver sobre los daños solicitados por la Demandante.
553. El Artículo 1135 del TLCAN establece los criterios generales que debe observar el Tribunal al dictar un laudo desfavorable a una Parte. Sobre este particular, dispone, *inter alia*, lo siguiente:

Artículo 1135 del TLCAN: Laudo definitivo

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:

- (a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o*
- (b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.*

554. A su vez, si bien el TLCAN establece pautas de indemnización para las expropiaciones lícitas, no prevé un estándar específico de indemnización para las violaciones de otras disposiciones contempladas en el Capítulo 11, Parte A, como la violación del estándar de TJE en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal debe aplicar las normas del derecho internacional consuetudinario para llenar este vacío.
555. En este contexto, ambas partes afirman⁷¹², y el Tribunal coincide, que el estándar de reparación plena establecido en el caso *Fábrica de Chorzów*⁷¹³ es el estándar apropiado que debe observarse en materia de compensación en la presente controversia. El mismo

⁷¹² Memorial, ¶ 363; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 150-152.

⁷¹³ CL-0029, *Fábrica de Chorzów*.

estándar se contempla en el Artículo 31 de la ARSIWA, que establece que el Demandado está obligado “a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”⁷¹⁴.

556. En cuanto al alcance de los daños y perjuicios que se han de indemnizar, es indiscutible que la función de los daños y perjuicios es corregir y reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de un hecho ilícito. Para alcanzar tal objetivo, tal como declaró el tribunal en *Fábrica de Chorzów*, la compensación debe “en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”⁷¹⁵. [Traducción del Tribunal]
557. Ambas partes están de acuerdo en que para hacer efectivo el principio de reparación plena, los daños y perjuicios otorgados en este caso deben reflejar el VJM de la inversión de la Demandante⁷¹⁶.
558. El Tribunal observa que el estándar de VJM ha sido utilizado por los tribunales de inversión a la hora de calcular los daños, tanto en el contexto de expropiaciones como por otros incumplimientos de obligaciones internacionales, ya sea en el contexto de controversias al amparo del TLCAN o de controversias fuera del ámbito del TLCAN.
559. Por lo tanto, la Mayoría respalda la posición de las partes de que la evaluación de los daños devengados de la violación por parte del Demandado del estándar de TJE establecido en el Artículo 1105(1) del TLCAN debe basarse en el VJM de la inversión, en la medida en que dicho valor sea determinable.
560. A este respecto, tratando de dar un contenido preciso al concepto de VJM, la Mayoría se adhiere a la formulación realizada por el tribunal en *Starrett Housing c. Irán*, que definió al VJM como “el precio que un comprador dispuesto pagaría a un vendedor dispuesto en circunstancias en las que cada uno dispusiera de información fidedigna, cuando cada uno deseara maximizar su ganancia financiera, y ninguno estuviera bajo coacción o amenaza”⁷¹⁷. [Traducción del Tribunal]

⁷¹⁴ CL-0059, Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, con Comentarios (2001).

⁷¹⁵ CL-0029, *Fábrica de Chorzów*, pág. 47.

⁷¹⁶ Memorial, ¶¶ 373-374; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 150-152.

⁷¹⁷ CL-0109, *Starrett Housing c. Irán*, Laudo Final, ¶ 277.

561. La Mayoría señala que el estándar de VJM no impone el uso de un método de valuación específico. Dicho de otro modo, no existe un método de valuación generalmente preferible para calcular el VJM de una inversión, ya que la elección de un método sobre otro por parte del Tribunal dependerá de las circunstancias del caso concreto y de la capacidad de persuasión de las pruebas presentadas.

b) Fecha de Valuación

562. Aunque ambas partes están de acuerdo en la utilización del VJM de la inversión, discrepan respecto de la fecha en la que debe realizarse la valuación. Mientras que la Demandante alega que la Fecha de Valuación debería ser el 7 de abril de 2016, es decir, el día en que la SEMARNAT denegó el permiso ambiental por primera vez, el Demandado arguye que la Fecha de Valuación debería ser el 6 de abril de 2016, ya que es el día inmediatamente anterior a la denegación, cuando aún no se había emitido ninguna decisión sobre la MIA.

563. La verdadera diferencia que subyace a este desacuerdo no radica en las fechas promovidas por las partes, ya que ambas coinciden en que la evaluación debe realizarse en un momento anterior a la Primera Denegatoria de la MIA por parte de la SEMARNAT, independientemente de que la fecha elegida sea el 6 de abril o el 7 de abril de 2016. La discrepancia radica en que mientras la Demandante argumenta que la valuación debe asumir que la MIA se concedería en el escenario “hipotético”⁷¹⁸, el Demandado considera que esto es inapropiado porque, en valuaciones de este tipo, es incorrecto considerar los efectos de las acciones por las que el Estado incumplió sus obligaciones.

564. La Mayoría, a la luz de los argumentos planteados por el Demandado, entiende que su alegación de que la valuación del VJM de ExO debe realizarse en un contexto de incertidumbre respecto de si la MIA habría sido aprobada o no, se basa en el siguiente silogismo.

565. En primer lugar, el Demandado afirma que cuando la Demandante sostiene que debe utilizarse el VJM para valuar los daños en el presente caso, está proponiendo, para todo efecto práctico, la medida de compensación establecida en el Artículo 1110(2) del TLCAN para las expropiaciones lícitas⁷¹⁹. Esta disposición establece que “[1]a indemnización será

⁷¹⁸ Réplica, ¶ 341.

⁷¹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 631.

equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ('fecha de expropiación'), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación”⁷²⁰.

566. En segundo lugar, el Demandado concluye que, dado que el Artículo 1110(2) del TLCAN establece expresamente que el acto del Estado (la expropiación) no puede ser considerado al determinar el VJM de la inversión, no es apropiado que la Demandante argumente que el acto del Estado (cualquier decisión sobre la MIA) deba ser considerado en este caso. Tal resultado implicaría ignorar la norma objeto de análisis que excluye tener en cuenta los actos del Estado y sus efectos imponiendo utilizar “[e]l *valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo*”.
567. En opinión de la Mayoría, el enfoque del Demandado es incorrecto. En el caso de una expropiación, procede desestimar las consecuencias de la expropiación a la hora de determinar el VJM de la inversión, ya que es ese acto el que le causa perjuicio. Si el VJM se determinara incorporando el efecto de la expropiación, el valor resultante sería inferior en detrimento del inversionista y el Estado se beneficiaría de su propio acto violatorio.
568. En el caso de una violación del estándar de TJE derivado de la conducta ilícita del Estado, también procede desestimar el Acto del Estado contrario al Tratado (en este caso, la decisión de negar la MIA). En cambio, el VJM debe calcularse sobre la base de la conducta del Estado que no sería ilícita, en este caso, la decisión acertada del Estado, es decir, la aprobación de la MIA. Si no lo hiciera, el Estado se beneficiaría de su acto ilícito (no haber aprobado la MIA) y el inversionista vería reducido el VJM de su inversión como consecuencia de la conculcación del Tratado por parte del Estado. En otras palabras, la violación subyacente que la Mayoría determinó en este caso es que México denegó la MIA de ExO en lugar de aprobarla. Las consecuencias de esta violación deben ser “*eliminadas*” suponiendo que México habría aprobado la MIA a efectos de calcular el VJM.

⁷²⁰ CL-0081, TLCAN, Art. 1110(2) (énfasis agregado).

569. Evaluar el VJM de ExO en un escenario de incertidumbre, sin suponer que la MIA fuera otorgada, que es lo que postula el Demandado, significa eliminar solo una parte de la conducta lesiva de México (su decisión denegatoria) pero no implica el abordaje o la eliminación—en perjuicio del inversionista—del resto de su conducta ilícita (su falta de aprobación de la MIA). Por lo tanto, la Mayoría está de acuerdo con la Demandante en que debe suponer que la MIA se hubiera otorgado a efectos de la valuación.
570. En cuanto a la Fecha de Valuación a considerar para determinar el VJM de la inversión, la Mayoría elegirá el 7 de abril de 2016, en el momento inmediatamente anterior a que ExO recibiera la Primera Denegatoria de la MIA, para garantizar que el valor de la inversión no se vea reducido por dicho acto.
571. Por último, la Mayoría debe observar dos circunstancias: (i) la suposición de que la MIA se habría otorgado y la Fecha de Valuación son factores fundamentales a la hora de analizar el VJM de la inversión según cualquiera de los enfoques propuestos por las partes (enfoque de ingresos y enfoque de mercado). Sin embargo, estos factores pierden su pertinencia si el criterio elegido por la Mayoría para evaluar los daños es el de los costos hundidos. En tal caso, suponer que se hubiera otorgado la MIA no afecta al cálculo de los costos hundidos asociados a la inversión, ya que no se ven alterados por la suposición de que el Proyecto habría sido aprobado; (ii) del mismo modo, la Fecha de Valuación no se aplica si el método elegido para calcular los daños y perjuicios es el de costos hundidos. En tal hipótesis, más que buscar la fecha adecuada para valorar la inversión (es decir, la fecha o el momento inmediatamente anterior a la violación por parte del Demandado), lo que importa es el período durante el cual el inversionista destinó recursos al desarrollo de la inversión.

c) Daños Jurídicamente Relevantes, Carga de la Prueba y Estándar Probatorio

572. La Mayoría traza una distinción entre determinar el nexo causal entre el acto violatorio y el daño alegado, por un lado, y decidir sobre la existencia y el *quantum* de los daños, por otro.
573. Con respecto al nexo causal, el Tribunal coincide con México en que debe existir una relación directa entre la violación y el daño alegado.

574. A este respecto, la Mayoría ha decidido previamente que el Demandado violó el estándar de TJE consagrado en el Artículo 1105(1) del TLCAN y que, en ausencia de dicha violación, se habría otorgado la MIA. Procede ahora añadir que, en opinión de la Mayoría, existe una alta probabilidad de que, una vez otorgada dicha aprobación, ExO habría obtenido las pocas autorizaciones que le faltaban y habría podido iniciar sus operaciones algún tiempo después.
575. Por lo tanto, lo que sí obstaculizó la explotación del Proyecto Don Diego de ExO fue la decisión de la SEMARNAT de denegar su MIA. En consecuencia, existe un nexo causal suficiente entre los beneficios o ganancias que ExO habría obtenido si hubiera podido seguir adelante con el Proyecto (lo cual configura el daño reclamado) y la denegación de la MIA en la medida en que obstaculizó que ExO obtuviera esos supuestos beneficios.
576. Al referirse a la causalidad, México cuestiona que ExO habría completado las diversas etapas de desarrollo que tenía por delante, obtenido los permisos restantes, obtenido el financiamiento necesario para poner en operación el Proyecto, implementado nuevas técnicas de extracción de manera rentable, establecido una base confiable de clientes para sus productos y ganado la significativa participación de mercado que proyectó en su valuación de ingresos.
577. Las objeciones de México pueden dividirse en dos cuestiones diferentes: la primera se refiere a si ExO habría estado en condiciones de iniciar sus operaciones después de obtener la MIA; y la segunda (que abarca la mayoría de las cuestiones planteadas por México) se refiere a si las operaciones de ExO habrían sido rentables y, por lo tanto, si los daños alegados tienen bases reales.
578. Sobre la primera cuestión, la Mayoría reitera que, si bien una vez obtenida la MIA, quedarían pendientes algunos permisos y tareas, no hay razones para suponer que ExO no habría podido obtenerlos y así estar en una posición legal de comenzar a operar. Los demás permisos pendientes, aparte de algunos de la Secretaría de Marina, estaban todos relacionados con dependencias gubernamentales que formaban parte de la SEMARNAT y con asuntos ambientales considerados en la MIA de ExO. En este sentido, la MIA era el

último obstáculo importante o la “*puerta de entrada*”⁷²¹. Tal como afirma la Demandante, la *ratio juris* de todos los demás permisos posteriores a la MIA es la misma que anima la autorización de la MIA: la protección del medio ambiente⁷²². Así pues, suponiendo la existencia de una MIA aprobada, parece sumamente improbable que ExO no habría obtenido los demás permisos.

579. Tal como se indicó *supra*, el Tribunal considera que la violación del Demandado causó los supuestos daños a la inversión de la Demandante. Por lo tanto, independientemente del carácter, tipo y alcance de esos daños, la Mayoría determina que cualquier daño en que pudiera incurrirse sería consecuencia directa de la violación por parte de México del estándar de TJE incluido en el Artículo 1105(1) del TLCAN.
580. En consecuencia, la Mayoría rechaza las objeciones del Demandado relativas a la causalidad.
581. En cuanto a si las operaciones habrían sido rentables, ello es una cuestión distinta, que no está relacionada con la causalidad que se analiza, sino con la existencia del daño alegado y su cuantía. A la hora de considerar la existencia y el *quantum* de los daños pasibles de indemnización, es necesario definir los criterios que el Tribunal observará a la hora de decidir al respecto, lo que requiere analizar, en primer lugar, la carga de la prueba y el estándar de prueba aplicables.
582. En cuanto a la carga de la prueba, el Tribunal señala que ambas partes están de acuerdo en que “[l]a norma general es que incumbe a la parte que alega un hecho la carga de probarlo”⁷²³. En este contexto, considerando que la Demandante alega la existencia de daños y perjuicios, la carga de la prueba recae sobre ella. Ello sin perjuicio de la carga del Demandado de probar los hechos en que se basan sus defensas frente a la reclamación de indemnización de Odyssey.
583. En cuanto al estándar de prueba, ambas partes están de acuerdo, y también lo está el Tribunal, en que la existencia y el alcance del daño deben establecerse con un grado de

⁷²¹ Réplica, ¶ 336(c).

⁷²² Réplica, ¶ 336(c).

⁷²³ Réplica, ¶ 334; Memorial de Contestación, ¶ 627, donde se cita **CL-0101/RL-0065**, Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (2008), pág. 161.

certeza “suficiente” o “razonable”⁷²⁴. Este estándar, tal como sostiene la Demandante, no significa una certeza del 100 %, pero sin duda excluye los daños que son especulativos o meramente posibles, tal como afirma el Demandado.

584. La Demandante también afirma que el balance de probabilidades debería ser el estándar probatorio aplicable. La Demandante no indica si este estándar debe aplicarse al nexo causal entre la violación y los daños alegados, a la existencia del daño o al *quantum* de los daños. Mientras que dicho criterio podría ser aplicable a las dos primeras cuestiones, el Tribunal no visualiza cómo podría determinar el *quantum* de los daños recurriendo al estándar del balance de probabilidades.
585. Por lo tanto, la Mayoría reconocerá como daños legalmente indemnizables solo aquellos cuya existencia y *quantum* estén establecidos con certeza suficiente o razonable, un estándar que es consistente con la jurisprudencia invocada por ambas partes⁷²⁵.

**d) Reclamaciones en virtud de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN y
Riesgo de Doble Recuperación**

586. Antes de analizar los daños específicos reclamados en el caso que nos ocupa, el Tribunal debe abordar la cuestión de si la Demandante está solicitando daños en virtud de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN y el riesgo potencial de doble recuperación.
587. A este respecto, el Demandado sostiene que la Demandante no especificó si los daños que reclama se encuentran comprendidos en los Artículos 1116 o 1117 del TLCAN y afirma que no se debe otorgar a la Demandante una doble recuperación⁷²⁶.
588. Aunque el Tribunal haya decidido que tiene jurisdicción sobre la reclamación de Odyssey, tanto al amparo de los Artículos 1116 como 1117 del TLCAN⁷²⁷, esta determinación no

⁷²⁴ Réplica, ¶ 337; Memorial de Contestación, ¶ 644.

⁷²⁵ Véanse **RL-0067**, *Amoco c. Irán*, Laudo Parcial, ¶ 238; **CL-0054**, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XII, ¶ 12-56; **RL-0068**, *BG Group c. Argentina*, Laudo Final, ¶ 428; **CL-0011**, *Asian Agricultural Products LTD. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Final, 27 de junio de 1990, ¶ 104; **RL-0069**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, ¶ 173; **CL-0071**, *Metalclad c. México*, Laudo, ¶ 121.

⁷²⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 619-622; Dúplica, ¶¶ 458-462.

⁷²⁷ Véanse ¶¶ 175-187 *supra*.

significa que la Demandante no necesite especificar en nombre de quién solicita los daños y perjuicios que reclama o que tenga derecho a una recuperación superpuesta.

589. Por tanto, dado que la Demandante no aportó las clarificaciones solicitadas, y en aras de evitar el riesgo de una doble recuperación, el Tribunal supondrá, al igual que el Demandado⁷²⁸, que los daños solicitados en este caso se corresponden con los sufridos por ExO y que el eventual laudo a favor de esta empresa logra el propósito de resarcir al mismo tiempo los daños que la propia Odyssey haya podido sufrir en su calidad de propietaria y entidad controlante de ExO. En cualquier caso, el Tribunal volverá sobre este punto cuando decida quién tiene derecho a los daños y perjuicios otorgados en el presente procedimiento.
590. En la misma línea, existe otro riesgo hipotético de doble recuperación que es necesario abordar. Dado que la decisión del TFJA sobre la Segunda Denegatoria de la MIA de ExO está pendiente y que esto podría eventualmente resultar en que ExO pueda operar el Proyecto Don Diego en algún momento en el futuro, el Tribunal toma nota de las declaraciones de la Demandante sobre el particular.
591. Así, el Tribunal coincide con el criterio invocado por la Demandante, donde se hace referencia a la decisión del tribunal en *Chevron c. Ecuador* que, ante una cuestión similar, señaló que: “*la recuperación de los Demandantes por la posibilidad incierta de un resultado favorable en los procesos legales del Tribunal nacional*”, añadiendo que “*las leyes y decisiones internacionales al igual que los procesos de las cortes nacionales ofrecen algunos mecanismos para impedir la posibilidad de una recuperación duplicada*”⁷²⁹.
592. Más importante aún, Odyssey ha comunicado a este Tribunal que se compromete a prevenir la doble recuperación en este caso⁷³⁰. Esta declaración tiene consecuencias jurídicas y el Tribunal considera, en línea con las decisiones de otros tribunales⁷³¹, que ofrece garantías

⁷²⁸ Memorial de Contestación, ¶ 622.

⁷²⁹ **CL-0259**, *Chevron Corporation (EE. UU.) y Texaco Petroleum Company (EE. UU.) c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877, Laudo Parcial sobre el Fondo, 30 de marzo de 2010, ¶ 557.

⁷³⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 184.

⁷³¹ Véanse **CL-0259**, *Chevron c. Ecuador*, Laudo Parcial sobre el Fondo, ¶¶ 517, 557; **CL-0261**, *Venezuela Holdings, B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, ¶ 380; **CL-0262**, *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 14 de marzo de 2003, ¶ 185; **CL-0263**, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*,

suficientes al Demandado si en el futuro se produjera el riesgo de doble recuperación antemencionado.

e) La Inversión

593. El Demandado observa que la Demandante menciona diferentes inversiones en sus presentaciones, creando así dudas con respecto al valor de la inversión que pretende determinar. Así, por ejemplo, en ocasiones, la Demandante afirma que la inversión en cuestión es la “*la totalidad de la inversión de la Demandante en México*”; mientras que, en otras ocasiones, afirma que “*la medida apropiada de daños, ... es el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego*” u otras formulaciones diferentes que generan dudas sobre cuál es la inversión que debe valorarse⁷³².
594. El Demandado afirma que “*el Proyecto*” no es *per se* una inversión cubierta por el TLCAN, ya que no entra dentro de ninguna de las categorías de inversión enumeradas en el Artículo 1139 del TLCAN. Añade que una concesión no puede recibir un trato incompatible con el nivel mínimo de trato y/o las obligaciones de trato nacional establecidas en los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. Concluye que, por esta razón, el Demandado procederá sobre la base de que la inversión objeto de la controversia consiste en ExO⁷³³.
595. Coincidiendo con el Demandado en que, efectivamente, la Demandante ha descrito la inversión utilizando términos diferentes, el Tribunal no tiene duda alguna de que la inversión en cuestión en el presente caso es ExO, tal como asume el Demandado. De hecho, la Demandante también lo ha aclarado, afirmando que “[p]ara dar efecto al principio de reparación plena, la compensación en este caso debe reflejar el valor justo de mercado de la totalidad de la inversión de la Demandante en México, lo cual se ve reflejado en el valor contemporáneo de ExO, cuyo negocio se limitaba exclusivamente al desarrollo del Proyecto”⁷³⁴. Por lo tanto, no existe desacuerdo entre las partes sobre este punto y el Tribunal está de acuerdo con su postura.

Caso CIADI No. ARB/08/5 (anteriormente *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017, ¶¶ 1084-1085.

⁷³² Memorial, ¶¶ 373, 376.

⁷³³ Memorial de Contestación, ¶ 625.

⁷³⁴ Memorial, ¶ 373 (énfasis agregado).

596. Por lo tanto, aunque las partes o el Tribunal pueden utilizar los términos “*Proyecto*”, “*Concesión*” o “*ExO*” como expresiones intercambiables en este procedimiento, la inversión en cuestión, y cuya valuación debe determinarse, es ExO.
597. El Tribunal observa que la participación del 53,89 % de Odyssey en ExO también podría considerarse una inversión objeto de este procedimiento. Tal como se observó *supra*, Odyssey ha incoado una reclamación no solo en nombre de ExO en virtud del Artículo 1117 del TLCAN, sino también en nombre propio en virtud del Artículo 1116 del TLCAN. Sin embargo, como ya se ha determinado, esta inversión de Odyssey en ExO no se calculará puesto que el Tribunal ha asumido previamente que los daños solicitados en este caso corresponden a los sufridos por ExO.

(2) Cálculo de los Daños y Perjuicios

598. El Tribunal ha determinado que el Demandado violó el estándar de TJE consagrado en el Artículo 1105(1) del TLCAN. Si la MIA no hubiera sido denegada erróneamente, la Demandante habría continuado el curso normal del Proyecto, obtenido el resto de los permisos de las autoridades pertinentes y estado en condiciones de explotar los yacimientos de fosfato comprendidos en el Proyecto Don Diego. No obstante ello, de esta premisa no se deduce que la explotación del Proyecto habría sido comercialmente posible o rentable, cuestión que debe analizarse por sí misma. Por lo tanto, la cuestión que corresponde abordar es si dicha explotación habría sido comercialmente viable y, por lo tanto, la existencia real y el alcance de los daños y perjuicios reclamados por la Demandante. El Tribunal analizará *infra* los diferentes enfoques y métodos propugnados por las partes para evaluar los daños y perjuicios. Cabe señalar de entrada que las posiciones de las partes, tanto desde el punto de vista conceptual como de los importes en juego, conducen a conclusiones sustancialmente diferentes.

a) Valuación de la Indemnización por Daños y Perjuicios de la Demandante en virtud del Enfoque de Ingresos

599. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante solicita una indemnización por daños y perjuicios por un monto de (i) USD 1.355 millones (bruto de impuestos), con más intereses compuestos del 13,95 % hasta el 12 de septiembre de 2022, lo que asciende a un total de USD 3.137,6 millones, más intereses compuestos del 13,95 % hasta la fecha en

que el Tribunal emita su Laudo definitivo, más intereses posteriores al Laudo hasta la fecha de pago efectivo; o, en subsidio, (ii) USD 1.065,4 millones (neto de impuestos) con más intereses compuestos del 13,95 % hasta el 12 de septiembre de 2022, por un total de USD 2.467,06 millones, más intereses compuestos del 13,95 % hasta la fecha en que el Tribunal emita su Laudo definitivo, más intereses posteriores al Laudo hasta la fecha de pago efectivo, declarando que el laudo en este caso es neto de los impuestos mexicanos aplicables⁷³⁵.

600. La Demandante explica los montos base solicitados de [REDACTED] (bruto de impuestos) o [REDACTED] (neto de impuestos) afirmando que los daños y perjuicios causados por la violación del Artículo 1105(1) del TLCAN por parte del Demandado consisten en (i) el VJM del Proyecto Don Diego calculado en los informes de Compass Lexecon que asciende a [REDACTED] (bruto de impuestos) o [REDACTED] (neto de impuestos); (ii) el valor estratégico del Proyecto Don Diego en [REDACTED]; y (iii) el valor del potencial de exploración del Proyecto Don Diego en [REDACTED].
601. Por lo tanto, más allá de los intereses solicitados y su efecto sobre los montos totales reclamados, para determinar el fondo de los daños y perjuicios reclamados por la Demandante, es apropiado revisar en primer lugar el VJM del Proyecto Don Diego.
602. Tal como se explicó *supra*, con el fin de sustanciar las reclamaciones del Proyecto Don Diego, Odyssey presentó los informes de Compass Lexecon elaborados por los profesores Pablo Spiller y Pablo López Zadicoff⁷³⁶. Dado que el alcance de estos informes ha sido descrito al exponer la posición de las partes⁷³⁷, el Tribunal expondrá sucintamente a continuación la esencia del razonamiento aplicado por dichos peritos en la medida en que ello sea pertinente para el análisis del Tribunal.
603. Compass Lexecon afirma que para determinar el VJM del Proyecto Don Diego intentó replicar el mecanismo de descubrimiento de precios que habría ocurrido en un proceso de debida diligencia para el Proyecto Don Diego al 7 de abril de 2016⁷³⁸. En consecuencia, al

⁷³⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 374.

⁷³⁶ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, y Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, 29 de junio de 2021.

⁷³⁷ Véase Sección VI.A(2) *supra*.

⁷³⁸ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 44.

realizar su valuación, Compass Lexecon afirma que simuló “*el enfoque que un comprador dispuesto habría seguido al realizar una debida diligencia para una transacción*”⁷³⁹.

604. La Fecha de Valuación considerada por Compass Lexecon es el 7 de abril de 2016, fecha de la Primera Denegatoria de la MIA por parte de la SEMARNAT, pero suponiendo que la MIA hubiera sido concedida y el Proyecto hubiera seguido su curso. Sobre la validez de este supuesto, el Tribunal se remite a la Sección VI.C(1)b) *supra*.
605. Para determinar el VJM de ExO, Compass Lexecon aplicó el denominado enfoque de ingresos, puesto que se basa en los ingresos que se espera que genere el activo objeto de análisis en particular⁷⁴⁰. En concreto, Compass Lexecon aplicó en este caso dos variantes del enfoque de ingresos, cada una de ellas aplicable a distintas fases del Proyecto. En primer lugar, para valuar [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁷⁴¹.
606. Compass Lexecon explica que la metodología DCF es una de las variantes del enfoque de ingresos que “*mide el valor de un activo calculando los Flujos de Efectivo Libres a la Firma (FCFF) que la compañía puede esperar razonablemente que se genere en el futuro mediante la explotación de dicho activo, descontado a una tasa que refleja el costo de la empresa de aumentar el capital*”⁷⁴².
607. En cuanto a la metodología ROV, Compass Lexecon afirma que se trata de una variación del enfoque de ingresos que considera que a partir de la Fecha de Valuación el propietario del proyecto tiene una opción real, es decir, el derecho, pero no la obligación, de tomar una decisión empresarial⁷⁴³. En este caso, “*la opción real se refiere al derecho económicamente valioso de Odyssey a desarrollar aún más la concesión de Don Diego*

⁷³⁹ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 7.

⁷⁴⁰ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 46.

⁷⁴¹ Memorial, ¶ 378.

⁷⁴² Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 45.

⁷⁴³ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶¶ 11-12; Réplica, ¶¶ 497-507.

durante la Fase II del Proyecto, suponiendo que las condiciones del mercado y los resultados de una mayor exploración habrían sido suficientemente favorables”⁷⁴⁴.

608. Los Informes de Compass Lexecon se basan en (i) el informe pericial del Dr. Ian Selby, quien manifiesta su opinión sobre la evaluación de los recursos del Proyecto Don Diego y el volumen y la caracterización de sus recursos, la viabilidad técnica del concepto de ingeniería de dragado para extraer esos recursos, y la razonabilidad de las estimaciones de costos y producción asociadas; (ii) el informe pericial del Dr. Colm Sheehan, socio de Anthony D. Bates Partnership LLP, que valida la razonabilidad de las estimaciones relativas a los índices de producción, así como el OPEX y el CAPEX del componente de dragado del Proyecto; (iii) el informe pericial del Sr. Glenn A. Gruber, de Phosphate Beneficiation LLC, que proporciona una evaluación de la viabilidad técnica del componente de procesamiento del Proyecto Don Diego y de la capacidad del Proyecto para alcanzar los objetivos de producción; (iv) el informe pericial elaborado por el Sr. David Fuller de Lomond & Hill y Consulmet Australia, que versa sobre las estimaciones de gastos de capital y de explotación (CAPEX y OPEX) para las Plataformas Flotantes de Producción y Almacenamiento (FPSP, por sus siglas en inglés) para el proyecto de fosfato Don Diego de Odyssey; (v) el Informe Técnico NI 43-101, elaborado por el Sr. Henry Lamb de Mineral Resource Associates; y (vi) el informe pericial del Dr. Peter Heffernan de CRU Consulting, quien manifiesta su opinión sobre la comerciabilidad de la roca fosfórica con las características y los volúmenes previstos de la producción de Don Diego.
609. El Tribunal considera pertinente enumerar los supuestos o “*impulsores clave del valor*” considerados por Compass Lexecon al evaluar el VJM de cada Fase del Proyecto Don Diego.
610. Con respecto a la Fase I y la metodología DCF, Compass Lexecon considera varios supuestos en relación con (i) permisos; (ii) recursos y producción; (iii) precios del fosfato; (iv) costos de operación; (v) inversiones de capital; (vi) impuesto sobre la renta, cánones e impuesto sobre dividendos; y (vii) tasa de descuento.

⁷⁴⁴ Réplica, ¶ 497.

611. Todos estos supuestos se describen detalladamente en el Primer Informe de Compass Lexecon⁷⁴⁵. A título ilustrativo, el Tribunal se centrará en las estimaciones de recursos y producción calculadas por Compass Lexecon. En relación con la producción total esperada para la Fase I, Compass Lexecon estimó dicha producción en [REDACTED]⁷⁴⁶, sobre la base de las siguientes hipótesis: (i) la existencia de [REDACTED] de recursos totales de fosfatos disponibles en la Concesión⁷⁴⁷; (ii) la existencia de [REDACTED] de mineral con recursos de alta calidad con una probabilidad del [REDACTED] de pasar a reservas probables; (iv) una probabilidad del [REDACTED] de pasar de reservas probables a producción⁷⁴⁸.
612. Sobre la base de esta estimación, incluyendo también los otros supuestos enumerados anteriormente⁷⁴⁹, Compass Lexecon afirmó que el valor para la Fase I del Proyecto es de [REDACTED] al 7 de abril de 2016 “antes de una recaudación de impuestos mexicanos sobre el Premio”⁷⁵⁰.
613. Por lo que respecta a la Fase II y a la metodología ROV utilizada, Compass Lexecon consideró “los mismos fundamentos” que los considerados para la Fase I, pero con algunas diferencias relativas a: (i) recursos; (ii) precios del fosfato; (iii) dragado *offshore* y costos de procesamiento; (iv) flotación en tierra; (v) tasa de descuento; (vi) vencimiento de la opción; y (vii) Volatilidad⁷⁵¹.
614. Compass Lexecon abordó la producción total esperada de la Fase II, estimándola en [REDACTED]⁷⁵². Para esta estimación, Compass Lexecon introdujo varios supuestos, tales como: (i) la extracción de [REDACTED]
[REDACTED]; (ii) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]; (iii) la estimación de que [REDACTED]

⁷⁴⁵ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 12.

⁷⁴⁶ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 68.

⁷⁴⁷ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 93.

⁷⁴⁸ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶¶ 8, 67, 68.

⁷⁴⁹ Véase ¶ 473, nota al pie 589 *supra*.

⁷⁵⁰ Memorial, ¶¶ 397-398.

⁷⁵¹ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 12.

⁷⁵² Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 96.

_____ ; (iv) la estimación de que el _____
_____ se traducirán en producción; (v) un aumento de la capacidad de
dragado _____ durante
la Fase II sin necesidad de una nueva MIA; y (vi) un índice de producción de _____
_____ para la Fase II⁷⁵³.

615. Para calcular el VJM de la Fase II, Compass Lexecon también tuvo en cuenta los siguientes aspectos: (i) la fecha de compra de la opción es el 7 de abril de 2016 (“OPD”, por sus siglas en inglés); (ii) la fecha de vencimiento de la opción es el _____ (“OED”, por sus siglas en inglés); (iii) la duración del tiempo entre la OPD y la OED (la denominada madurez de la opción) es de _____; (iv) el valor subyacente de la opción, es decir _____; (v) el precio de ejercicio, es decir, el valor actual de los gastos de capital, que es de _____; y (vi) la volatilidad, que Compass Lexecon define como la medida de cuánto se espera que fluctúen en el tiempo el valor actual del Proyecto y el costo de inversión, y calcula la volatilidad de los precios del valor del Proyecto en _____⁷⁵⁴.
616. Compass Lexecon afirma que utilizando los datos antemencionados y basándose en la fórmula de Margrabe para una opción de compra europea “que proporciona una base para el intercambio de un activo (Don Diego procediendo con la Fase I) por otro activo (Don Diego procediendo con la Fase II)”⁷⁵⁵, el VJM de la Fase II es de _____⁷⁵⁶.
617. Por lo tanto, Compass Lexecon calcula el VJM del Proyecto en virtud de la metodología DCF y ROV en las sumas de _____ para la Fase I y _____ para la Fase II al 7 de abril de 2016, para un total de _____ (antes de la compensación por impuestos mexicanos)⁷⁵⁷.
618. La Demandante aduce varias razones para sostener la razonabilidad de la estimación de Compass Lexecon. Como línea central de su argumento, la Demandante afirma que tanto los impulsores del valor del proyecto como los ingresos en los proyectos mineros pueden

⁷⁵³ Memorial, ¶¶ 401-405; Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶¶ 96-100.

⁷⁵⁴ Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 115.

⁷⁵⁵ Memorial, ¶ 407.

⁷⁵⁶ _____ a la OPD según el Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 13.

⁷⁵⁷ Véanse ¶¶ 473-474 *supra*.

pronosticarse “con un grado razonable de certeza”⁷⁵⁸. Esto se demuestra, por ejemplo, mostrando lo siguiente:

“a. Los métodos para cuantificar y caracterizar los recursos están bien establecidos;

b. La cantidad y la calidad de los minerales se pueden estimar de forma independiente y proporciona[n] una base fiable para los supuestos de entrada;

c. La producción se vende en mercados internacionales desarrollados, lo que reduce la incertidumbre de los ingresos;

d. La información de mercado informa sobre los precios futuros y proporciona una base objetiva para futuros flujos de efectivo;

e. La ingeniería y la tecnología de minería y procesamiento se pueden validar de forma independiente; y

f. Se ha elaborado información detallada sobre los gastos de capital previstos, los gastos operativos y los calendarios de producción, que puede validarse de forma independiente”⁷⁵⁹.

619. Además, la Demandante afirma que un negocio basado en productos básicos se presta más fácilmente a un análisis de ganancias perdidas debido a (i) el éxito de la campaña de exploración del Proyecto, que es el principal riesgo de una inversión de este tipo; (ii) la propia naturaleza de producto básico del producto en juego; y (iii) al análisis detallado del flujo de caja de la minería realizado anteriormente⁷⁶⁰.
620. A su vez, el Demandado critica la valuación de Compass Lexecon al estimar el VJM de ExO sobre la base de que incurre en una especulación indebida en varios aspectos materiales, y que existen varios hechos pertinentes que socavan la posición de la Demandante y demuestran que, de conformidad con los lineamientos generalmente aceptados de la industria minera, las mejores prácticas internacionales y los precedentes inversionista-Estado, los daños en este caso no pueden determinarse utilizando el enfoque de ingresos⁷⁶¹.
621. Sobre este particular, el Demandado destaca, entre otros factores, que (i) ninguna compañía, incluso las empresas mineras más grandes del mundo, han podido establecer

⁷⁵⁸ Memorial, ¶ 394.

⁷⁵⁹ Memorial, ¶ 390.

⁷⁶⁰ Memorial, ¶¶ 391-395. Véase también ¶ 472 *supra*.

⁷⁶¹ Dúplica, ¶ 484.

una operación minera en alta mar como la que la Demandante pretendía desarrollar en México; (ii) Odyssey no tenía experiencia previa en el sector minero o el negocio de fosfatos (a saber, no tenía un historial de operaciones rentables en México o en cualquier otro lugar); (iii) ExO no contaba con un estudio de alcance (“*scoping study*”) o una Evaluación Económica Preliminar (PEA) preparada o validada por un perito independiente; (iv) 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; (v) ExO no tenía Reservas Probadas o Probables, tal y como se entienden esos términos en el contexto de la industria minera; (vi) ExO no había terminado de definir la ingeniería básica del Proyecto; (vii) la Propuesta de Boskalis era una propuesta preliminar que no contaba con un nivel de detalle suficiente⁷⁶².

622. En este contexto, el Tribunal debe decidir si el método de enfoque de ingresos (DCF y ROV) utilizado por Compass Lexecon para evaluar el VJM de ExO resulta apropiado en este caso, lo que en esencia implica determinar si los impulsores del valor y los ingresos del Proyecto pueden estimarse con un grado razonable de certeza.
623. Tras ponderar los argumentos de las partes y las pruebas aportadas a este procedimiento, este Tribunal ha arribado a la conclusión de que resulta inapropiado utilizar un enfoque de ingresos para calcular los daños en el presente caso, es decir, utilizar el método DCF para la Fase I y el método ROV para la Fase II del Proyecto. El razonamiento del Tribunal se expone a *infra*.
624. En primer lugar, el Tribunal está de acuerdo con el Demandado en que el uso de un enfoque de ingresos—ya sea el método DCF o el ROV—para determinar el VJM de un activo plantea el riesgo de ser demasiado especulativo en ausencia de un historial suficiente de operaciones rentables para proyectar de forma confiable los flujos de caja futuros⁷⁶³.
625. Este razonamiento ha sido establecido en varios casos por tribunales internacionales, que han rechazado el uso del enfoque de ingresos cuando no hay constancia de operaciones rentables. De los varios precedentes invocados en el presente procedimiento, cabe destacar, por ejemplo, las decisiones del tribunal en *Metalclad c. México*, que declaró que no se

⁷⁶² Dúplica, ¶ 485.

⁷⁶³ Memorial de Contestación, ¶ 645.

puede utilizar un enfoque DCF “cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado”⁷⁶⁴.

626. En la misma línea, el tribunal en *Gemplus c. México* declaró que incluso el historial operativo del concesionario durante cierto período (agosto/septiembre de 2000 hasta junio de 2001) “era demasiado incierta e incompleta para proporcionar suficientes fundamentos fácticos para el método DCF”⁷⁶⁵.
627. El Tribunal es consciente de que cada caso y sus hechos son específicos, tal y como sostiene la Demandante⁷⁶⁶. Sin embargo, la reticencia a aceptar un enfoque basado en los ingresos para determinar el VJM de un activo o una empresa cuando no existe un historial de operaciones rentables parece derivarse en todos estos casos de la misma objeción conceptual: el inevitable carácter especulativo de las estimaciones de ingresos.
628. El Tribunal hace hincapié en que el estándar de prueba que rige consiste en que los daños que han de indemnizarse, o el VJM que ha de estimarse, deben ser suficiente o razonablemente ciertos, como ya se ha determinado. Cuando las estimaciones de ingresos para determinar el VJM se basan en suposiciones que no tienen sustento en ningún registro real de operaciones, la posibilidad de cumplir dicho estándar se convierte en un desafío. De hecho, es debido a la ausencia de dicho historial de operaciones rentables que la Demandante debe recurrir a las numerosas suposiciones y opiniones de expertos mencionadas anteriormente, lo que introduce un innegable grado de incertidumbre en sus evaluaciones DCF y ROV.
629. La Demandante afirma que “los tribunales arbitrales han reconocido que los activos no operativos” o los “proyectos sin un historial operativo” pueden valuarse utilizando el método DCF⁷⁶⁷; e invoca, entre otros, los siguientes casos: *Gold Reserve c. Venezuela*⁷⁶⁸,

⁷⁶⁴ CL-0071, *Metalclad c. México*, Laudo, ¶ 120.

⁷⁶⁵ CL-0054, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XIII, ¶ 13-72.

⁷⁶⁶ Réplica, ¶ 344.

⁷⁶⁷ Réplica, ¶¶ 344-356.

⁷⁶⁸ CL-0056, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo, ¶¶ 829-832.

*Rumeli c. Kazajstán*⁷⁶⁹, *Phillips Petroleum c. Irán*⁷⁷⁰, *Rusoro c. Venezuela*⁷⁷¹, *Crystallex c. Venezuela*⁷⁷² y *Al-Bahloul c. Tayikistán*⁷⁷³.

630. La Demandante añade que “*todas las pautas internacionalmente aceptadas para la valuación de propiedades minerales respaldan expresamente los métodos de valuación de ingresos a futuro (como un DCF) para ‘Propiedades de Desarrollo’ (como Don Diego) y, en algunos casos, para ‘Propiedades de Recursos Minerales’*”, afirmando que “[e]sto se debe a que una vez que se ha descubierto y caracterizado un recurso, los impulsores del valor del proyecto se pueden estimar con un nivel razonable de certeza y ajustarse adecuadamente al riesgo”⁷⁷⁴.
631. La Demandante también afirma que los proyectos de la industria extractiva obtienen su valor principal de la “*existencia de reservas, y mucho menos de la capacidad de desarrollar y extraer dichas reservas y luego venderlas al mercado*”⁷⁷⁵.
632. Todas estas consideraciones son refutadas por el Demandado que, además de discrepar de la interpretación de *Odyssey* de los casos que invoca, cita a su favor una serie de decisiones que han rechazado el uso del enfoque de ingresos en el caso de proyectos no operativos. Así, los precedentes invocados por el Demandado, aparte de los casos *Metalclad c. México* y *Gemplus c. México* citados anteriormente, incluyen, entre otros, *Merrill c. Canadá* y *Cengiz c. Libia*⁷⁷⁶.
633. El Tribunal no analizará los detalles de cada decisión a la que hacen referencia las partes para determinar en qué medida podrían aplicarse en este procedimiento ya que, como se ha señalado anteriormente, cada caso es específico y cada tribunal tiene un cierto grado de discrecionalidad para resolver la cuestión de los daños.

⁷⁶⁹ **CL-0098**, *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, ¶¶ 809-811.

⁷⁷⁰ **CL-0181**, *Phillips Petroleum Company Iran c. República Islámica de Irán y National Iranian Oil Company*, Caso IUSCT No. 39, Laudo, 29 de junio de 1989, ¶ 111.

⁷⁷¹ **CL-0099**, *Rusoro c. Venezuela*, Laudo, ¶ 759.

⁷⁷² **CL-0042**, *Crystallex c. Venezuela*, Laudo, ¶ 880.

⁷⁷³ **CL-0177**, *Al-Bahloul c. Tayikistán*, Laudo, ¶¶ 71, 75.

⁷⁷⁴ Réplica, ¶ 346.

⁷⁷⁵ Réplica, ¶ 347.

⁷⁷⁶ **CL-0070**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 264; **RL-0070**, *Cengiz c. Libia*, Laudo, ¶¶ 602-603, 616.

634. Lo que es dable destacar es la tendencia general en cuanto al método utilizado en los casos inversionista-Estado relativos a proyectos mineros de preproducción. A este respecto, el Tribunal coincide con el Demandado en que el método más utilizado por los tribunales es el de los costes hundidos (cinco de 11 casos), mientras que el método DCF solo se ha aplicado en dos ocasiones: en uno de estos casos, *Gold Reserve c. Venezuela*, se debió en parte al acuerdo de los peritos de ambas partes)⁷⁷⁷, mientras que en *Tethyan c. Pakistán*, el tribunal aplicó una metodología DCF moderna⁷⁷⁸.
635. Además, en lo que respecta a la viabilidad económica del Proyecto Don Diego, que es un concepto clave si se va a utilizar un enfoque DCF, el Tribunal debe señalar que el Proyecto se encontraba en un nivel de desarrollo diferente del que afirma la Demandante, como se analizará *infra*.
636. A mayor abundamiento, en respuesta al argumento de la Demandante de que, en los proyectos mineros, los factores de un proyecto (excluida la existencia de los recursos) tienden a ser razonablemente predecibles y, por lo tanto, que el DCF puede utilizarse en ausencia de un historial de operaciones, el Tribunal debe señalar que el Proyecto Don Diego no es un proyecto minero “clásico”, tal como parece suponer la Demandante, independientemente de su intención de utilizar tecnología probada.
637. En este sentido, el Tribunal toma en consideración (i) lo señalado en el Informe Pericial de WGM en el sentido de que existen ocurrencias de fosfato en altamar en muchas partes del mundo (Namibia, Sudáfrica, Perú, Estados Unidos, Nueva Zelanda, etcétera); sin embargo, ninguna empresa minera ha podido explotar exitosamente dichas ocurrencias⁷⁷⁹, hecho que como tal no es controvertido por la Demandante⁷⁸⁰; y (ii) el argumento de Quadrant Economics de que los depósitos de fosfato en la zona del Proyecto Don Diego se conocen desde hace más de 50 años y que, aunque al menos otras dos empresas—incluida Innophos, uno de los mayores productores de fosfato del mundo—han obtenido

⁷⁷⁷ Dúplica, ¶¶ 514, 518; CL-0056, *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo, ¶¶ 687, 690.

⁷⁷⁸ Dúplica, ¶ 514; CL-0116, *Tethyan c. Pakistán*, Laudo, ¶ 361.

⁷⁷⁹ Informe Pericial de WGM, ¶ 22.

⁷⁸⁰ En cambio, la Demandante se refirió al dragado de diamantes en el fondo del océano y al dragado de depósitos de fosfato en estanques artificiales interiores, pero no a proyectos exitosos de fosfato en alta mar. Véase Réplica, ¶¶ 458-459.

concesiones para explotar el yacimiento, nunca se ha desarrollado ninguna operación comercial⁷⁸¹.

638. Las razones que pueden explicar por qué otros proyectos no han prosperado son múltiples, pero el punto a destacar es que, contrariamente a lo que argumenta la Demandante, la explotación de yacimientos de fosfatos en alta mar no puede categorizarse como una operación minera típica como las operaciones de cobre, petróleo o gas o asimilarse a estas, y, por lo tanto, la incertidumbre asociada es, naturalmente, más significativa. Tal como postula el Demandado, el Proyecto era “*un modelo de producción y negocio que no había sido probado exitosamente*”⁷⁸².
639. Con base en lo anterior, en opinión del Tribunal, la falta de antecedentes de operación de las concesiones en este caso se convierte en un factor sensible que inclina la balanza en contra de considerar un enfoque de ingresos como un método confiable de valuación del Proyecto Don Diego.
640. El Tribunal ha analizado detenidamente los antecedentes sobre la viabilidad técnica y económica del Proyecto, incluidos (i) los informes periciales del Dr. Ian Selby, el Dr. Colm Sheehan, el Sr. Glenn A. Gruber, el Sr. David Fuller y el Dr. Peter Heffernan; y (ii) las declaraciones testimoniales del Sr. Craig Bryson, el Sr. John D. Longley y el Sr. Mark Gordon. El Tribunal observa que pretenden establecer como válidos o ciertos un número significativo de supuestos y estimaciones (producción, precios, costos, OPEX, CAPEX, etcétera). En relación con un proyecto que, el Tribunal debe insistir, carece de historial de operaciones y en ausencia de proyectos sustancialmente similares que puedan servir de referencia.
641. El Tribunal es consciente de que estos informes sobre los aspectos técnicos y económicos del Proyecto afirman haber utilizado criterios conservadores o tasas de descuento pertinentes para hacer frente a la incertidumbre existente. Sin embargo, si bien esto hace que las estimaciones e hipótesis sean menos especulativas, aún no las hace lo suficientemente certeras.

⁷⁸¹ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶¶ 18-34.

⁷⁸² Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 184.

642. A este respecto, el Tribunal considera que el enfoque de ingresos no es adecuado para ser utilizado en este caso por los motivos ya expuestos. Los resultados obtenidos aplicando un método de este tipo, aunque se ajustaran de forma conservadora, seguirían sin ser convincentes. Los resultados que arroja una metodología que no es adecuada, independientemente de los ajustes que se les hagan, están por definición comprometidos por la metodología de la que se derivan.
643. La propuesta de la Demandante de que el Tribunal “*simplemente acept[e] la valuación de los ingresos de Compass Lexecon en su totalidad (particularmente dado que México no presentó una valuación de los ingresos propia)*” es, por lo tanto, insostenible⁷⁸³. El Tribunal considera que solo puede validar el método y las estimaciones presentados por las partes en la medida en que produzcan resultados suficientemente persuasivos. El hecho de que México no haya presentado una propuesta alternativa sobre la base de un enfoque de ingresos no significa que el método de la Demandante no pueda ser cuestionado o que las conclusiones alcanzadas a través de dicho método deban considerarse razonablemente ciertas.
644. En el mismo sentido, la afirmación de la Demandante de que “*si el Tribunal no está de acuerdo con cualquiera de los datos de la valuación de Ingresos de Compass Lexecon, puede adoptar supuestos alternativos que considere apropiados para satisfacer el requerimiento de certeza razonable*”⁷⁸⁴ no resuelve la principal inquietud del Tribunal. Sobre este particular, el Tribunal considera que el problema más relevante y sustancial no está relacionado con los datos de la valuación de los ingresos de Compass Lexecon, sino con la metodología que decidieron utilizar dichos peritos, ya que el Tribunal considera que un enfoque de ingresos, en las circunstancias de este caso, no es la metodología adecuada a aplicar.
645. A su vez, el Tribunal entiende que, independientemente del potencial del Proyecto para pasar a las etapas posteriores, el Proyecto no contaba con un PFS o un FS para demostrar su viabilidad económica a la Fecha de Valuación, lo cual confirma la conclusión de que no se puede aplicar un enfoque de ingresos para determinar el VJM de ExO.

⁷⁸³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 254.

⁷⁸⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 254.

646. En ese contexto, cabe señalar que la utilización de un enfoque de ingresos para determinar el VJM de una inversión que carece de un historial de operaciones rentables, en el supuesto de que se aceptara como aplicable y fiable, requiere, como mínimo, que la Demandante aporte pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las circunstancias del proyecto objeto de análisis.

647. El criterio en el caso *Bear Creek c. Perú* fue el siguiente:

*“En el presente caso, la Demandante alega que para superar la falta de un historial de rentabilidad, la demandante debe aportar pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las circunstancias específicas que le toque encarar. ... Según la opinión del Tribunal, la Demandante no produjo dichas pruebas convincentes. ... Por los motivos expuestos supra, el Tribunal concluye que el cálculo de la indemnización de la Demandante en el presente caso no puede realizarse por vía de referencia a la rentabilidad potencial prevista del Proyecto Santa Ana y el método de FCD. El Proyecto siguió siendo demasiado especulativo e incierto como para poder emplear dicho método”*⁷⁸⁵.

648. Además, la Demandante debe demostrar no solo su capacidad para generar beneficios futuros, sino también—con suficiente certeza—la cuantía de dichos beneficios futuros. A este respecto, el Tribunal está de acuerdo con la afirmación del tribunal en *Tethyan c. Pakistán*, que sostuvo lo siguiente:

*“En opinión del Tribunal, un examen de la jurisprudencia reciente, incluidos, a título ilustrativo, los casos expuestos con más detalle anteriormente, confirma que la cuestión que consiste en determinar si puede aplicarse un método DCF (o una metodología de valuación basada en los ingresos similar) para valorar un proyecto que aún no se ha puesto en funcionamiento depende en gran medida de las circunstancias de cada caso concreto. La primera cuestión clave es si, sobre la base de las pruebas de las que dispone, el Tribunal está convencido de que, en ausencia de las violaciones del Demandado, el proyecto se habría puesto en funcionamiento y también habría sido rentable. La segunda cuestión clave es si el Tribunal está convencido de que puede, con certeza razonable, determinar el importe de estas utilidades sobre la base de los datos aportados por los peritos de las partes para la realización de este cálculo”*⁷⁸⁶.
[Traducción del Tribunal]

⁷⁸⁵ CL-0016, *Bear Creek c. Perú*, Laudo, ¶¶ 601-604.

⁷⁸⁶ CL-0116, *Tethyan c. Pakistán*, Laudo, ¶ 330.

649. Para poder arribar a una conclusión sobre la existencia de beneficios futuros y su cuantía con razonable certeza, el Tribunal considera que la fase de desarrollo del proyecto es uno de los elementos críticos para tener en cuenta. Así, si el proyecto se encuentra en fase de exploración o no dispone de un PFS, determinar su valor sobre la base de beneficios futuros resulta, en términos generales, demasiado especulativo.
650. A este respecto, el Tribunal sigue los parámetros de VALMIN y CIMVAL, ya que ambas partes han confirmado que son los grupos líderes de la industria minera en el desarrollo de normas, directrices y definiciones de valuación que se siguen generalmente en el sector minero⁷⁸⁷.
651. Tal como afirma la Demandante, CIMVAL y VALMIN “*analizan exhaustivamente los diferentes enfoques y métodos que pueden utilizarse para valorar las propiedades mineras y hacen recomendaciones sobre cuándo y cómo aplicar los diferentes enfoques y métodos en función de la etapa de desarrollo de un proyecto*”⁷⁸⁸.
652. El uso de los lineamientos de CIMVAL no es novedoso en el arbitraje de inversiones. Por ejemplo, en el caso *Crystallex c. Venezuela*, el tribunal determinó que el FS de la Demandante había sido aprobado por la autoridad nacional respectiva y, en consecuencia, el proyecto debía considerarse un activo de desarrollo según los lineamientos de CIMVAL:

*“Los Lineamientos CIMV[AL] 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)”*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Réplica, ¶ 368; Memorial de Contestación, ¶¶ 669-672.

⁷⁸⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 215.

⁷⁸⁹ **CL-0042**, *Crystallex c. Venezuela*, Laudo, ¶ 884.

653. Tanto CIMVAL como VALMIN señalan que, si el proyecto se encuentra en fase de “desarrollo”, conviene utilizar un enfoque de ingresos para determinar su valor. Por el contrario, este enfoque no es recomendable si el proyecto se encuentra en fase de “exploración”⁷⁹⁰. [Traducción del Tribunal]
654. En concreto, CIMVAL define que un proyecto se encuentra en fase de desarrollo cuando “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”⁷⁹¹. Del mismo modo, VALMIN afirma que un proyecto se encuentra en fase de desarrollo cuando, “no estando aún en servicio ni funcionando a los niveles de diseño”, su “[v]iabilidad económica... [está] demostrada mediante, al menos, un Estudio de Prefactibilidad”⁷⁹². [Traducción del Tribunal]
655. En este contexto, el Tribunal debe señalar que es indiscutible que la Demandante no contaba con un PFS o un FS para el Proyecto a la Fecha de Valuación, tal como lo prescriben los estándares de CIMVAL y VALMIN para que el Proyecto sea considerado en etapa de “desarrollo”. Por lo tanto, según las mismas normas, no procede utilizar un enfoque de ingresos para determinar su valor.
656. A este respecto, Odyssey declaró que “aún no habían recopilado y empaquetado la información que de otro modo alimentaría en un estudio formal de prefactibilidad”⁷⁹³, sugiriendo que la ausencia de un PFS era simplemente una cuestión de forma. Afirma que, independientemente de la ausencia de un PFS o un FS, algo que, en su opinión, se explica por el hecho de que Odyssey y ExO no tenían previsto desprenderse de la inversión cuando la SEMARNAT denegó la MIA, el Proyecto se encontraba en fase de desarrollo a la Fecha de Valuación.

⁷⁹⁰ C-0196, Normas y Directrices CIMVAL 2003, G3.3, págs. 21-22; C-0195, Código VALMIN 2015, Sección 8.3, pág. 29.

⁷⁹¹ C-0196, Normas y Directrices CIMVAL 2003, S1.0 Definiciones, pág. 8.

⁷⁹² C-0195, Código VALMIN 2015, Sección 14 Definiciones, pág. 39 (énfasis agregado).

⁷⁹³ Memorial, ¶ 386.

657. Citando el lineamiento G4.6 de CIMVAL, la Demandante afirma que “*cuando se utiliza un enfoque de ingresos para valorar los recursos minerales, se debe incluir una declaración de calificación con respecto a los ‘parámetros técnicos y relacionados en relación con el nivel de confianza del estudio de factibilidad o el estudio de prefactibilidad’*”⁷⁹⁴. Para la Demandante, el concepto clave es el nivel de confianza de la declaración de calificación o del trabajo preparatorio. Así pues, el hecho de que la viabilidad no se demostrara en un informe formal y único carece de relevancia⁷⁹⁵.
658. La Demandante afirma que este nivel de confianza puede ser validado por diferentes informes periciales técnicos y de la industria. A tal efecto, la Demandante sostiene que el Proyecto ha alcanzado dicho nivel de confianza al considerar la viabilidad de (i) los recursos minerales en cuestión; (ii) el método de dragado; (iii) las previsiones de producción; (iv) los procesos de separación y procesamiento; (v) las previsiones de producción; (vi) las previsiones de costos; (vii) la comercialización; y (viii) las previsiones de precios. Por ejemplo, el Dr. Sheehan afirmó que las estimaciones de producción, CAPEX y OPEX de Boskalis alcanzaban un nivel de confianza acorde a un PFS⁷⁹⁶, afirmación que fuera respaldada por el Dr. Selby⁷⁹⁷.
659. La Demandante indica que las Directrices de Mejores Prácticas para la Estimación de Recursos Minerales y Reservas Minerales para Minerales Industriales del CIM permiten el inicio de las operaciones en ausencia de un PFS o un FS en una fase de preproducción; añade que dicha ausencia es solo un factor de riesgo potencial⁷⁹⁸.
660. En síntesis, la Demandante arguye que la información disponible a la Fecha de Valuación es coherente con el nivel de detalle que se determina y exige en un PFS.
661. Tal como se ha indicado anteriormente, la Demandante no cumplió con un PFS o un FS a la Fecha de Valuación. En opinión del Tribunal, coincidiendo con el Demandado, en los proyectos mineros la realización de un PFS o un FS no es una mera formalidad sino la forma de reflejar y demostrar la viabilidad económica de dichos proyectos en un momento

⁷⁹⁴ Réplica, ¶ 375.

⁷⁹⁵ Réplica, ¶ 375. Véase también ¶ 467 *supra*.

⁷⁹⁶ Informe Pericial de Colm Sheehan, 4 de septiembre de 2020, Sección 3.3, págs. 4-5.

⁷⁹⁷ Réplica, ¶ 438, donde se cita Informe Pericial de Ian Selby, 4 de septiembre de 2020, ¶¶ 123-133.

⁷⁹⁸ Véase ¶ 468 *supra*.

determinado. Dicho de otro modo, la existencia de un PFS o FS no es una mera convención, sino la herramienta sustantiva prescrita para demostrar la viabilidad económica de un proyecto y, en consecuencia, su fase de desarrollo, de acuerdo con las normas aplicables en el sector.

662. Los términos de CIMVAL y VALMIN son claros. Exigen que se demuestre la viabilidad económica del activo minero mediante un FS o un PFS para ese activo si ha de considerarse un activo de desarrollo. Dichos instrumentos no estaban elaborados en la Fecha de Valuación y el Tribunal no puede ignorar los términos claros de las mismas normas que ambas partes han aceptado como los lineamientos que deben observarse.
663. Odyssey solicita al Tribunal que desestime esta circunstancia, es decir, la falta de un PFS o FS, ya que, en su opinión, el Proyecto Don Diego calificaba como proyecto en fase de desarrollo en la Fecha de Valuación. El Tribunal no comparte este argumento. Además, hay pruebas de la propia Demandante que controvierten su proposición.
664. Por ejemplo, en el Informe Técnico NI 43-101, que es uno de los tres instrumentos clave en los que se basa la Demandante como prueba del estado de prefactibilidad del Proyecto a la Fecha de Valuación, el Dr. Lamb declaró que “[e]l proyecto se encuentra en una fase de exploración madura y progresa hacia su reclasificación como proyecto de desarrollo en fase inicial”⁷⁹⁹. [Traducción del Tribunal]
665. El Tribunal es consciente de que este informe se emitió algún tiempo antes de la Fecha de Valuación. Aun así, no existe ningún informe independiente contemporáneo a la Fecha de Valuación que afirme que el Proyecto había pasado de la fase de exploración indicada en el informe del Dr. Lamb a una fase de desarrollo.
666. Además, en su informe anual de 2015 presentado ante la SEC, Odyssey declaró que “[habían] *invertido en empresas de minerales marinos que hasta la fecha se enc[o]ntr[aban] todavía en fase de exploración y no ha[bían] comenzado a obtener ingresos de las operaciones*”⁸⁰⁰. [Traducción del Tribunal]

⁷⁹⁹ C-0084, Henry Lamb, Informe Técnico NI 43-101, 30 de junio de 2014, Sección 1.5, pág. 13 (énfasis agregado).

⁸⁰⁰ Dúplica, ¶ 582, donde se cita QE-0017, Formulario 10-K de Odyssey presentado ante la SEC, 31 de diciembre de 2015, pág. 10 (énfasis agregado).

667. Además, el Tribunal observa que el [REDACTED] no reúne los requisitos para ser un “sustituto” de un PFS.

668. CIMVAL define al PFS en los siguientes términos:

Por Estudio de Prefactibilidad y Estudio de Factibilidad Preliminar se entiende un estudio exhaustivo de la viabilidad de un proyecto minero que ha avanzado hasta una fase en la que se ha establecido el método de extracción, en el caso de la minería subterránea, o la configuración del yacimiento, en el caso de minería a cielo abierto, y que, si se ha determinado un método eficaz de procesamiento del mineral, incluye un análisis financiero sobre la base de hipótesis razonables de factores técnicos, de ingeniería, operativos y económicos, así como la evaluación de otros factores relevantes que sean suficientes para que una Persona Cualificada, actuando razonablemente, determine si la totalidad o parte del Recurso Mineral puede clasificarse como Reserva Mineral (adaptado de NI 43-101, Sección 1.2 Definiciones). El Estudio de Prefactibilidad tiene un nivel de confianza inferior al del Estudio de Viabilidad⁸⁰¹.

669. El [REDACTED]⁸⁰², [REDACTED]⁸⁰³.

670. En opinión del Tribunal, este documento no tiene un nivel de desarrollo, precisión o independencia que permita entenderlo como una indicación de que el Proyecto se encontraba en una “especie” de fase de prefactibilidad. [REDACTED]

671. A mayor abundamiento, tal como señala el Demandado, [REDACTED]

⁸⁰¹ C-0196, Normas y Directrices CIMVAL 2003, S1.0, pág. 10. La definición de VALMIN es muy similar, si no idéntica. Véase C-0195, Código VALMIN 2015, Sección 15 Glosario, págs. 41-42.

⁸⁰² AHMSA es un conglomerado minero mexicano.

⁸⁰³ Dúplica, ¶¶ 618-620; Réplica, ¶ 376, nota al pie 892.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁸⁰⁴. [Traducción del Tribunal]

672. Además, [REDACTED]⁸⁰⁵

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]⁸⁰⁶. Diferencias de esta magnitud no pueden explicarse únicamente por la aplicación de criterios más conservadores por parte de Compass Lexecon; la cita *supra* indica que el [REDACTED] también aplicó criterios conservadores. Por el contrario, todo apunta a que la fase de desarrollo del Proyecto y la información disponible en el momento en que se elaboró el [REDACTED], correspondían a una fase inicial, de forma que el valor estimado del Proyecto resultó una cifra aproximadamente [REDACTED] superior a la fijada por Compass Lexecon (con más información) años más tarde.

673. El Tribunal observa que la Demandante ha intentado remediar la falta del PFS o FS en la Fecha de Valuación presentando una serie de estudios y confirmaciones posteriores para generar algún equivalente a dichos instrumentos o validar los estudios originales *post factum*. Sin embargo, el Tribunal no está convencido de que pueda entenderse que un requisito de PFS o de FS se cumple con tales sustitutos, ni de que proceda una validación *post hoc*. A mayor abundamiento, el Tribunal no puede descartar que estos estudios o informes posteriores incluyeran inadvertidamente elementos o información que no estaban disponibles a la Fecha de Valuación. Aunque Odyssey niega tal hipótesis, el Tribunal considera que la existencia de un sesgo retrospectivo inconsciente es un riesgo pertinente en ejercicios retroactivos de este tipo, por lo que se muestra renuente a aceptarlos.

⁸⁰⁴ C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015, pág. 16.

⁸⁰⁵ C-0134, Odyssey Marine Exploration, Inc., *Don Diego: A Strategic Phosphate Resource*, 22 de septiembre de 2015, pág. 3 (énfasis agregado). Véase también *ibid.*, pág. 7.

⁸⁰⁶ Véase ¶ 474 *supra*.

674. El Tribunal considera además que las Mejores Prácticas del CIM sobre Minerales Industriales citadas por la Demandante no respaldan su posición. Aunque este instrumento considera efectivamente que la falta de un PFS o un FS no impide el inicio de la explotación, recomienda que se trate como un factor de riesgo⁸⁰⁷, que debe comunicarse claramente a las partes interesadas actuales y potenciales⁸⁰⁸.
675. Por lo tanto, la falta de un PFS o un FS resulta relevante para el riesgo involucrado conforme a las Directrices del CIM invocadas por la Demandante y confirma que un ejercicio de valuación realizado sobre la base de ingresos futuros en ausencia de estos instrumentos implica más incertidumbre.
676. El Tribunal recuerda la propuesta de la Demandante de que, incluso si el Proyecto “*no fuera una propiedad en etapa de desarrollo en la fecha de valuación porque no tenía un PFS formal, de todos modos ‘tendría que ser caracterizada como en la etapa previa al desarrollo (equivalente a una ‘Propiedad de Recursos Minerales’ según las definiciones de CIMVAL)’ y no como una de exploración*”⁸⁰⁹.
677. La Demandante agrega que “*la definición de CIMVAL de Propiedad de Recursos Minerales incluye explícitamente las propiedades que ‘no han demostrado ser económicamente viables mediante un Estudio de Factibilidad o un Estudio de Pre-Factibilidad’*”⁸¹⁰, “*para el cual CIMVAL y VALMIN contemplan el uso del Enfoque de Ingresos en algunos casos*”⁸¹¹.
678. La Demandante reconoce que CIMVAL y VALMIN no definen lo que entienden por “*en algunos casos*”, pero afirma que es razonable concluir que uno de esos casos sería “*cuando existe toda la información necesaria para preparar una EPA formal, pero el propietario está esperando a recibir su permiso de entrada antes de encargar una EPA formal o un estudio de factibilidad, como fue el caso aquí*”⁸¹².

⁸⁰⁷ Réplica, ¶ 376.

⁸⁰⁸ Véase **WGM-0002**, Directrices de Mejores Prácticas de Estimación de Recursos Minerales y Reservas Minerales para Minerales Industriales del CIM, 23 de noviembre de 2003, pág. 6.

⁸⁰⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 230, donde se cita el Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 44.

⁸¹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 237, donde se cita **C-0196**, Normas y Directrices CIMVAL 2003, S1.0, pág. 10.

⁸¹¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 246 (énfasis agregado).

⁸¹² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 246.

679. Al Tribunal no le convence este argumento: primero, porque no está convencido de que toda la información necesaria para preparar un PFS estuviera disponible a la Fecha de Valuación; y segundo, porque si la Demandante postula que la situación del Proyecto Don Diego califica dentro de la categoría de “*algunos casos*” prevista en las normas CIMVAL y VALMIN, debería haber demostrado cuáles son esos casos y qué requisitos importan. La Demandante no demuestra nada de esto y se limita a especular que la situación del Proyecto Don Diego, tal como la describe la Demandante, debería coincidir con “*algunos casos*” mencionados en dichas normas. Por lo tanto, el Tribunal no acepta este argumento.
680. El Tribunal reconoce que los recursos minerales del Proyecto Don Diego no son [REDACTED]. Por lo tanto, este Tribunal no considera que el Proyecto no cuente *prima facie* con [REDACTED]. En cambio, el Tribunal hace hincapié en que, [REDACTED], el medio para demostrarlo es mediante un PFS o un FS, de los que el Proyecto carece.
681. El Tribunal está de acuerdo en que un inversionista sofisticado y un potencial comprador probablemente realizarían estudios preliminares que posiblemente podrían contener estimaciones prospectivas como “*objetivos de producción, información financiera pronosticada y valuaciones basadas en los ingresos*”⁸¹³. Sin embargo, si aún no se han definido las reservas minerales, los estudios preliminares no son suficientes ni adecuados para utilizar el enfoque de ingresos a efectos de la valuación. El Proyecto necesita un PFS o un FS para definir si existen reservas minerales porque el uso de cualquier instrumento que no cumpla con los estándares de la industria implica demasiada incertidumbre con respecto a un impulsor clave del Proyecto.
682. El Tribunal no controvierte que la Demandante haya intentado hacer un esfuerzo serio para respaldar los supuestos a partir de los cuales Compass Lexecon calcula el DCF y el ROV del Proyecto Don Diego. No obstante, como ya se ha indicado, (i) la falta de antecedentes de explotación; (ii) el gran número de hipótesis que deben establecerse como suficientemente ciertas; (iii) el estado de desarrollo del Proyecto y la falta de un PFS o un FS; y (iv) la proposición de que se declaren cantidades muy significativas de dinero como

⁸¹³ Réplica, ¶ 367, donde se cita **WGM-0013**, Comisión de Inversiones y Valores de Australia, Minería y Recursos - Declaraciones Prospectivas, octubre de 2016, pág. 12.

daños probados según un enfoque de ingresos prospectivos en estas circunstancias, llevan al Tribunal a concluir que no es posible valorar el VJM del Proyecto Don Diego aplicando los métodos DCF y ROV.

683. Las incertidumbres implicadas habrían sido consideradas por un comprador informado en una transacción hipotética, y dadas estas incertidumbres, el Tribunal no está convencido de que tal comprador habría aceptado el enfoque de ingresos postulado por la Demandante como método fiable para valorar el Proyecto Don Diego. A mayor abundamiento, en el supuesto de que el potencial comprador sí aceptara este método, el Tribunal está aún menos convencido de que habría aceptado fijar el precio de la transacción siguiendo la estimación de valor propuesta por la Demandante sobre la base de esta metodología. Por lo tanto, el *quantum* de los daños no ha sido determinado con certeza razonable conforme al enfoque de ingresos propuesto por Odyssey, y el Tribunal no considera que el enfoque de ingresos sea una metodología adecuada para determinar el monto de la indemnización en este caso.
684. Por último, el argumento de la Demandante de que la razonabilidad de la valuación de Compass Lexecon se ve confirmada por el hecho de que Agrifos, utilizando un enfoque diferente (método de la transacción comparable), arriba a una estimación similar, no cambia la conclusión anterior. Tal como se expondrá *infra*, a juicio del Tribunal, este último método tampoco resulta convincente, por lo que ninguno de los dos cumple la función de confirmar al otro.

b) Enfoque de mercado: Transacciones Comparables con el Proyecto Don Diego

685. La Demandante solicita en subsidio que, si el Tribunal considera que el enfoque de ingresos no es apropiado a los fines valuatorios, valúe el Proyecto utilizando la metodología de transacciones comparables, que es una variación bajo el enfoque de mercado. Al respecto, la Demandante presentó un informe elaborado por Agrifos, que determinó el VJM del Proyecto Don Diego aplicando dicho método.
686. La Demandante afirma que el método de transacciones comparables debe avalarse, en esencia, porque (i) es considerado un método de valuación primario conforme a las Normas CIMVAL; (ii) las empresas y transacciones seleccionadas por Agrifos son comparables con el Proyecto; y (iii) la razonabilidad de la estimación del VJM del Proyecto por parte

de Agrifos mediante este método de transacciones comparables—y, en consecuencia, también de la estimación de Compass Lexecon—se ve corroborada por la proximidad del resultado obtenido por medio de cualquiera de estos dos métodos⁸¹⁴.

687. El Tribunal observa que Agrifos, en principio, realiza una valuación más amplia que recurrir a transacciones comparables, ya que no solo considera [REDACTED] “*transacciones comparables relevantes*”, sino también la capitalización de mercado de tres “*empresas cotizadas en bolsa*”⁸¹⁵.
688. A partir de estas referencias, Agrifos procura calcular el valor del recurso de fosfato subyacente implícito en la transacción correspondiente o en la capitalización de mercado de los proyectos y empresas considerados. Agrifos calcula este valor en términos de USD por tonelada métrica de fosfato (P₂O₅) contenido en el recurso subyacente.
689. A pesar de esta descripción general, el Tribunal observa que, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] cuando el Informe arriba a su conclusión, promedia el valor de dos transacciones específicas que denomina las “*2 mejores transacciones comparables*” (Baobab e Hinda)⁸¹⁶. Las otras transacciones y empresas inicialmente mencionadas en el Informe como referencias acaban siendo utilizadas más bien para apoyar la razonabilidad de los valores obtenidos a partir de las “*dos transacciones mejores comparables*”, cuestión que el Dr. Cotton de Agrifos, en su conainterrogatorio, reconoce al señalar que ello corresponde a una “*triangulación*”⁸¹⁷.
690. Por último, cabe señalar que Agrifos realiza ciertas afirmaciones que suscitan dudas respecto de la convicción del perito en cuanto a la utilización del enfoque de transacciones comparables como método capaz de calcular por sí solo un valor de manera fiable. Por ejemplo, en su informe, afirma lo siguiente:

[REDACTED]

⁸¹⁴ Véanse ¶¶ 481-484 *supra*.

⁸¹⁵ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 6.

⁸¹⁶ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 69.

⁸¹⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1532:1-1533:18.



691. Dado que el Tribunal no ha aceptado como válido el enfoque basado en los ingresos, el Informe de Agrifos debe juzgarse de forma independiente y no junto con el Informe de Compass Lexecon. Sobre la base de los comentarios citados *supra*, no queda claro para el Tribunal que el Informe de Agrifos sea apto para determinar *per se* el VJM del Proyecto Don Diego.
692. Además, el Tribunal considera que no es posible validar el Informe de Agrifos sobre la base de las siguientes observaciones realizadas por el Demandado, que se analizarán *infra* y que se aceptarán como motivos para rechazar este método alternativo propuesto por la Demandante.
693. En primer lugar, un sistema de valuación según el método de transacciones comparables que acaba basándose solo en dos transacciones constituye un ejercicio de comparación que carece de una base lo suficientemente amplia como para ser considerado representativo o fiable.
694. Si bien el valor así obtenido es “*validado*” por Agrifos al indicar que se encuentra dentro de la media de las otras siete referencias consideradas en el informe, el perito no incluye datos justificativos de estas referencias. Durante su testimonio, el Sr. Cotton solo indicó que pueden consultarse en Google o en las bases de datos de las bolsas de valores correspondientes⁸¹⁹. En este sentido, el Tribunal considera que, para validar que estas otras referencias fueran apropiadas, el Informe de Agrifos debería haber incluido información

⁸¹⁸ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 14 (énfasis agregado).

⁸¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1557:12-19.

completa sobre cada transacción, en especial, teniendo en cuenta que ninguna de las empresas mencionadas en el Apéndice C de su Informe es una empresa de capital abierto y, en consecuencia, sujeta a divulgación pública.

695. Además, al analizar las dos transacciones utilizadas específicamente por Agrifos para calcular un valor comparativo para el Proyecto Don Diego (Baobab e Hinda), el Tribunal observa algunas deficiencias que plantean dudas adicionales sobre el ejercicio de comparación realizado por el perito.
696. Ninguno de estos dos proyectos considerados (ni ninguno de los otros mencionados en el Informe de Agrifos) consiste en un proyecto de fosfato marino, una característica del Proyecto Don Diego que lo distingue y que, de no tenerse en cuenta, plantea dudas sobre si la comparación es adecuada.
697. Por su parte, la transacción Baobab se refiere, entre otras diferencias, a un proyecto que estaba muy cerca de iniciar la producción en el momento de la transacción [REDACTED] [REDACTED]⁸²⁰. El Proyecto Don Diego no se encontraba, en la Fecha de Valuación, en un estado de desarrollo tal que pudiera haber comenzado su producción razonablemente pronto. Esto sugiere que los proyectos se encontraban en fases diferentes, lo que afecta a su comparabilidad.
698. En cuanto a la transacción Hinda, el Tribunal advierte que Agrifos afirma en su Informe que *“fue una transacción privada para obtener capital de desarrollo en 2014 y no se anunció públicamente. Agrifos fue informada de las condiciones de la transacción por una de las contrapartes”*⁸²¹. El Tribunal está de acuerdo con la afirmación de Quadrant Economics de que *“[e]sto significa que toda la información sobre este proyecto presentada por Agrifos en este Arbitraje no es verificable”*⁸²². Durante la Audiencia, el Sr. Cotton brindó información adicional sobre quién le proporcionó los datos [REDACTED] [REDACTED]⁸²³, pero esto no cambia el hecho de que se trata de información no

⁸²⁰ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶¶ 257, 259.

⁸²¹ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 58.

⁸²² Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 260.

⁸²³ Transcripción de la Audiencia, Día 5, 1509:6-1511:8.

divulgada públicamente—en particular, el valor de la transacción—, por lo que solo quedan las declaraciones del Sr. Cotton como fuente de la información.

699. Por lo tanto, las dos transacciones seleccionadas que se utilizaron para determinar un valor comparable con el Proyecto Don Diego no son verificables o no son suficientemente comparables.
700. En segundo lugar, el Tribunal considera que algunos de los supuestos utilizados por Agrifos son problemáticos. En opinión del Tribunal, por ejemplo, el aumento del volumen de los recursos del Proyecto Don Diego incorporando la expansión del norte no está justificado. La valuación de los ingresos de Compass Lexecon no tuvo en cuenta la zona norte en su cálculo. Esto significa que Agrifos consideró un proyecto con [REDACTED] más de recursos que los que contempló Compass Lexecon. Esta diferencia proviene casi en su totalidad de los recursos inferidos agregados correspondientes a dicha expansión del norte⁸²⁴.
701. Los recursos inferidos tienen el nivel de confianza más bajo; si se tienen en cuenta en una estimación de valor, se les debe aplicar una tasa de descuento significativa. El problema es que, en la valuación de Agrifos, *“se le da el mismo peso al tonelaje adicional de recursos inferidos, como si fueran recursos medidos o indicados, que tienen un nivel de confianza más alto que los recursos inferidos”*⁸²⁵. Este es un error que vuelve a comprometer la fiabilidad del Informe de Agrifos.
702. Además, Agrifos añadió a todas las transacciones que implicaban una participación inferior a la de control, incluidas las transacciones Baobab e Hinda, [REDACTED] para que *“estas valoraciones sean comparables a un valor del 100 % para el proyecto Don Diego”*⁸²⁶.
703. Posteriormente, tras aplicar esta [REDACTED] a las transacciones Baobab e Hinda y obtener así un valor medio de [REDACTED], Agrifos añadió una nueva prima de [REDACTED] para alcanzar un valor mínimo de [REDACTED] y una

⁸²⁴ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 263.

⁸²⁵ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 263.

⁸²⁶ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 46.

██████████ para alcanzar un valor máximo de ██████████ que se aplicaría a los recursos del Proyecto Don Diego⁸²⁷. Agrifos asevera que “*creo que ██████████ ██████████ Baobab e Hinda es muy razonable en vista de los numerosos atributos cualitativos favorables del proyecto Don Diego en comparación con estos ██████████ proyectos*”⁸²⁸.

704. Así pues, se suman dos primas: primero una prima de control de ██████████ y, luego, una prima por los atributos cualitativos del Proyecto Don Diego de un ██████████ adicional.
705. Cuando se le preguntó al Sr. Cotton sobre la base para calcular la prima de control de ██████████ reconoció que en su informe no indica ningún antecedente como prueba de que se haya aplicado este tipo de prima en ninguna transacción y que el porcentaje se calculó sobre la base de su experiencia⁸²⁹.
706. Del mismo modo, cuando se preguntó al Sr. Cotton sobre la base utilizada para calcular el rango de la otra prima considerada (la prima de ██████████ para los atributos específicos del Proyecto Don Diego), el Sr. Cotton reconoció que se trata de una estimación cualitativa “*en el sentido de que no existe ninguna medición que sea fácil para aplicarle una matemática para comparar a Don Diego con otros proyectos para estos aspectos cualitativos. Necesariamente fue una estimación en nuestra experiencia*”⁸³⁰.
707. El Tribunal considera que la prima de control y la prima adicional aplicada por Agrifos, que inciden significativamente en la valuación presentada por el Sr. Cotton, no pueden dejarse libradas únicamente a la experiencia del perito, sino que deberían haber sido respaldadas por alguna prueba.
708. En vista de todas las consideraciones y deficiencias indicadas *supra*, el Tribunal considera que el VJM del Proyecto Don Diego presentado por Agrifos mediante el método de transacciones comparables no cumple los requisitos para ser considerado una alternativa válida de valuación. La pequeña cantidad de transacciones consideradas, el hecho de que no sean comparables ni verificables, la falta de pruebas sobre las referencias adicionales

⁸²⁷ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 69.

⁸²⁸ Informe Pericial de Agrifos, ¶ 69.

⁸²⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1530:5-13.

⁸³⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1536:14-1537:6.

consideradas, y las hipótesis y primas aplicadas por Agrifos, varias de las cuales este Tribunal considera injustificadas, entre otras razones, obstan a que esta valuación alternativa propuesta por la Demandante pueda considerarse válida o fiable, por lo que también será rechazada.

c) Enfoque de Mercado: Capitalización de Mercado de Odyssey

709. En lugar del enfoque de ingresos y del método de transacciones comparables que propone la Demandante, el Demandado, sobre la base del informe de Quadrant Economics, sugiere que la capitalización de mercado, otro método del enfoque de mercado, es una opción adecuada para determinar el valor de un proyecto minero y, por ende, para calcular los daños en este caso.
710. Dado que Odyssey es una empresa que cotiza en bolsa, cuyas acciones son cotizadas en la bolsa de valores NASDAQ, Quadrant Economics afirma que las acciones de Odyssey y su capitalización de mercado se pueden utilizar para valorar el interés accionario de Odyssey en el Proyecto Don Diego⁸³¹.
711. El Tribunal observa que el perito de la Demandante, Compass Lexecon, fue el primero en calcular el valor del Proyecto Don Diego sobre la base del método de capitalización de mercado (tomando como referencia el precio de las acciones de Odyssey).
712. No obstante, Compass Lexecon afirma que la capitalización de mercado de Odyssey no puede utilizarse como metodología de valoración primaria para el Proyecto Don Diego debido a varios factores que podrían haber deprimido el precio de las acciones de Odyssey a la fecha de valuación. En concreto, Compass Lexecon señala que la capitalización de mercado de Odyssey no reflejaba, de manera adecuada, el valor de su participación en el Proyecto sobre una base no controladora y previa al permiso a la Fecha de Valuación debido a (i) un impacto negativo continuo del negocio de rescate de naufragios de Odyssey; (ii) los niveles elevados de venta *short* que las acciones de Odyssey estaban sufriendo desde mediados del año 2011; y (iii) las limitaciones de liquidez de Odyssey y sus inmediatas dificultades financieras.

⁸³¹ Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 48.

713. Por estos motivos, Compass Lexecon afirmó que la capitalización de mercado de Odyssey “no proporciona una base confiable para determinar el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego”, y agrega que utilizó la capitalización de mercado de Odyssey “sólo para proporcionar una conciliación de su capitalización bursátil con los resultados de nuestra valoración”⁸³², aludiendo a las valuaciones DCF y ROV que realizó.
714. Tras formular la reserva anterior, Compass Lexecon realiza una comparación entre el valor de Odyssey que calculó según el enfoque de ingresos y el valor de Odyssey resultante del método de capitalización de mercado; luego, aplica algunos descuentos al primer valor para reflejar los hechos de que el precio de las acciones de Odyssey: (i) no transmite control sobre Odyssey; y (ii) era un valor previo al permiso. Concluye que Odyssey “estaba negociando con un [REDACTED] a partir de la fecha de valoración, en línea con lo que puede esperarse para una empresa en dificultades financieras y sometido a ataques de vendedores de shorts”⁸³³.
715. El Tribunal, sin pronunciarse sobre esta comparación realizada por Compass Lexecon ni sobre los ajustes y conclusiones que formuló, coincide con Compass Lexecon en que el precio de las acciones de Odyssey pudo estar “contaminado” por diferentes factores en la Fecha de Valuación y, además, no refleja todas las circunstancias que afectan a su valor; factores que pueden llevar a calcular un valor erróneo (mayor o menor) de la empresa y, por ende, del Proyecto Don Diego. Por lo tanto, el Tribunal está de acuerdo con Compass Lexecon en que el método de capitalización de mercado no es adecuado para calcular el VJM del Proyecto Don Diego.
716. Por su parte, Quadrant Economics, en sustento del argumento de que este método sería adecuado para valuar la participación de Odyssey en el Proyecto, señala que se trata de una metodología aprobada por CIMVAL.
717. Sin embargo, Quadrant Economics no reconoce el hecho de que las Normas CIMVAL consideran el método de capitalización de mercado un **método de valuación secundario**,

⁸³² Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 119.

⁸³³ Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 122.

que define como “*reglas generales consideradas adecuadas únicamente para comprobar las Valuaciones mediante métodos primarios*”⁸³⁴. [Traducción del Tribunal]

718. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no hay motivos para recurrir al método de capitalización de mercado como método primario para valuar los daños en este caso, que es lo que pretende hacer el Demandado.
719. Además, Quadrant Economics propone un ajuste del método de capitalización de mercado, que afecta a la base de esa valuación. En este sentido, Quadrant Economics afirma que el precio de las acciones de Odyssey en la fecha de valuación (6 de abril de 2016) estaba distorsionado y, en consecuencia, se debería considerar el precio a 29 de febrero de 2016.
720. El Dr. Flores de Quadrant Economics argumenta que el VJM debe calcularse a 29 de febrero de 2016 debido al aumento no relacionado con el Proyecto en el precio de las acciones de Odyssey de [REDACTED] después de esa fecha. Desde la perspectiva del Dr. Flores, la única explicación plausible para un aumento artificial observado en el precio de las acciones de Odyssey en el mes de marzo de 2016 fue la emisión de la serie de televisión “*Billion Dollar Wreck*”.
721. El Tribunal considera que el argumento del perito del Demandado de que el precio de las acciones de Odyssey estaba distorsionado a la Fecha de Valuación carece de fundamento. En efecto, frente a la explicación alternativa de la Demandante sobre el aumento del precio de las acciones de Odyssey, Quadrant Economics emitió un segundo informe en el que “*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: [‘expectativas de mercado de una decisión positiva del permiso de la MIA’]*”⁸³⁵. En consecuencia, Quadrant Economics ajustó el VJM del Proyecto mediante la propuesta de un nuevo valor: la diferencia entre los valores de la capitalización de mercado de Odyssey el 29 de febrero de 2016 y en la Fecha de Valuación, es decir, [REDACTED] [REDACTED]³⁶.

⁸³⁴ C-0196, Normas y Directrices CIMVAL 2003, G3.4, pág. 22.

⁸³⁵ Dúplica, ¶ 683, donde se cita Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶¶ 116-119.

⁸³⁶ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 121(iii).

722. Estos enfoques cambiantes, y la falta de una justificación adecuada para determinar el VJM de la inversión a través de tales combinaciones de fechas, confirman la falta de confiabilidad del ejercicio de valuación propuesto por el Demandado bajo el método de capitalización de mercado.
723. A mayor abundamiento, el Tribunal considera que el método de capitalización de mercado presenta un problema adicional, ya que el activo valuado en esta controversia, es decir, el Proyecto Don Diego, no es el único activo de Odyssey ni el único negocio en el que Odyssey participa. Si el precio de las acciones de Odyssey es la base de la valuación, el valor de la inversión abarcaría el negocio de naufragios, lo que implica incluir factores externos al Proyecto Don Diego.
724. Por lo tanto, teniendo considerando que (i) según las Normas CIMVAL, el método de capitalización de mercado es secundario y, por ende, no apto para calcular el VJM de una empresa como pretende hacer el Demandado; (ii) Compass Lexecon utilizó dicho método con el único fin de demostrar la razonabilidad del enfoque de ingresos y dejar claro que no era confiable; (iii) las acciones de Odyssey incluyen más activos que el Proyecto Don Diego; (iv) los cambios del Demandado con respecto a la Fecha de Valuación al aplicar el enfoque de capitalización de mercado carecen de fundamento, el Tribunal rechaza este método para calcular los daños y perjuicios.
725. El Tribunal es consciente de que la Demandante plantea que, si finalmente se aplica el método de capitalización de mercado, es necesario realizar algún ajuste en las valuaciones del Informe de Compass Lexecon para llegar a una estimación final razonable del VJM de Odyssey. No obstante, tras haber resuelto que el método de capitalización de mercado no resulta aplicable a la controversia, el Tribunal no analizará si los ajustes propuestos por la Demandante son razonables.

d) Enfoque de Costos: Costos Hundidos

726. Además de proponer la valuación de ExO de acuerdo con la metodología de capitalización de mercado analizada *supra*, México afirma que otra manera de evaluar los daños sufridos por la Demandante es recurriendo a los costos hundidos de ExO.

727. El Demandado introduce esta alternativa de compensación en su Dúplica e indica que 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 demandante⁸³⁷.
728. Según México, la Demandante afirmó que el Proyecto ha incurrido en [REDACTED] en costos hundidos y [REDACTED] adicionales en costos de financiamiento a 31 de diciembre de 2020. El Demandado aduce que esta cifra total de [REDACTED] debería reducirse a USD 13,0 millones a la Fecha de Valuación (6 de abril de 2016) o a USD 14,6 millones a la fecha de la Segunda Denegatoria de la MIA de ExO (12 de octubre de 2018)⁸³⁸.
729. Para justificar estas reducciones, el Demandado se basa en los Informes de Quadrant Economics, que formulan varias críticas a la estimación de costos hundidos realizada por la Demandante, eliminando así varios conceptos o gastos que no sería adecuado incluir⁸³⁹.
730. Antes de analizar los argumentos de México sobre este particular, el Tribunal debe señalar que, si bien la Demandante (OMEX, para ser precisos) calculó los costos hundidos en que incurrió ExO, cálculo que Compass Lexecon reprodujo en sus Informes⁸⁴⁰, la Demandante no ha argumentado que la indemnización deba determinarse sobre la base de un método de costos hundidos.
731. Por el contrario, la Demandante se opone a que la indemnización se calcule sobre la base de los costos hundidos de ExO y señala, al respecto, que (i) México, en su Memorial de Contestación, admitió que el VJM es el estándar legal de indemnización aplicable; (ii) Quadrant Economics había admitido que los costos hundidos no son un indicador del VJM del Proyecto; y (iii) “[l]a primera vez que México sugirió siquiera que el Tribunal debía evaluar los daños con base en los costos irrecuperables de Odyssey fue en su Dúplica, cuando Odyssey no tuvo oportunidad de presentar un escrito de respuesta y pruebas”⁸⁴¹.

⁸³⁷ Dúplica, ¶ 688.

⁸³⁸ Dúplica, ¶¶ 689, 694.

⁸³⁹ Dúplica, ¶¶ 689-694.

⁸⁴⁰ Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 35; Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, nota al pie 142.

⁸⁴¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 356-357.

732. Sin perjuicio de lo que antecede, el Tribunal ha decidido considerar los costos hundidos de ExO como la medida que debe utilizarse para calcular la indemnización en este caso por los motivos que se indicarán a *infra*.
733. En primer lugar, el Tribunal recuerda que, en el caso de proyectos mineros que no han iniciado sus operaciones, la metodología de los costos hundidos para calcular la indemnización es el enfoque más comúnmente utilizado por los tribunales internacionales⁸⁴². En este sentido, sin un registro de operaciones, los costos hundidos pueden determinarse con un grado razonable de certeza y pueden garantizar que la parte demandante reciba compensación plena por sus costos irrecuperables.
734. El Tribunal ha dictaminado que las otras metodologías de valuación propuestas por las partes (enfoque de ingresos y enfoque de mercado) no arrojan estimaciones con suficiente certeza en este caso. Por los motivos ya expuestos, el Tribunal considera que ninguna de ellas cumple el estándar de prueba aplicable o, dicho de otro modo, es apta para demostrar los daños de forma satisfactoria a juicio del Tribunal.
735. Sobre este particular, el Tribunal señala que no está obligado a elegir o validar ninguna de las estimaciones de las partes si las considera inciertas o defectuosas. Al contrario: el Tribunal solo puede otorgar indemnización en la medida en que las opciones presentadas en el procedimiento satisfagan el estándar de prueba, es decir, proporcionen una estimación razonable o suficientemente cierta de los daños y perjuicios.
736. El Tribunal coincide con ambas partes en que la indemnización debe calcularse sobre la base del VJM de la inversión, pero con una salvedad: en la medida de lo posible. Si el VJM no puede calcularse de conformidad con las metodologías propuestas por las partes, el Tribunal debe estar abierto a considerar otras alternativas y goza de discrecionalidad para ello.

⁸⁴² Véanse ¶¶ 492, 546, 634 *supra*. Véanse también **RL-0139**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019, ¶¶ 466-494; **CL-0040**, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, ¶ 7.32; **CL-0108**, *South American Silver c. Bolivia*, Laudo, ¶¶ 865-866; **RL-0142**, *Stans Energy Corp. y Kutisay Mining LLC c. República Kirguisa (II)*, Caso CPA No. 2015-32, Laudo, 20 de agosto de 2019, ¶¶ 778-784; **CL-0016**, *Bear Creek c. Perú*, Laudo, ¶ 604.

737. En este sentido, el Tribunal es consciente de que los costos en que incurre una empresa para desarrollar un proyecto no necesariamente representan el VJM de la inversión. El activo puede valer más o menos que los costos relacionados con su adquisición o desarrollo. Sin embargo, a falta de otra alternativa de valuación confiable, los costos hundidos en que incurre la empresa para desarrollar ese proyecto son la mejor referencia para determinar la indemnización. Esto explica la aplicación recurrente en los arbitrajes de inversiones del método de los costos hundidos cuando existe un alto nivel de incertidumbre a la hora de calcular el VJM de la inversión.
738. El Tribunal observa que la Demandante considera que sería “*sumamente improcedente*” evaluar los daños y perjuicios en este caso sobre la base de un enfoque de costos, ya que México (i) recién introdujo esta alternativa en su Dúplica y (ii) había admitido previamente que el estándar de compensación es el VJM y que los costos hundidos no son prueba del VJM⁸⁴³.
739. El Tribunal está de acuerdo en que el Demandado podría haber introducido esta alternativa de indemnización con anterioridad. No obstante, el Tribunal no considera que haya habido un retraso tal que deba considerarse que el Demandado ha perdido su derecho a plantear esa alternativa, que es lo que sostiene la Demandante⁸⁴⁴.
740. Si bien el Demandado propuso inicialmente en su Memorial de Contestación que los daños y perjuicios se valoraran siguiendo el enfoque de capitalización de mercado, parece probable que, al ver las críticas fundadas de la Demandante con respecto a dicho método en su Réplica, el Demandado entendiera que era necesario proponer otra alternativa en su Dúplica, como el enfoque de los costos hundidos. En otras palabras, el Tribunal no tiene motivos para suponer que el retraso en proponer esta alternativa fuera injustificado o se debiera a mala fe. A mayor abundamiento, el Tribunal observa que la Demandante, a su vez, introdujo el método de valuación de transacciones comparables en su Réplica. Por lo tanto, su propio comportamiento respalda la postura de que ninguna de las partes entendió que las alternativas de métodos de valuación debían proponerse solo en su primer escrito, a riesgo de perder el derecho a presentarlos con posterioridad.

⁸⁴³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 360.

⁸⁴⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 357.

741. No obstante, el Tribunal considera que, dado que esta alternativa de costos hundidos fue presentada recién en la Dúplica del Demandado, “*cuando Odyssey no tuvo oportunidad de presentar un escrito de respuesta y pruebas*”⁸⁴⁵, México debe asumir las limitaciones y consecuencias que se derivan de formular esta opción en una fase tan tardía del procedimiento. En este sentido, México no puede criticar a la Demandante por no presentar mejores pruebas sobre los costos hundidos cuando la Demandante no está de acuerdo en que este sea un método adecuado para calcular el *quantum* de los daños y cuando recién se enteró en la Dúplica de México de que el Demandado lo estaba proponiendo. El Tribunal tendrá en cuenta esta circunstancia al analizar las pruebas sobre los costos hundidos, y el intento de México de utilizarlas a la vez que pretende eliminar ciertos conceptos por la supuesta falta de fundamento.
742. Tras haber determinado el método aplicable en este caso, el Tribunal observa que los dos Informes de Compass Lexecon mencionan los costos hundidos del Proyecto que, actualizados a 31 de diciembre de 2020, se fijan en [REDACTED] más [REDACTED] [REDACTED] adicionales en concepto de costos de financiamiento, lo que supone un total de [REDACTED] a esa fecha⁸⁴⁶. Compass Lexecon no hace su propio cálculo de los costos hundidos del Proyecto, sino que se basa en un cálculo de OMEX⁸⁴⁷. Ello se debe a que Compass Lexecon no propuso utilizar el método de los costos hundidos para calcular la indemnización en este caso.
743. Sobre la base de los Informes de Quadrant Economics, México formula diversas objeciones a este cálculo de los costos hundidos y propone excluir varios conceptos, y concluye que el importe de los costos hundidos debería ascender a USD 13 millones a 6 de abril de 2016 o USD 14,6 millones si se considera que la Fecha de Valuación debe ser el día en que se rechazó por segunda vez la MIA (12 de octubre de 2018)⁸⁴⁸.
744. Sobre este particular, México señala que los costos hundidos de ExO se registran en estados financieros no auditados. Sin embargo, esta objeción no lleva al Demandado a descartarlos.

⁸⁴⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 357.

⁸⁴⁶ Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 35; Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, nota al pie 142.

⁸⁴⁷ Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 35. Véase también **CLEX-0018**, Estado de Resultados de ExO correspondiente al período 2013-Segundo Trimestre de 2020.

⁸⁴⁸ Dúplica, ¶ 694; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 224, 227, 231. Véase también ¶ 547 *supra*.

Analiza los distintos conceptos y luego solicita que solo se excluyan algunos de ellos sobre la base de consideraciones no necesariamente relacionadas con el hecho de que los estados financieros no estén auditados. A mayor abundamiento, el Tribunal señala que, dado que la Demandante no pretendía demostrar los costos hundidos de ExO, ya que no ha solicitado una indemnización sobre la base de tales parámetros en este procedimiento, no se le puede reprochar que no haya solicitado una auditoría de los estados financieros de la empresa.

745. Tal como se señaló *supra*⁸⁴⁹, México afirma que varios conceptos deberían deducirse de los costos hundidos de ExO. En este sentido, afirma, en primer lugar, que los pagos intercompañía o las comisiones de gestión, incluidos los incrementos de precios entre empresas, deben excluirse, ya que “*incrementan artificialmente el monto de los costos hundidos... no representan desembolsos reales y la Demandante no presentó ningún análisis que demuestre que estos pagos eran necesarios y razonables para avanzar con el Proyecto*”⁸⁵⁰.
746. Estos argumentos no convencen al Tribunal por los motivos que se exponen a continuación: (i) los pagos intercompañía o las comisiones de gestión, incluidos los incrementos de precios entre empresas, representan una parte sustancial de los costos hundidos de ExO (aproximadamente el 87 %, si no se consideran los costos financieros), por lo que excluir estas comisiones de gestión e incrementos de precios significaría que la empresa prácticamente no incurrió en ningún costo durante todo el proceso de desarrollo de sus operaciones iniciales en México, lo que parece altamente improbable; (ii) es normal que una empresa en las primeras etapas de funcionamiento, en lugar de contratar su propio personal, recurra al personal disponible y a la administración de sus empresas relacionadas, y pague por el servicio correspondiente ya sea a través de comisiones de gestión o de incrementos de precios; y (iii) aunque las comisiones de gestión y los incrementos de precios pueden operar como medio para transferir utilidades entre empresas relacionadas, esta hipótesis se presenta, por lo general, cuando la empresa que paga las comisiones o los incrementos de precios está obteniendo utilidades y no cuando apenas se encuentra en una etapa preoperativa y, en consecuencia, no está percibiendo ingresos o utilidades como fue

⁸⁴⁹ Véase ¶ 547 *supra*.

⁸⁵⁰ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 230.

el caso de ExO. Por lo tanto, no hay ningún motivo convincente para suponer que las comisiones de gestión y los incrementos de precios pagados por ExO a empresas relacionadas no deban reconocerse como costos.

747. El Demandado también critica estos costos al afirmar que no representan desembolsos reales, objeción que el Tribunal no considera válida. Si el Demandado pretende dar a entender que estos costos no se abonaron, se desconoce la fuente de información utilizada para arribar a esa conclusión. Y lo que es más importante, aunque aún no se hayan pagado estos costos, esto no significa que las deudas o el pasivo no existan o no sean exigibles.
748. Las críticas adicionales de México de que “*la Demandante no presentó ningún análisis que demuestre que estos pagos eran necesarios y razonables para avanzar con el Proyecto*”⁸⁵¹ tampoco parecen persuasivas. Es México, no la Demandante, quien decidió utilizar los costos de ExO como parámetro para determinar la indemnización, lo cual recién lo hizo en su Dúplica, por lo que la información que el Demandado pueda omitir al respecto no puede explicarse por una omisión de la Demandante de la que deba hacerse responsable.
749. Además, el Tribunal debe señalar que la Demandante no preparó los estados financieros de ExO con el propósito de utilizarlos como herramienta para obtener el reembolso de los costos que reflejan. Cabe destacar que la Demandante ha rechazado categóricamente en este procedimiento el uso del enfoque de costos como método aplicable para calcular los daños. Por lo tanto, el Tribunal no tiene motivos para creer que los estados financieros de ExO fueran manipulados para exagerar los costos y aumentar así el monto indemnizatorio. Más bien, el Tribunal supone que reflejan, de forma genuina y contemporánea, los costos en los que ExO incurrió a lo largo de los años para desarrollar el Proyecto.
750. Otra crítica realizada por el Demandado pretende excluir como parte de los costos hundidos de ExO los costos de financiamiento en que incurriera la empresa. Sobre este particular, México señala que estos costos no se refieren a costos necesarios “*para llevar[] a cabo [el Proyecto]*”⁸⁵², sino a una decisión sobre cómo financiarlo. El Demandado cita al Dr. Flores, de Quadrant Economics, quien afirma que “*la decisión de financiamiento [no] debe*

⁸⁵¹ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 230.

⁸⁵² Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 229.

indicarse como un costo irrecuperable”⁸⁵³. El Dr. Flores pone el siguiente ejemplo: si el Proyecto se hubiera financiado con recursos propios de ExO, estos costos de financiamiento no existirían.

751. El Tribunal discrepa de que deban excluirse los costos de financiamiento. Así como los montos que ExO pagó por los estudios para viabilizar el Proyecto son indiscutiblemente considerados un costo, el Tribunal estima que los gastos financieros en que incurrió ExO para financiar u obtener los recursos necesarios para pagar dichos estudios también deben incluirse como costos.
752. A mayor abundamiento, utilizando el ejemplo que diera el Dr. Flores, si el Proyecto se hubiera financiado con recursos propios, o con fondos propios en lugar de un préstamo, también habría que cuantificar el costo alternativo de los fondos propios invertidos en el Proyecto. En este caso, habría que calcular la rentabilidad alternativa, que también se consideraría un costo adicional. Por lo tanto, no es cierto que cuando se utilizan fondos propios no hay costos de financiamiento, mientras que, si se recurre a un préstamo, sí los hay. En ambas situaciones, hay un costo pero, en el caso de un préstamo, se cuantifica sobre la base de los intereses devengados. En cambio, en el caso de los fondos propios, el costo debe calcularse sobre la base de los usos alternativos que podrían haberse dado a los fondos propios.
753. El Demandado también objeta que la tasa de interés pagada por este financiamiento es elevada, ya que está muy por encima de la tasa de mercado. Sin embargo, a la hora de computar los costos reales en que incurriera la Demandante, la función del Tribunal no es elegir o sustituir una tasa de interés por otra, sino considerar los costos o tasas de interés en que efectivamente incurrió ExO hasta la fecha determinada como fecha de corte para el cálculo de los costos.
754. En este sentido, la tasa de interés pagada por ExO a su empresa relacionada OME, que era de 18 %⁸⁵⁴, parece reflejar el riesgo asociado a un proyecto que estaba comenzando y cuya probabilidad de éxito dependía de muchos supuestos que lo hacían incierto, como ya ha

⁸⁵³ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1674:8:1675:6.

⁸⁵⁴ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, 19 de octubre de 2021, ¶ 168; **CLEX-0002**, Contrato de Garantía y Pagare Modificado y Reformulado de OMEX-ExO, 25 de septiembre de 2015, pág. 2.

señalado este Tribunal al descartar una valuación de ExO en virtud del enfoque de ingresos. Por lo tanto, hay motivos razonables para suponer que dicha tasa no es el resultado de una manipulación tendiente a exagerar los costos, sino un verdadero gasto debido a los riesgos que conlleva.

755. Esa conclusión se ve reforzada al considerar además los argumentos expuestos *supra*⁸⁵⁵ de que la Demandante no presentó estados financieros en este procedimiento con la idea de utilizarlos como base para el cálculo de los daños y perjuicios que reclama, lo que valida la credibilidad que este Tribunal otorga a dichos estados financieros. No obstante, la tasa de interés real pagada por ExO solo se reconocerá como tasa aplicable hasta la Segunda Denegatoria de la MIA de ExO, como se explica *infra*. Después de esa fecha, el Tribunal elegirá una tasa de interés comercial con el fin de indemnizar a ExO no por los costos hundidos en que haya incurrido, sino por el tiempo transcurrido entre la fecha de cálculo de dichos costos y la fecha de pago efectivo de la indemnización.
756. Por último, el Demandado señala que los costos hundidos mencionados en el Informe de Compass Lexecon están calculados hasta el 31 de diciembre de 2020, lo que implica extender el cálculo de dichos costos hundidos más allá de la fecha correspondiente, es decir, la fecha de la Primera Denegatoria de la MIA de ExO o la fecha de la Segunda Denegatoria de la MIA de ExO. El Demandado añade que la necesidad de estos costos en que incurrió ExO con posterioridad a estos puntos de referencia no está clara y muy probablemente se deba a los costos en que incurrió ExO en relación con el presente procedimiento de arbitraje.
757. El Tribunal está de acuerdo con esta observación. Para evitar reconocer como costos hundidos aquellos costos que no están directamente relacionados con el desarrollo del Proyecto, el Tribunal fijará como fecha de cálculo de los costos hundidos la fecha de la Segunda Denegatoria de la MIA de ExO, es decir, 12 de octubre de 2018. La razón para elegir este punto de referencia es que la Segunda Denegatoria parece haber marcado el fin del interés de la Demandante en seguir adelante con el Proyecto⁸⁵⁶ y, por lo tanto, el

⁸⁵⁵ Véase ¶ 750 *supra*.

⁸⁵⁶ Memorial, ¶ 179.

Tribunal supone que, a partir de esa fecha, no se llevaron a cabo más estudios o actividades en relación con el desarrollo del Proyecto.

758. En vista de las conclusiones anteriores, el Tribunal no aceptará los costos hundidos calculados por OMEX y registrados por Compass Lexecon en la cifra de [REDACTED] a 31 de diciembre de 2020. Por el contrario, el Tribunal reconocerá como costos hundidos de ExO únicamente el monto de USD 37,1 millones a 12 de octubre de 2018, sin perjuicio de los intereses que fije el Tribunal a partir de esa fecha, que se analizarán *infra*.
759. Esta cifra de USD 37,1 millones corresponde a los costos hundidos calculados por Quadrant Economics (sobre la base de los estados financieros de ExO) a esa fecha y sin aplicar las exclusiones que sugiriera Quadrant Economics (comisiones de gestión, incrementos de precios y costos de financiamiento)⁸⁵⁷.

e) Valor Estratégico del Proyecto y Pérdida de Oportunidad de ExO y de Odyssey

760. La Demandante afirma que, en virtud del principio de reparación plena, el valor estratégico del Proyecto Don Diego debe incluirse en la indemnización que se fije en este caso.
761. Al respecto, la Demandante afirma, entre otros motivos, que el Proyecto Don Diego “*con sus grandes cantidades de fosfato, cerca de las Américas, y con un acceso relativamente fácil a los países del Pacífico ‘proporciona una fuente alternativa de roca fosfórica para las empresas que buscan diversificar su suministro o alejarse de la roca marroquí a [] precio[s] extremadamente competitivo[s]’*”⁸⁵⁸. Añade que los gastos operativos y de capital del proyecto lo convertirían en uno de los productores de roca fosfórica de menor costo del mundo, y que las “*características intrínsecas*” del Proyecto, como la inexistencia de infraestructura fija, la ausencia de tierra superior, vegetación o material que deba ser retirado, la ausencia de costos de remediación o de reclamación y la movilidad de toda la operación, refuerzan su valor estratégico⁸⁵⁹.
762. Según Odyssey, “[e]stas características mejoran el valor de Don Diego de maneras que no son capturadas por el DCF de la Fase I o el [ROV] de la Fase II”, hasta el punto de

⁸⁵⁷ Presentación en el marco de la Audiencia de Quadrant Economics, diapositiva 26.

⁸⁵⁸ Memorial, ¶ 412, donde se cita Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 27.

⁸⁵⁹ Memorial, ¶ 413. Véase también ¶ 477 *supra*.

que el Sr. Longley concluye que “la valoración de Compass Lexecon de las Fases I y II del Proyecto debería incrementarse en un 15 %”⁸⁶⁰. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante solicita [REDACTED] por el valor estratégico del Proyecto⁸⁶¹.

763. En el mismo sentido, la Demandante sostiene que ExO y Odyssey “también sufrieron daños derivados de la ‘oportunidad perdida’ de explorar y desarrollar partes del Depósito de Don Diego que no fueron incluidas dentro del Informe Técnico NI 43-101. Esta ‘oportunidad perdida’ se encuentra fuera del valor justo de mercado de la Fase I o Fase II, que Compass Lexecon cuantificó”⁸⁶².

764. La Demandante describe, sobre la base de la opinión del Sr. Longley, el potencial de exploración del Proyecto, destacando que el área total de concesión de ExO es de 1448 km², de los cuales “aún no ha muestreado y evaluado más de 936 km²”⁸⁶³, y que en las áreas de la Concesión que han sido muestreadas “[t]ambién hay evidencia de que el depósito es más profundo (o es más grueso) en muchos lugares”⁸⁶⁴.

765. Según Odyssey, para cuantificar esta pérdida de oportunidad,

“Sr. Longley asigna un valor razonable para el P₂O₅ contenido in situ de US\$ 2,75 por tonelada y lo multiplica por los 163,8 millones de toneladas de P₂O₅ contenido que Odyssey estima que contienen las concesiones. Este resultado da un valor de US\$ 444.7 millones por la oportunidad perdida de explorar y desarrollar las otras partes del Depósito Don Diego no incluidas dentro del Informe Técnico NI 43-101”⁸⁶⁵.

766. La Demandante añade que el tribunal en *Gemplus c. México* respaldó el enfoque de la “pérdida de oportunidad” para este tipo de ejercicios de valuación⁸⁶⁶. También cita muchas otras decisiones, como *Southern Pacific c. Egipto*⁸⁶⁷, *Gavazzi c. Rumanía*⁸⁶⁸ y *Bilcon c.*

⁸⁶⁰ Memorial, ¶¶ 414-415. Véase también ¶ 478 *supra*.

⁸⁶¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 374.

⁸⁶² Memorial, ¶ 416. Véase también ¶ 479 *supra*.

⁸⁶³ Memorial, ¶ 419, donde se cita Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 38. Véase también ¶ 479 *supra*.

⁸⁶⁴ Memorial, ¶ 419, donde se cita Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 39.

⁸⁶⁵ Memorial, ¶ 420.

⁸⁶⁶ CL-0054, *Gemplus c. México*, Laudo, Parte XIII, ¶ 13-99.

⁸⁶⁷ CL-0187, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el Fondo, 20 de mayo de 1992, ¶ 215.

⁸⁶⁸ CL-0175, *Marco Gavazzi y Stefano Gavazzi c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/12/25, Laudo, 18 de abril de 2017 (Extractos), ¶¶ 121, 223-224.

*Canadá*⁸⁶⁹, que han otorgado indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener beneficios, y subraya que la dificultad de cuantificar las pérdidas no es motivo para no otorgar una indemnización por daños y perjuicios. En opinión de la Demandante, “[un] tribunal debe hacerlo a pesar de la complejidad inherente en el cálculo del valor de la oportunidad, en particular cuando surgen esas dificultades porque es el Estado el que ha impedido que la Demandante progrese la oportunidad”⁸⁷⁰.

767. Por último, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante solicita [REDACTED] [REDACTED] por el valor del potencial de exploración del Proyecto o pérdida de oportunidad⁸⁷¹.
768. El Tribunal considera que el argumento de la Demandante de que, en virtud del principio de reparación plena, la indemnización debería incluir el valor estratégico del Proyecto y la “pérdida de oportunidad” de explorar y desarrollar partes del yacimiento Don Diego carece de fundamento.
769. En primer lugar, el Tribunal observa que el perito independiente de la Demandante, Compass Lexecon, que cuantificó los daños que ExO y Odyssey habrían sufrido debido a los incumplimientos analizados en este procedimiento, no incluyó ninguno de estos conceptos en su cálculo. Su estimación se refiere al valor de la Fase I del Proyecto Don Diego según el método DCF y al valor de la Fase II del Proyecto Don Diego según el método ROV, sin incluir referencia alguna al valor estratégico del Proyecto y a la pérdida de oportunidad que solicitara la Demandante.
770. En cuanto al objeto de su tarea, Compass Lexecon manifiesta lo siguiente:

“[c]omo expertos en valoración, se nos instruyó para calcular los daños basados en el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego si hubiera sido permitido a partir de la Fecha de Valoración. Es decir, el valor al cual el activo habría sido transaccionado entre un comprador y un vendedor dispuestos, no bajo compulsión de comprar o vender, y suponiendo que SEMARNAT hubiera otorgado la aprobación ambiental a partir de esa fecha”⁸⁷².

⁸⁶⁹ CL-0123, Clayton/Bilcon c. Canadá, Laudo sobre Daños, ¶¶ 280-299.

⁸⁷⁰ Réplica, ¶ 566.

⁸⁷¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 374.

⁸⁷² Informe Pericial de Compass Lexecon, ¶ 6.

771. Por lo tanto, la tarea encomendada a Compass Lexecon consistía en determinar lo que consideraba el valor justo de mercado de ExO, sin limitaciones y sin que se le ordenara omitir concepto alguno.
772. Por ello, si a la hora de calcular el valor por el que un comprador dispuesto y un vendedor dispuesto habrían comercializado el activo, Compass Lexecon no consideró oportuno incluir estos dos conceptos que la Demandante sugiere añadir, debe entenderse que ello se debe a que Compass Lexecon consideró que tales conceptos carecían de mérito suficiente para ser incluidos en el monto indemnizatorio.
773. Esta circunstancia es significativa: la decisión de no computar el valor estratégico y la pérdida de oportunidad del Proyecto Don Diego como parte de la indemnización fue tomada por el perito contratado por la Demandante.
774. En otras palabras, si el perito contratado por la Demandante considera que los conceptos antes mencionados no habrían sido incluidos en el precio de ExO por un comprador dispuesto, el Tribunal no ve motivo alguno para incluirlos como parte de la indemnización adeudada a la Demandante.
775. En cuanto al argumento de la Demandante de que Compass Lexecon no consideró el valor estratégico y la pérdida de oportunidad porque la metodología del enfoque de ingresos (DCF y ROV) aplicada por dicho perito no es adecuada para captar estos efectos, también carece de fundamento. El Tribunal debe señalar que, a la hora de determinar el VJM de ExO, Compass Lexecon consideró que la metodología del enfoque de ingresos (ya sea en su variante DCF o ROV) era la más adecuada para hacerlo, ya que captaba el valor real del activo. Por tanto, señalar que la metodología anterior es incompleta o parcial no se corresponde con la valuación del perito de la Demandante quien, según entiende el Tribunal, no recibió instrucciones de aplicar el método DCF o ROV para valorar ExO, sino que eligió libremente ese método por considerar que era el que mejor permitía calcular el valor total del activo.
776. Además, el argumento de la Demandante para solicitar el valor estratégico del Proyecto y la “*pérdida de oportunidad*” de explorar y desarrollar partes del yacimiento Don Diego ([REDACTED] , respectivamente) se basa en estimaciones realizadas por el Sr. Longley, que no es perito en materia de daños ni asesor independiente,

ya que es el Director de Operaciones de Odyssey (desde el mes de octubre de 2014) y Presidente de la empresa (desde el año 2019)⁸⁷³.

777. En opinión del Tribunal, no existe fundamento alguno para asignar un 15 % adicional al valor del Proyecto debido a su valor estratégico. El Sr. Longley no indica por qué establece ese porcentaje de incremento específico o qué valores de referencia ha tenido en cuenta, ni menciona ninguna otra valuación de un proyecto equivalente en la que se haya considerado esta prima. Además, el valor base sobre el que el Sr. Longley calcula este incremento de 15 %, es decir, la valuación realizada por Compass Lexecon, no ha sido validado por el Tribunal, como ya se ha comentado, por lo que resulta aún más difícil aceptar esta estimación.
778. La situación es igualmente especulativa en cuanto al valor estimado de pérdida de oportunidad de explorar y desarrollar otras partes del yacimiento Don Diego. El Sr. Longley señala que el Informe Técnico NI 43-101 solo hace referencia al 18 % del área de Concesión y añade que *“los contornos completos del depósito aún no han sido delimitados [y] los datos geológicos y la perforación que [se ha] llevado a cabo hasta ahora ‘sugieren firmemente’ que el depósito continúe hacia el norte, hacia el sur y hacia el oeste”*⁸⁷⁴. Las estimaciones que realiza el Sr. Longley se refieren a esta área no analizada en el Informe Técnico NI 43-101.
779. El Sr. Longley también especula con respecto al potencial del depósito Don Diego en términos de profundidad, y señala que *“[t]ambién hay evidencia de que el depósito es más profundo (o es más grueso) en muchos lugares”*⁸⁷⁵.
780. La ausencia de pruebas sólidas sobre estas estimaciones y la falta de estudios fundamentales al respecto quedan claras cuando el Sr. Longley afirma que *“[s]i la SEMARNAT hubiera concedido la MIA, habíamos presupuestado [REDACTED] para llevar a cabo campañas adicionales de muestreo básico para cuantificar y caracterizar el*

⁸⁷³ Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 3.

⁸⁷⁴ Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 38.

⁸⁷⁵ Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 39.

recurso en las áreas inexploradas de la Concesión, así como para aumentar el espacio de las muestras dentro de las áreas exploradas”⁸⁷⁶.

781. Así, el cálculo del Sr. Longley de incluir recursos minerales además de los considerados por Compass Lexecon ([REDACTED] para la parte inexplorada de la Concesión y [REDACTED] para la eventual mayor profundidad del yacimiento en la parte explorada), carece de sustento suficiente, incluye meras inferencias y se encuentra respaldado únicamente por las propias estimaciones del Sr. Longley. Por lo tanto, esas estimaciones no cumplen el criterio de certeza razonable para demostrar los daños.
782. Por último, el Tribunal no considera pertinentes las referencias de la Demandante a decisiones de otros tribunales en las que se ha considerado este tipo de concepto, ya que esos casos implican análisis y conclusiones relacionados con los hechos específicos de cada caso. Además, en ninguna de estas decisiones se aprecia que la pérdida de oportunidades se haya considerado una indemnización adicional a los daños estimados. Más bien, parece haberse aplicado en lugar de una metodología basada en los ingresos y como método de indemnización único.

(3) Intereses

783. La Demandante afirma que la compensación plena en virtud del derecho internacional consuetudinario requiere el otorgamiento de intereses⁸⁷⁷. Añade que *“el principio de reparación plena debe motivar todos los aspectos al momento de fijar el interés, desde el tipo de interés apropiado, hasta si el interés debe ser compuesto, y la frecuencia con la que debe calcularse el interés compuesto”*⁸⁷⁸. La Demandante también cita el Artículo 1135 del TLCAN y el Artículo 38(1) de los ARSIWA, ya que proporcionan algunas orientaciones a este respecto sobre cómo el Tribunal puede dictar su laudo final⁸⁷⁹.
784. Según la Demandante, la compensación plena debería incluir “intereses previos a la adjudicación a una tasa equivalente al WACC de un inversionista típico en un proyecto

⁸⁷⁶ Declaración Testimonial de John D. Longley, Jr., ¶ 41.

⁸⁷⁷ Memorial, ¶ 423.

⁸⁷⁸ Memorial, ¶ 424.

⁸⁷⁹ Memorial, ¶ 425. En su Memorial, la Demandante menciona el “*proyecto de artículo 38, apartado I*”, pero la referencia correcta es al Artículo 38(1) de los ARSIWA.

minero preoperativo en México”. Añade que Compass Lexecon calcula el WACC pertinente en 13,95 %⁸⁸⁰.

785. La Demandante asevera que, de conformidad con el Artículo 38(2) de los ARSIWA, la compensación plena requiere que los intereses se devenguen “*desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago*”⁸⁸¹ o, dicho de otro modo, el otorgamiento de intereses anteriores y posteriores al laudo⁸⁸².
786. A mayor abundamiento, la Demandante afirma que, en consonancia con el principio de reparación plena, los intereses anteriores al laudo deben capitalizarse en forma anual y que el Tribunal debe otorgar a la Demandante intereses compuestos sobre toda la indemnización adeudada⁸⁸³.
787. Por último, la Demandante afirma que, si México no paga de inmediato los daños otorgados, debería tener “*derecho a intereses compuestos que se extiend[a]n desde la fecha del laudo hasta la realización del pago en su totalidad*”⁸⁸⁴.
788. El Demandado argumenta que la tasa de interés propuesta por la Demandante “*carece de todo fundamento*”, “*no tiene precedentes en el arbitraje inversionista-Estado*” y, además, “*compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió*”⁸⁸⁵.
789. El Demandado alega que los intereses deben calcularse sobre la base de la tasa de los bonos del Tesoro de los EE. UU. a un año⁸⁸⁶.
790. El Tribunal señala que el Artículo 1135 del TLCAN establece lo siguiente: “*Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación: a. daños pecuniarios y los intereses correspondientes [...]*”.

⁸⁸⁰ Memorial, ¶ 426.

⁸⁸¹ Memorial, ¶ 427.

⁸⁸² Memorial, ¶ 427.

⁸⁸³ Memorial, ¶ 428.

⁸⁸⁴ Memorial, ¶ 431.

⁸⁸⁵ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶¶ 146, 225.

⁸⁸⁶ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 226.

791. El Tribunal también observa que la única referencia en el Tratado a la tasa de interés que debe otorgarse se encuentra receptada en el Artículo 1110(4) del TLCAN, que dispone lo siguiente: “[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”.
792. Si bien esta norma se refiere a la indemnización por expropiación, el Tribunal considera que puede servir de orientación en el presente caso porque es la referencia más explícita del TLCAN en la materia y porque el Tribunal no encuentra razón alguna para excluir la aplicación de este criterio cuando la indemnización surge de la violación del estándar de TJE y no de una expropiación. A mayor abundamiento, el Demandado defiende la aplicación de este concepto desde su primera presentación, y la Demandante no se opuso durante el procedimiento.
793. En este contexto, el Tribunal considera que una tasa de interés equivalente al WACC de un inversionista típico en un proyecto minero preoperativo en México, tal como postula la Demandante, no es una tasa comercial razonable que corresponda aplicar en este caso.
794. Sobre este particular, el Tribunal está de acuerdo con las objeciones de Quadrant Economics en el sentido de que dicha tasa “*incluye riesgos comerciales en la industria minera y no es adecuado para calcular intereses en este Arbitraje, ya que una posible indemnización por daños y perjuicios no habría estado sujeta a esos riesgos*”⁸⁸⁷.
795. El Tribunal considera que la tasa de interés comercialmente razonable que debe aplicarse a la indemnización otorgada no debe asociarse al riesgo de operar en la industria minera, sino que debe compensar el valor temporal del dinero desde la fecha de cálculo de la indemnización hasta la fecha de pago de esta última, teniendo en cuenta el riesgo de contraparte existente. De hecho, el monto indemnizatorio calculado sobre la base de los costos hundidos a 12 de octubre de 2018 no se ha visto afectado por el riesgo del negocio minero a partir de esa fecha.

⁸⁸⁷ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 176.

796. Por los motivos expuestos *supra*, el Tribunal no acepta la solicitud de la Demandante de aplicar una tasa de interés de 13,95 %, equivalente al WACC de un inversionista típico en un proyecto minero preoperativo en México.
797. A su vez, el Tribunal tampoco considera que el cálculo de intereses que propone el Demandado sobre la base de la tasa de los bonos del Tesoro de los EE. UU. a un año represente una tasa comercial razonable⁸⁸⁸. Se trata de una alternativa muy conservadora propuesta por Quadrant Economics que, en lugar de reflejar una tasa de interés comercial razonable, refleja la preferencia del perito por no asumir ningún riesgo. Por lo tanto, es la propia elección del perito de una tasa libre de riesgo⁸⁸⁹ la que no puede convertirse en el parámetro típico que debe observar una sociedad comercial a la hora de invertir sus recursos.
798. Durante la Audiencia, el Tribunal preguntó al Dr. Flores de Quadrant Economics sobre la elección de esta tasa. El perito dejó en claro que se trataba de una preferencia por invertir en una alternativa muy conservadora:

“COÁRBITRO ALEXANDROV (Interpretado del inglés): ... ¿[P]or qué la tasa libre de riesgo es una tasa comercial?

SEÑOR FLORES (Interpretado del inglés): Entonces hay que recrearlo: ¿qué hubiese hecho la demandante si hubiese recibido ese único dólar en el 2016? Y lo que sabemos es que ese dólar durante los últimos cinco años no ha estado sujeto a riesgos comerciales. Entonces, hay que pensar donde invertiríamos ese dinero. Si yo voy a un banco y le digo: yo quiero invertir dinero, quiero invertir este dólar, quiero que me lo guarde por los próximos cinco años y no quiero estar sujeto a ningún riesgo, el banco dirá: bueno, ven a comprar bonos del Tesoro. Entonces, desde ese punto de vista los bonos del Tesoro y la tasa de bonos del Tesoro de los Estados Unidos es una tasa comercial. Lo que queremos hacer es depositar dinero en una inversión muy segura”⁸⁹⁰.

799. Por lo tanto, la tasa del bono del Tesoro de los EE. UU. a un año es una elección “*muy segura*” efectuada por el Dr. Flores, pero no lo que este Tribunal considera una tasa comercial razonable.

⁸⁸⁸ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 226.

⁸⁸⁹ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 176.

⁸⁹⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1765:5-1766:14.

800. A mayor abundamiento, la tasa de interés de los bonos del Tesoro de los EE.UU. no refleja el riesgo de contraparte, ya que el deudor es México, no EE. UU. En este sentido, parece razonable que la tasa de interés aplicable sea equivalente a la que paga México cuando toma dinero prestado emitiendo bonos de deuda soberana.
801. Además, la fijación de una tasa de interés más baja que la que paga México cuando pide dinero prestado generaría un incentivo para no pagar el laudo, ya que aplazar el pago sería una alternativa más barata que tomar un préstamo.
802. Sobre la base de estas consideraciones, es decir, identificando una tasa de interés comercial razonable y teniendo en cuenta que la contraparte es México, el Tribunal determina que corresponde otorgar intereses a la tasa de los bonos del Tesoro de México a un año.
803. El Tribunal es consciente de que Quadrant Economics considera que la tasa de interés no debe incluir el riesgo de contraparte, ya que se trata de “*un riesgo al que no está sujeta ninguna adjudicación potencial*” o que “*el monto otorgado al demandante fue resguardado de ese evento de incumplimiento*”⁸⁹¹. No obstante, el Tribunal no está de acuerdo en que el riesgo de falta de pago de un laudo sea menor que el de falta de pago de un bono soberano. Más bien, los considera riesgos equivalentes. Asimismo, el riesgo al que se expone la Demandante es un riesgo que debe juzgarse *ex ante*, a partir de la fecha de cálculo de los costos hundidos, no a la fecha de hoy, que es lo que sugiere Quadrant Economics.
804. En cuanto al motivo para utilizar una tasa a corto plazo (un año) en lugar de una tasa a más largo plazo (es decir, a 10 años), el Tribunal está de acuerdo con Quadrant Economics en que la parte demandante no puede saber, *a priori*, cuándo se dictará el laudo, y “*por lo tanto, un inversionista prudente reinvertiría rutinariamente en activos a corto plazo hasta esa fecha*”⁸⁹².
805. Por último, en relación con la solicitud de la Demandante de que los intereses se capitalicen anualmente y de que se paguen intereses anteriores y posteriores al laudo, el Demandado

⁸⁹¹ Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 185.

⁸⁹² Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics, ¶ 183.

no formula objeciones a dicha solicitud y, por lo tanto, el Tribunal no considera esos puntos como cuestiones controvertidas.

806. Por consiguiente, los intereses se capitalizarán anualmente y se pagarán a partir de 12 de octubre de 2018, que es la fecha en que se calculan los daños, hasta la fecha de este Laudo y, en lo sucesivo, hasta que México realice el pago total.

(4) Impuesto

807. La Demandante afirma que la valuación de Compass Lexecon es neta de impuestos mexicanos. En consecuencia, la Demandante solicita que el Tribunal (i) otorgue daños a ExO sobre la base de la valuación de Compass Lexecon de las Fases I y II antes de impuestos mexicanos y la compensación de todos los demás daños otorgados por los impuestos mexicanos aplicables; o (ii) declare que cualquier laudo es neto de todos los impuestos mexicanos aplicables y que México no puede gravar ni intentar gravar el Laudo; y (iii) ordene a México indemnizar a la Demandante con respecto a cualquier impuesto mexicano que grave el Laudo.
808. El Demandado critica algunos aspectos de la compensación por impuestos solicitada por la Demandante en caso de que la valuación de los daños siga la metodología del enfoque de ingresos⁸⁹³. Dado que el Tribunal ha descartado la aplicación de dicha metodología, prescindirá de analizar las críticas del Demandado al respecto.
809. México no discute que la indemnización otorgada por el Tribunal pueda verse afectada o disminuida debido a los impuestos que le son aplicables. El Tribunal también está de acuerdo con este principio, en especial, teniendo en cuenta que el Laudo pretende compensar a la Demandante por los costos en que incurrió y no por los beneficios previstos.
810. Puesto que el Tribunal desconoce el tipo y el monto de los impuestos mexicanos eventualmente aplicables a la indemnización otorgada, no está en condiciones de calcular la compensación que sería necesaria para que la indemnización conservara su valor neto.
811. En consecuencia, el Tribunal resuelve que el Laudo es neto de todos los impuestos mexicanos aplicables.

⁸⁹³ Memorial de Contestación, ¶¶ 712-713.

VII. COSTAS

812. Ambas partes solicitan un otorgamiento de costas por la totalidad de los costos del arbitraje, con más honorarios y gastos⁸⁹⁴.
813. Las partes arribaron a un acuerdo el 7 de noviembre de 2022, según el cual los escritos sobre costos de las partes no deben contener ningún argumento jurídico relativo a la distribución de las costas⁸⁹⁵. Sobre la base de este acuerdo, el Tribunal considerará únicamente la nueva presentación de la Demandante de su Declaración sobre Costos de fecha 14 de diciembre de 2022, en la que se eliminaron las referencias a argumentos y nuevas autoridades legales incluidos inicialmente en su Declaración sobre Costos de fecha 30 de noviembre de 2022, y la Declaración sobre Costos del Demandado de fecha 30 de noviembre de 2022.
814. Los honorarios y gastos legales de la Demandante ascienden a USD 21.265.683,40. La Demandante ha pagado un anticipo de USD 400.000 a cuenta de los honorarios y gastos de los Miembros del Tribunal, y de los honorarios y cargos administrativos del CIADI.
815. Los honorarios y gastos legales del Demandado ascienden a USD 2.590.212,44. El Demandado ha pagado un anticipo de USD 400.000 a cuenta de los honorarios y gastos de los Miembros del Tribunal, y de los honorarios y cargos administrativos del CIADI.
816. El Tribunal señala que, de conformidad con el Artículo 1135 del TLCAN, está facultado para otorgar costas “*de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables*” que, en este caso, es el Reglamento de la CNUDMI de 1976⁸⁹⁶. A su vez, el Artículo 40 del Reglamento de la CNUDMI de 1976 dispone lo siguiente:

“1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

⁸⁹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 375(vii); Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, ¶ 232.

⁸⁹⁵ Véase ¶ 71 *supra*.

⁸⁹⁶ Resolución Procesal No. 1, Sección 2.1. “*Este procedimiento se realiza de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI de 1976, salvo en la medida en que éste sea modificado por el Capítulo 11, Sección B del TLCAN*”.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable”.

817. El Tribunal considera que el principio que establece que “*los costos siguen el evento*” [Traducción del Tribunal] es la norma general y consolidada en el derecho internacional de las inversiones. También considera que la presente controversia abarca cuestiones muy complejas debido a su naturaleza técnica y a la amplitud de las pruebas presentadas. El Tribunal observa que la Demandante ha demostrado con éxito que el Demandado ha violado el estándar de TJE recogido por el Artículo 1105(1) del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal rechazó el principal enfoque de valuación de la Demandante y las metodologías que propuso para calcular los daños. El Demandado también ha presentado varias defensas en la evaluación de los daños que el Tribunal aceptó.
818. Tras haber descrito las circunstancias *supra*, teniendo en cuenta que el Demandado es la parte vencida pero que la mayoría de sus defensas han sido aceptadas en cuanto al monto indemnizatorio, que la indemnización otorgada es sustancialmente inferior a la reclamada por la Demandante, y a la luz de la amplia discrecionalidad de la que goza el Tribunal en el prorrateo de las costas de conformidad con el Artículo 40 del Reglamento de la CNUDMI de 1976 citado *supra*, el Tribunal resuelve que es razonable que el Demandado sea responsable de todas las costas de este arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros y los cargos administrativos del CIADI, y que cada parte sufrague sus propios honorarios y gastos.
819. Las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y los cargos administrativos y gastos directos del CIADI ascienden a un total de USD 1.187.998,31, desglosados de la siguiente manera:

Honorarios y gastos de los Árbitros	
Felipe Bulnes	468.628,09
Stanimir Alexandrov	191.495,00
Philippe Sands	156.370,05
Jan Paulsson ⁸⁹⁷	4.312,50

⁸⁹⁷ Presidente del Tribunal entre el 6 de diciembre de 2019 y el 12 de febrero de 2020, fecha en la que rechazó su cargo como Presidente del Tribunal.

Cargos administrativos del CIADI	220.000,00
Gastos directos	147.192,67
Total	1.187.998,31

820. Estos costos se han pagado con los anticipos que efectuaron las partes⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ El Secretariado del CIADI proporcionará a las partes un Estado Financiero detallado. El saldo de la cuenta del caso se reembolsará a las partes en proporción a sus aportes.

VIII. LAUDO

821. Por las razones expuestas, el Tribunal decide lo siguiente:

- (a) Se acepta la reclamación de la Demandante de que el Demandado violó el Artículo 1105(1) del TLCAN al no otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante.
- (b) Se condena al Demandado a pagar a ExO, por incumplimiento de su obligación en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN, la suma de USD 37,1 millones. Este importe deberá abonarse en un plazo de 30 días a partir de la notificación del presente Laudo.
- (c) Se ordena el pago de intereses sobre este Laudo desde el 12 de octubre de 2018 hasta su pago total a una tasa igual a la tasa de los bonos del Tesoro de México a un año, capitalizable anualmente.
- (d) Estos montos son netos de impuestos mexicanos aplicables y México no puede gravar el Laudo. De lo contrario, México indemnizará a ExO por los impuestos mexicanos que graven el Laudo.
- (e) Se condena al Demandado al pago de la totalidad de las costas de este arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del CIADI, tal y como se detallan en el párrafo 819.
- (f) Se ordena a cada parte al pago de sus propios honorarios y gastos.
- (g) Se deniegan todas las demás reclamaciones de indemnización.

[Firmado]

Dr. Stanimir Alexandrov
Árbitro

Fecha: 12 de septiembre de 2024

Prof. Philippe Sands, KC
Árbitro

Con sujeción a la opinión disidente adjunta

Fecha:

Sr. Felipe Bulnes Serrano
Árbitro Presidente

Fecha:

Dr. Stanimir Alexandrov
Árbitro

Fecha:

[Firmado]

Prof. Philippe Sands, KC
Árbitro
Con sujeción a la opinión disidente adjunta

Fecha: 12 de septiembre de 2024

Sr. Felipe Bulnes Serrano
Árbitro Presidente

Fecha:

Dr. Stanimir Alexandrov
Árbitro

Prof. Philippe Sands, KC
Árbitro

Con sujeción a la opinión disidente adjunta

Fecha:

Fecha:

[Firmado]

Sr. Felipe Bulnes Serrano
Árbitro Presidente

Fecha: 16 de septiembre de 2024

Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands KC

1. Este caso versa sobre una inversión en el Golfo de Ulloa, en la costa occidental de México, una zona rica en biodiversidad que desempeña un importante papel para muchos organismos marinos. Uno de ellos es la tortuga caguama (*caretta caretta*), una especie altamente migratoria que las leyes internacionales y nacionales reconocen como en peligro de extinción a nivel mundial¹. Otras especies marinas emblemáticas del Golfo de Ulloa son las ballenas grises y azules, los delfines, las focas, los lobos marinos y muchas especies de aves que atraviesan el Golfo en distintas épocas del año. La importancia de la región para la vida marina se encuentra reconocida por organizaciones internacionales, entre ellas, la UNESCO, y organismos científicos². Varias zonas que rodean el Golfo están declaradas áreas protegidas.
2. El Golfo de Ulloa también es importante por proporcionar recursos pesqueros a las comunidades locales, lo que representa un valioso aporte para su bienestar social y económico. Los pescadores y las autoridades locales, así como el Estado mexicano, han expresado su deseo de equilibrar la explotación de los recursos pesqueros con la protección del ambiente marino. A tal fin, han implementado un régimen regulatorio que pretende minimizar el daño que las pesquerías (así como otras actividades) pueden ocasionar a la vida marina del Golfo. Este régimen regulatorio se ve respaldado y complementado por las actividades de una serie de organizaciones y sociedades pesqueras y de organismos académicos y especializados en la materia. El funcionamiento exitoso de este régimen y la protección del Golfo de Ulloa han sido asuntos de interés durante muchos años. Ello refleja el compromiso por parte del Estado mexicano y de la comunidad local de proteger el ambiente marino del Golfo de Ulloa.

¹ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (“CITES”), Apéndice I (incluida en el género Cheloniidae); Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (**R-0042**).

² **C-0009**, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 73-75; **R-0029**, Informe de la CONANP sobre el Patrimonio Mundial Natural y Mixto de México 2012-18; **R-0030**, Presentación sobre las Regiones Marinas Prioritarias de México elaborada por The David and Lucile Packard Foundation.

3. Esta es una parte del contexto en el cual Odyssey Marine Exploration, Inc. (EE. UU.) (“**Odyssey**” o la “**Demandante**”), sociedad constituida en el estado de Nevada, Estados Unidos de América, procedió a invertir en un proyecto que se dedicaría a la explotación minera de fosfatos en el lecho marino del Golfo de Ulloa. Odyssey es una empresa con una impresionante experiencia en la exploración de aguas profundas y la recuperación de artefactos y cargamentos de buques naufragados o hundidos. Parece ser una empresa responsable, pero también una empresa que no tiene experiencia previa en la explotación minera del lecho marino (ni de ningún otro tipo), ni conocimientos propios en relación con la explotación minera del lecho marino del tipo que ahora se propone emprender.
4. Asimismo, la inversión de Odyssey y la actividad que se propone llevar a cabo en México se basan en la utilización de una técnica de explotación minera de fosfatos en el lecho marino que, al parecer, es totalmente novedosa y no probada en ningún lugar del mundo. Una serie de factores —la falta de experiencia de la empresa y de su personal, la novedad de las técnicas mineras, el considerable posible impacto en el ambiente— se pusieron de manifiesto el primer día de la audiencia en el presente caso: en el transcurso de un contrainterrogatorio, el Dr. Lozano, Gerente Ambiental y de Proyecto del proyecto Don Diego, confirmó que no tenía experiencia en México, ni en minería marina, ni en la solicitud de permisos ambientales de este tipo³.
5. Estos hechos por sí solos, que no se controvierten en sus aspectos sustantivos, junto con las características ecológicas del Golfo de Ulloa, resultarían suficientes para que cualquier autoridad pública razonable se detuviera a la hora de avanzar con la decisión de autorizar la actividad minera propuesta. Si algún caso exigiera la aplicación diligente de la obligación de proteger el medio ambiente, incluido el principio de precaución (que obliga y es aplicable a México en virtud del derecho internacional y de la legislación mexicana), se trata de este.
6. El proyecto en el que ha invertido Odyssey pretende extraer fosfato de una zona concreta del Golfo de Ulloa. En ocasiones se la denomina “yacimiento Don Diego”. Odyssey ha propuesto emplear un método mecánico para extraer el fosfato del lecho

³ Tr. de la Audiencia, Día 1, 234-236.

marino: en primer lugar, un tubo succionador transportaría el material del lecho marino; en segundo lugar, se separaría el fosfato del sedimento extraño; y, en tercer lugar, el sedimento extraño se depositaría de nuevo en el suelo marino⁴. Si bien la técnica de succión propuesta para este proyecto parece haberse utilizado en otros tipos de proyectos, aparentemente esta es la primera vez que se emplearían estas técnicas para extraer minerales del lecho marino⁵.

7. Esta simple descripción permite a cualquier persona razonable reconocer que la actividad propuesta, que se desarrollaría en una extensa superficie de 800 kilómetros cuadrados, puede perturbar el fondo del océano a una escala tanto considerable como novedosa. Cabe destacar que en varias oportunidades Odyssey ha intentado evitar calificar de “minería” la actividad que propone, prefiriendo referirse a ella como “dragado” (podría haberse referido a su actividad de manera igualmente inexacta como “aspirado” o “limpieza”). Ha adoptado este enfoque terminológico, uno supone, por las connotaciones negativas que a menudo (aunque no siempre de manera justa) se asocian a las actividades mineras. Sin embargo, la realidad es que, desde el punto de vista del derecho internacional, el “Proyecto Don Diego” es un proyecto minero⁶. En efecto, la propia Odyssey ha descrito a sus diversos testigos y consultores como expertos en “minería” y ha insinuado que su inversión debería tratarse como un proyecto minero cuando ha sido conveniente hacerlo⁷.

8. Habida cuenta de la naturaleza del proyecto y la inevitabilidad de determinados impactos sobre el ambiente del Golfo de Ulloa, quizás no resulte para nada llamativo que el Proyecto Don Diego causara alarma entre ciertas comunidades, en particular las que tienen intereses en la pesca y la ecología. La propia Odyssey ha reconocido la posibilidad de que se produzcan daños ambientales, habiendo contratado a varios consultores en materia ambiental y realizado una serie de estudios para evaluar el alcance de los posibles impactos y daños, así como la disponibilidad de medidas de mitigación. Ambas partes han presentado ante el Tribunal una gran cantidad de pruebas

⁴ C-0059, Propuesta de Minería de Fosfato en Don Diego de Boskalis.

⁵ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1897-1901.

⁶ Anexo III de la CONVEMAR, Arts. 13 y 17; Artículo 1 del Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la Zona (2013); Tr. de la Audiencia, Día 4, 1027-1033; Tr. de la Audiencia, Día 5, 1472-1474; Tr. de la Audiencia, Día 7, 1893-1900.

⁷ Véanse, en particular, las alegaciones sobre daños de la Demandante en su Memorial, págs. 169-187, y en su Réplica, págs. 146-252.

en cuanto a la importancia del posible daño ambiental y la eficacia de las medidas de mitigación. Me explayaré sobre este material *infra*.

9. El Tribunal también tuvo la oportunidad de oír a la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale S.C.L, una cooperativa pesquera local, y al Centro de Derecho Ambiental Internacional, una organización de interés público, que solicitaron intervenir en el procedimiento para abordar los posibles impactos del proyecto minero en el ambiente marino del Golfo de Ulloa. La Mayoría del Tribunal consideró que no debía autorizarse la participación de ninguna de estas organizaciones. Tal como se expone en mi opinión disidente sobre esa decisión, que se adjunta a la presente, fue sorprendente y lamentable que la Mayoría arribara a la conclusión de que de nada serviría permitir que se autorizara a cualquiera de estas dos organizaciones a efectuar presentaciones que pudieran asistir al Tribunal. La decisión me sugirió, en una etapa temprana del procedimiento, que el Tribunal podría proseguir sobre la base de que el presente caso no tenía ningún aspecto ambiental significativo, pese a las abundantes pruebas en contrario incluso en esa etapa temprana del procedimiento. Lamentablemente, el criterio adoptado por la Mayoría sobre el fondo de este caso ha confirmado de lleno esa inquietud inicial.
10. Volveré a referirme al impacto ambiental del proyecto propuesto *infra*. A los fines que nos ocupan, basta decir que un enfoque prudente de este proyecto sería completamente razonable a la luz del contexto: la novedad y naturaleza de la actividad propuesta, la inexperiencia de Odyssey y de su propio personal, la importancia ecológica del sitio y la aplicación del principio de precaución⁸. No es por ello de extrañar que la necesidad de cautela fuera reconocida de forma explícita por uno de los testigos clave de la Demandante, el Sr. Alfonso Flores, durante la audiencia⁹.
11. En lo que respecta a la jurisdicción, estoy de acuerdo con la conclusión de que el Tribunal puede conocer de la controversia.
12. En cuanto al fondo, empero, no comparto la conclusión de la Mayoría de que pueda decirse que el Demandado haya actuado de manera arbitraria o que se haya violado el

⁸ Principio 15 de la Declaración de Río, Art. 194 de la CONVEMAR.

⁹ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1901-1903.

Art. 1105 del TLCAN. El enfoque de la Mayoría respecto del derecho y de los hechos adolece de numerosas deficiencias que socavan el razonamiento y las conclusiones. Resulta especialmente preocupante el hecho de que no se haya tenido en cuenta el contexto ambiental del proyecto propuesto, los principales argumentos esgrimidos por el Demandado para justificar la negativa a autorizar el proyecto y las pruebas que obran en el expediente del presente caso.

13. Por motivos de economía judicial, la Mayoría ha resuelto que es innecesario determinar si la conducta del Demandado equivale a una falta de Protección y Seguridad Plenas (Art. 1105 del TLCAN) o a una expropiación indirecta (Art. 1110 del TLCAN), o si el Demandado ha otorgado a la Demandante un trato menos favorable que a los inversionistas nacionales (Art. 1102 del TLCAN). Para despejar toda duda, no considero que sea siquiera discutible que se haya violado alguna de esas disposiciones, en función del expediente que el Tribunal tiene ante sí. Toda vez que la Mayoría no ha abordado estas disposiciones, circunscribo mi análisis a la alegación de conducta arbitraria y al Art. 1105 del TLCAN.

Art. 1105 del TLCAN

14. La Mayoría concluye que el Demandado ha tratado a la Demandante “de manera arbitraria” y que dicho trato constituye una violación del estándar establecido en el Art. 1105 del TLCAN.
15. La arbitrariedad debe interpretarse y aplicarse remitiéndose a las disposiciones pertinentes del TLCAN y a las normas pertinentes o aplicables de derecho internacional. El preámbulo del TLCAN y su Art. 1114 afirman la importancia de la protección del ambiente y el desarrollo sostenible, tal como reconocieran los EE. UU. en su Escrito de Parte No Contendiente en el marco del presente caso¹⁰. El sistema del derecho internacional de las inversiones no existe en el vacío y los tribunales que analizan las acciones de los Estados deben recordar que los Estados se encuentran sujetos a una gran cantidad de otras obligaciones internacionales. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige que en la interpretación

¹⁰ Escrito de los Estados Unidos de América, párrs. 21-22.

del TLCAN se tenga en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, formulación que incluye las obligaciones en virtud de los tratados y del derecho consuetudinario¹¹. En el presente caso, las normas pertinentes aplicables incluyen las obligaciones conforme al derecho consuetudinario relativas a la protección de la biodiversidad y el ambiente marino. Estas obligaciones pueden encontrarse en tratados como el Convenio sobre la Diversidad Biológica del año 1992 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de la que los Estados Unidos no son parte), y también se ha determinado su existencia en el derecho internacional consuetudinario. Esas obligaciones en virtud del derecho consuetudinario incluyen la obligación de proteger y preservar el medio ambiente, de manera consistente con el criterio de precaución¹². Resulta especialmente relevante el Art. 208 de la CONVEMAR, que obliga a los Estados a “prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante directa o indirectamente de las actividades relativas a los fondos marinos sujetas a su jurisdicción” y que refleja una norma de derecho consuetudinario¹³. Por ende, al considerar si el Demandado actuó de manera arbitraria, es fundamental recordar que estaba obligado a actuar de conformidad con su deber en virtud del derecho internacional de proteger el ambiente del Golfo de Ulloa y el principio de precaución.

16. Conuerdo con la Mayoría en que, en principio, una conducta arbitraria puede constituir una violación del nivel mínimo internacional al que se refiere el Art. 1105. Que esto sea así dependerá de los hechos del caso. Tal como señalara Canadá en su Escrito de Parte No Contendiente, el Art. 1105 no otorga a los tribunales la facultad de cuestionar la política y la toma de decisiones del gobierno. Por lo tanto, cualquier análisis con arreglo al Art. 1105 debe llevarse a cabo a la luz del “gran margen de deferencia que el

¹¹ Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹² Principio 15 de la Declaración de Río. Diversas cortes y tribunales internacionales han reconocido que el principio de precaución es una norma de derecho internacional consuetudinario. Véanse, en particular, *Responsabilidades y Obligaciones de los Estados que Patrocinan a Personas y Entidades Respecto de Actividades en la Zona (Solicitud de Opinión Consultiva Presentada a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos)* Caso ITLOS No. 17, Opinión Consultiva de 1 de febrero de 2011, párr. 135; *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva, *ICJ Reports 1996*, pág. 226, párr. 29; *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Medidas Provisionales, Ordenanza de 13 de julio de 2006, *ICJ Reports 2006*, pág. 152, Opinión Disidente del Juez *Ad Hoc* Vinuesa; *Solicitud de Examen de la Situación de Conformidad con el Párrafo 63 del Fallo Dictado por la Corte, el 20 de Diciembre de 1974, en el Caso de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *ICJ Reports 1995*, Opinión Disidente del Juez Sir Geoffrey Palmer, párr. 91, y Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pág. 342.

¹³ Artículo 208 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

derecho internacional suele conceder al derecho de las autoridades nacionales a regular dentro de sus propias fronteras”¹⁴ [Traducción del Árbitro Disidente]. También coincido en que el fallo de la CIJ en *ELSI* puede tomarse como punto de partida para definir la conducta “arbitraria” en derecho internacional. El fallo de la CIJ es claro al fijar un estándar elevado: una conducta solo se considerará “arbitraria” cuando sea “opuest[a] al estado de derecho” y cuando la conducta en cuestión “conmocion[e], o al menos sorprend[a], el sentido de la corrección jurídica”¹⁵.

17. Puede decirse que este estándar es amplio y se encuentra abierto a interpretación, pero no pueden caber dudas de que la CIJ pretendía establecer un criterio exigente. Por su parte, la Mayoría no ha articulado de lleno lo que considera que son los distintos aspectos de la arbitrariedad. La Mayoría ha colegido que el Demandado actuó de manera arbitraria: en otras palabras, al decidir rechazar la MIA que autorizaba el avance del proyecto de la Demandante, ha actuado de una forma que “conmociona” o “sorprende” el sentido de la corrección jurídica de la Mayoría. Esta conclusión parece basarse en la creencia de que el Demandado adoptó su decisión de negar la MIA por motivos que no tenían que ver con las razones ambientales que se manifestaron como fundamento de la resolución. En principio, no estoy en desacuerdo con que actuar por motivos distintos de los indicados pueda —en función de las pruebas de que se disponga y de los hechos particulares de un caso concreto— constituir una conducta arbitraria y una violación del nivel mínimo de trato internacional.

18. No obstante, disiento de la Mayoría en cuanto a la aplicación de ese estándar jurídico a los hechos del presente caso. Determinar que un Estado ha adoptado una decisión por motivos distintos de los declarados es una acusación muy grave. En esencia, equivale a determinar que un Estado y sus funcionarios han actuado de forma deshonesta. A la luz de ello, cabría esperar que la Mayoría adoptara un enfoque minucioso y exhaustivo en la valoración de las pruebas, analizando atentamente las declaraciones testimoniales y las pruebas documentales (o la falta de ellas) que pretenden sustentar tales alegaciones y efectuando dicho análisis de forma equilibrada.

¹⁴ Escrito de Parte No Contendiente de Canadá, párr. 18, donde se citan *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 (Árbitros J. Martin Hunter, Bryan P. Schwartz, Edward C Chiasson QC) y varios otros casos en el marco del TLCAN en el mismo sentido.

¹⁵ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

19. En concreto, uno esperaría que la Mayoría hubiera revisado acuciosamente las razones ambientales brindadas por el Demandado en las dos resoluciones que adoptó en rechazo de la MIA presentada por la Demandante. Naturalmente, no corresponde al Tribunal determinar si tales preocupaciones se encontraban sólidamente fundadas, pero el rigor y la atención con que el Demandado ha analizado las cuestiones ambientales —y la plausibilidad de sus conclusiones, teniendo en cuenta el margen de apreciación que una autoridad pública tendrá en relación con las decisiones sobre tales cuestiones— guardan relevancia directa para la credibilidad y la fuerza de la conclusión de que un demandado ha actuado realmente por motivos que son diferentes de los que se afirma que son el fundamento de su resolución.

20. A pesar de esta obviedad, la Mayoría no ha considerado conveniente efectuar en absoluto un análisis minucioso y exhaustivo. Por el contrario, ha basado sus conclusiones de hecho en un enfoque que puede calificarse de especulativo y ha atribuido importancia a declaraciones testimoniales cuya calidad y credibilidad resultan cuestionables.

21. La Mayoría ha basado su conclusión en cuatro factores principales. Me referiré a cada uno de ellos por separado. Todos estos factores tienen un denominador común, que se relaciona con la consideración de la Mayoría de las detalladas resoluciones del Demandado que negaron la MIA: la primera resolución tiene una extensión de 237 páginas; la segunda, de 519 páginas. Los informes relativos a ambas resoluciones se extienden considerablemente en el análisis del posible impacto ambiental del proyecto minero propuesto por Odyssey. Realizan un análisis pormenorizado de la metodología de Odyssey y de las medidas que propone para mitigar los efectos ambientales de sus actividades mineras. Incluyen detalles acerca de las graves y variadas preocupaciones ambientales de prestigiosos organismos y organizaciones científicos independientes, así como de miembros de la sociedad. Tal como dejaron en claro las pruebas presentadas ante el Tribunal, este proyecto propuesto suscitó una gran preocupación para muchas personas naturales y jurídicas. Sin embargo, a pesar de la abundancia de material, la Mayoría ha optado por ignorar las pruebas en cuanto al daño ambiental en su totalidad.

22. Entre las preocupaciones ambientales expresadas en las dos resoluciones se encuentran las siguientes:

- a. El impacto en el hábitat de la tortuga *caretta caretta*, en peligro de extinción¹⁶.
- b. La abundancia de tortugas en el sitio del proyecto¹⁷.
- c. El impacto en las ballenas y otros grandes mamíferos marinos¹⁸.
- d. El impacto del dragado/la extracción mecánicas en los organismos bentónicos del lecho marino y el consiguiente impacto en los organismos que se alimentan de esos organismos bentónicos¹⁹.
- e. La compatibilidad del proyecto con el principio de precaución reconocido tanto por la legislación mexicana como por el derecho internacional²⁰.
- f. La metodología de los estudios ambientales de la Demandante, incluida la época del año en que se llevaron a cabo dichos estudios²¹.
- g. La despreocupación que muestran las medidas de mitigación propuestas por la pérdida de la vida de las tortugas²².
- h. La falta de métodos o indicadores claros para evaluar el impacto continuo del proyecto²³.

23. Entre las entidades que expresaron sus preocupaciones durante las consultas públicas relacionadas con el proyecto se encontraban:

- a. El Gobierno del Estado de Baja California Sur, que expresó su preocupación por la forma en que se habían llevado a cabo las evaluaciones ambientales²⁴.
- b. La Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, que expresó su preocupación respecto de los impactos negativos de la minería y la

¹⁶ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 221-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 465-469.

¹⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 221-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

¹⁸ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

¹⁹ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 222-223; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 482-497.

²⁰ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 512-515.

²¹ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 470-473.

²² C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 503-504, 512-516.

²³ C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, pág. 504.

²⁴ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 163-164; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 160-161.

superposición entre el área del proyecto y diversos sitios importantes por su biodiversidad²⁵.

- c. La Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, que expresó varias preocupaciones, incluido el posible impacto del proyecto en las ballenas²⁶.
- d. El Instituto de Ciencias del Mar y Limnología, que expresó su especial preocupación por la liberación de elementos tóxicos en la columna de agua²⁷.
- e. La Sociedad de Mastozoología Marina, que mencionó sus preocupaciones con respecto al impacto acústico en las ballenas y la posible pérdida de hábitat²⁸.

24. En lo que respecta a las presentaciones individuales, las dos resoluciones denegatorias también registran una serie de casos en los que el Demandado solicitó información de seguimiento o aclaraciones sobre cuestiones de detalle, incluida la metodología. Además, incluso una lectura somera de las dos resoluciones muestra que las secciones de análisis están repletas de referencias a una serie de publicaciones científicas independientes y de acceso público —y se encuentran respaldadas por ellas—, que abordan y analizan la importancia ambiental del Golfo de Ulloa y los probables efectos adversos significativos del proyecto propuesto.

25. Pese a que estas preocupaciones constan en las pruebas ante el Tribunal, la Mayoría no ha hecho alusión a los motivos sustantivos planteados por el Demandado en sustento de sus resoluciones denegatorias, ni ha ofrecido ninguna opinión al respecto. Estos motivos son la esencia misma de la defensa del Demandado a la reclamación ante el Tribunal de Arbitraje y resulta preocupante e inapropiado que, en un asunto de evidente preocupación local, nacional e internacional, un tribunal de arbitraje internacional guarde silencio de esta manera. La Mayoría no ha ofrecido ninguna justificación, explicación ni razones con respecto a su decisión de no considerar ni evaluar los fundamentos proporcionados por el Demandado en relación con su decisión de rechazar una MIA por motivos ambientales. No resulta sencillo encontrar una base razonable

²⁵ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 165-166; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 162-163.

²⁶ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 166-173; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 162-170.

²⁷ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 176-180; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 173-177.

²⁸ C-0008, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 7 de abril de 2016, págs. 185-194; C-0009, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018, págs. 182-190.

para esa omisión. Al no haber tenido en cuenta argumentos y pruebas relevantes, la Mayoría ha cometido un error fatal, socavando cualquier posibilidad de que pueda decirse que sus conclusiones son razonables o guardan relación con las pruebas de que dispone.

26. El único reconocimiento que se hace en el Laudo de las cuestiones ambientales que constituyen el punto central del caso son los tres brevísimos párrafos en los que se consideran las presentaciones de organismos científicos independientes, ONG y organizaciones gubernamentales descritas en el párrafo 23 *supra*²⁹. Desafortunadamente, la Mayoría parece no comprender fundamentalmente el verdadero papel de dichas presentaciones en un proceso de evaluación ambiental. La Mayoría despreocupadamente descarta la relevancia de estas presentaciones en función de que no se hace alusión a ellas en la sección de análisis de las dos resoluciones³⁰, cosa que no es controvertida por la Demandante. Ello no es de extrañar. Tal como parecieran reconocer tanto la Demandante como la Mayoría³¹, estas presentaciones no eran vinculantes y el Demandado debía llevar a cabo su propio análisis independiente del Proyecto Don Diego. Si el Demandado se hubiera basado en este material de la forma contemplada por la Mayoría, el Demandado se habría expuesto a la acusación de que no había adoptado él mismo las dos resoluciones denegatorias o que había sido selectivo al referirse a algunas, pero no a todas las presentaciones. La manera en que el Demandado abordó las presentaciones de terceros se inscribe en una práctica que no es de modo alguno excepcional. Así, el enfoque de la Mayoría parece reflejar una falta de comprensión del proceso de evaluación ambiental más que de cuestiones más sustantivas.

27. La verdadera importancia de estas presentaciones no radica en cómo se hace referencia a ellas en el análisis de la MIA, sino en el efecto que tienen sobre la credibilidad del argumento de que el Demandado no actuó realmente por las razones ambientales aducidas. En mi opinión, la existencia de presentaciones detalladas de un gran número de organizaciones expertas independientes y de autoridad o individuos que han expresado serias preocupaciones en cuanto a los impactos ambientales del Proyecto

²⁹ Laudo de la Mayoría, párrs. 431-434.

³⁰ Laudo de la Mayoría, párr. 434.

³¹ Réplica de la Demandante, párr. 69; Laudo de la Mayoría, párr. 433.

Don Diego refuerza la credibilidad de los argumentos del Demandado: estas presentaciones confirman tanto la razonabilidad de la conclusión de que el Proyecto Don Diego dio lugar a preocupaciones ambientales significativas, como así también que puede decirse que el Demandado ha actuado en función de esas preocupaciones. La Mayoría guarda silencio sobre ambos aspectos.

28. En lugar de abordar las razones ambientales invocadas por el Demandado, la Mayoría ha basado en gran medida su conclusión de que el Demandado actuó por razones distintas a la protección del medio ambiente en la declaración testimonial de dos individuos, el Sr. Alfonso Flores y el Sr. Alberto Villa. Ambos son exempleados de la SEMARNAT. He prestado máxima atención a los testimonios escritos y orales del Sr. Flores y del Sr. Villa y lamento tener una serie de inquietudes que me llevan a albergar serias dudas sobre su credibilidad.
29. Una inquietud importante es que el Sr. Flores y el Sr. Villa recibieron pagos de la Demandante por el tiempo que dedicaron a la preparación de sus declaraciones testimoniales y el tiempo empleado en comparecer a las audiencias. En un principio, no se declaró que este hecho hubiera sido así: los acuerdos no fueron divulgados por Odyssey ni por los testigos en la primera oportunidad, como podría haber sido, y los detalles de los acuerdos, incluidas las condiciones, los plazos y las sumas de dinero salieron a la luz recién durante la audiencia³². El hecho de que posteriormente el Sr. Flores no presentara las facturas al Tribunal, a pesar de que se le había ordenado hacerlo, indica que el Tribunal no tiene un panorama completo de los acuerdos financieros y de otro tipo que el Sr. Flores celebró al decidir prestar declaración en el presente caso³³. No obstante, parece que se abonó a cada testigo alrededor de USD 200 por hora por su tiempo, en concepto de preparación de sus declaraciones testimoniales y testimonios orales, lo que asciende a un total de no menos de USD 25.000 cada uno³⁴. Teniendo en cuenta la relativa brevedad de las declaraciones, se trata de una suma considerable y, al parecer, es más de la mitad de los salarios anuales que percibían como empleados de la SEMARNAT.

³² Tr. de la Audiencia, Día 2, 391-408.

³³ Tr. de la Audiencia, Día 7, 1836-1839.

³⁴ Tr. de la Audiencia, Día 2, 396-397.

30. Asimismo, en el transcurso de la audiencia se reveló que una parte del pago recibido por el Sr. Villa parecía haber correspondido a tareas que realizó antes de firmar su contrato con la Demandante. Mientras que la primera declaración testimonial del Sr. Villa se firmó el 8 de mayo de 2020, el Contrato de Compromiso en virtud del cual recibió el pago no se firmó hasta el 2 de noviembre de 2020. El Sr. Villa se encontraba sujeto a la aplicación de una norma de la legislación mexicana que prohibía explícitamente a ambos realizar tales actividades en el plazo de un año desde su empleo en la SEMARNAT: véanse Arts. 55 y 56 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. El Sr. Villa negó haber recibido remuneración alguna por el tiempo dedicado a preparar su primera declaración testimonial³⁵. Sin embargo, dada la tarifa de USD 200 por hora y el hecho de que el Sr. Villa recibió un pago por al menos 60 horas de “preparación de la audiencia”³⁶, las declaraciones del Sr. Villa no resultan persuasivas.

31. La Mayoría está en lo cierto al señalar que no es ilegal ni inusual en sí que los testigos presentados en el marco de diferencias entre inversionistas y Estados reciban un pago por su tiempo. Sin embargo, ello no significa que un tribunal deba ignorar la existencia de tales pagos —incluidas las condiciones, el momento y el valor— o la imparcialidad (o falta de ella) de una parte en relación con la realización de dichos pagos, al formar su opinión respecto de la credibilidad de uno o más testigos. Los acuerdos en este caso eran inusuales y bien pueden haber sido irregulares o incluso ilegales en virtud de la legislación mexicana. La falta de transparencia inicial no permitió al Tribunal tener conocimiento de los acuerdos cuando leyó por primera vez las declaraciones testimoniales. Considero que la moderación de la Mayoría en esta cuestión fundamental —dada la gran importancia que ha atribuido a las pruebas de los dos testigos— resulta preocupante. ¿Cuánta importancia puede razonablemente asignarse al testimonio de los dos testigos más importantes, cuando en mitad del procedimiento se descubre que han recibido sumas considerables de la parte que se beneficiará de sus pruebas? No mucha, a mi juicio, y menos aún ante la ausencia de otras pruebas que sustenten la conclusión a la que arriba la Mayoría. Los acuerdos celebrados con los testigos, junto con los demás

³⁵ Tr. de la Audiencia, Día 2, 393-394.

³⁶ Tr. de la Audiencia, Día 2, 403-404.

puntos que abordaré *infra*, generan serias dudas en cuanto a la credibilidad del Sr. Flores y del Sr. Villa y a la importancia que debería adjudicarse a sus testimonios.

32. Tengo otras dudas sobre las declaraciones del Sr. Flores y del Sr. Villa. En primer lugar, a pesar de afirmar haber tenido una gran participación en el proceso de toma de decisiones relevante mientras eran empleados de la SEMARNAT, ninguno de ellos pudo señalar prueba documental contemporánea alguna, en forma de correos electrónicos, actas de reuniones o informes, que sustentara sus aseveraciones o los hechos alegados. Esto no significa en sí mismo que los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa deban descartarse de lleno. Sin embargo, a la luz de los dos extensos informes en los que se exponen las razones ambientales del rechazo de la MIA, esta falta de pruebas documentales ofrecidas por los testigos para demostrar que la denegatoria obedeció a otras consideraciones es, cuando menos, sorprendente y desconcertante. La ausencia de tales pruebas limita considerablemente la importancia que debe atribuirse a las declaraciones del Sr. Flores y del Sr. Villa.
33. Otra duda surge del hecho de que el testimonio de cada uno de los dos testigos no es persuasivo en sus propios términos. Sus relatos dejan muchas cuestiones sin abordar ni explicar. No tienen nada que decir, por ejemplo, acerca de la oposición constante, firme y ampliamente articulada al Proyecto Don Diego por motivos ambientales por parte de instituciones científicas independientes y de autoridad, así como de grupos de ciudadanos y miembros de la sociedad. Entre los opositores se encontraban los afectados de forma más directa por el proyecto propuesto, como la comunidad pesquera local. Tampoco tienen nada que decir respecto de las manifestaciones de preocupación por parte de autoridades ajenas a la SEMARNAT, ni expresan opiniones sobre cómo es que podía esperarse razonablemente que la SEMARNAT hiciera caso omiso de dichas manifestaciones de preocupación. La sugerencia de otro de los testigos de Odyssey, el Sr. Gordon, de que las preocupaciones ambientales planteadas eran “ideológicas” y no científicas, tiende a sustentar la conclusión de que los proponentes del proyecto y sus partidarios consideraban que las cuestiones ambientales eran una molestia y que carecían de fundamento³⁷. Por el contrario, los informes periciales presentados por el Demandado eran independientes, de autoridad y convincentes en sus

³⁷ Tr. de la Audiencia, Día 1, 219-221.

conclusiones en cuanto a los riesgos del proyecto para la vida marina en el Golfo de Ulloa, concretamente, para las tortugas *caretta caretta*: véase Informe del Dra. Agnese Mancini, Dr. Alberto Abreu, Dr. Bryan Wallace, Dr. Allan Zavala y M. en C. Raquel Briseño, Grupo de Expertos en Tortugas Marinas en materia de Conservación de la Tortuga *Caretta Caretta* en el Golfo de Ulloa (13 de octubre de 2021, especialmente, párr. 127). Las pruebas ante el Tribunal relativas al riesgo de daños ambientales eran convincentes, no fabricadas y articuladas tanto por individuos sumamente calificados como por organismos gubernamentales y no gubernamentales. Las pruebas reforzaban la conclusión de que Odyssey era un proponente por completo inadecuado para un proyecto del estilo del que nos ocupa, caracterizado como estaba por la desafortunada combinación de falta de experiencia en actividades mineras y un profundo sentido de hostilidad hacia las preocupaciones ambientales que pudieran entorpecer el proyecto.

34. El Tribunal también oyó al Sr. Pacchiano, la persona que, según Odyssey, fue la única responsable de obstaculizar el proyecto Don Diego. Determiné que el Sr. Pacchiano era un testigo creíble, en el sentido de que su preocupación obedecía de forma bastante evidente al deseo de garantizar que el proyecto solo siguiera adelante si las preocupaciones ambientales legítimas que se habían planteado podían abordarse de manera completa y profesional. El hecho de que tenga un compromiso personal con la protección del medio ambiente no es algo que se le deba reprochar. Por el contrario, como Secretario de la SEMARNAT, uno esperaría que esa persona actuara de manera precautoria y no oí nada en su testimonio —ni en las opiniones que surgieron en el conainterrogatorio— que indicara que las motivaciones de sus acciones no estuvieran debidamente fundadas en preocupaciones ambientales legítimas. La conducta del Sr. Pacchiano, ¿“conmocion[ó], o al menos sorprend[ió], el sentido de la corrección jurídica”?³⁸ No conmocionó ni sorprendió el mío, especialmente dada la obligación del Demandado de respetar el principio de precaución. Me resulta difícil entender cómo es que, sobre la base de las pruebas que el Tribunal tiene ante sí, un lector u observador razonable podría arribar a la conclusión de que el comportamiento del Sr. Pacchiano causó conmoción o fue arbitrario. Personas razonables pueden tener posturas distintas respecto del fondo de la decisión de rechazar la MIA por motivos ambientales, pero no puede considerarse de modo alguno que se trató de una decisión que causó conmoción

³⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

o fue arbitraria. Muy a las claras se basó únicamente en las preocupaciones por los riesgos ambientales del proyecto que se manifestaron en las dos extensas resoluciones denegatorias de la MIA y el Tribunal no disponía de ninguna prueba convincente que apuntara a algún otro fundamento de la decisión. En efecto, a pesar de afirmar que la decisión de negar la MIA se adoptó por motivos personales del Sr. Pacchiano, ni la Demandante ni la Mayoría han podido identificar cuáles fueron realmente esos supuestos motivos. Gran parte de lo que declaró el Sr. Pacchiano tendió a reforzar mis dudas acerca de los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa y la falta de credibilidad de los proponentes del proyecto.

35. La Mayoría, empero, desestima el testimonio del Sr. Pacchiano en su totalidad, por medios que son poco convincentes. En vez de lanzar una mirada crítica sobre el testimonio del Sr. Pacchiano, por un lado, y los testimonios del Sr. Flores y del Sr. Villa, por otro, la Mayoría se basa en un razonamiento débil que optó en cambio por la verosimilitud de las pruebas de estos dos últimos. A diferencia de lo que opina la Mayoría³⁹, el hecho de que el Sr. Pacchiano asistiera a una serie de reuniones relacionadas con el Proyecto Don Diego no puede en sí mismo sustentar el argumento de Odyssey de que estaba decidido a obstaculizar el proyecto. Por el contrario, la naturaleza del proyecto y del inversionista habría hecho saltar las alarmas de cualquier persona razonable que ocupara el cargo que desempeñaba el Sr. Pacchiano. La minería profunda del lecho marino es una actividad controvertida, ya que puede tener consecuencias a largo plazo que son difíciles de predecir. La naturaleza potencialmente problemática de la actividad se refleja en los actuales debates internacionales relativos a la minería profunda del lecho marino en el marco de la CONVEMAR⁴⁰ y en una reciente resolución adoptada por la 14^a Conferencia de la Convención sobre Especies Migratorias, que ha señalado los peligros ambientales de la minería en aguas profundas

³⁹ Laudo de la Mayoría, párrs. 374-375.

⁴⁰ Por ejemplo, véanse además, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Proyecto de Reglamento sobre Explotación de Recursos Minerales en la Zona: Cuarto Texto Revisado de la Facilitadora sobre las Partes IV y VI y Anexos Relacionados”, ISBA/28/C/IWG/ENV/CRP.3 (16 de octubre de 2023); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Informe Anual del Secretario General: Garantizar la Gestión y Administración Sostenibles de los Fondos Marinos y sus Recursos en Beneficio de la Humanidad” (junio de 2022); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Proyecto de Reglamento sobre Explotación de Recursos Minerales en la Zona”, ISBA/25/C/WP.1 (22 de marzo de 2019), Parte IV.; Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Estrategia Preliminar para la Elaboración de Planes Regionales de Gestión Ambiental para la Zona”, ISBA/24/C/3 (16 de enero de 2018); Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Hacia una Estrategia de Gestión Ambiental de ISA para el Área”, Estudio Técnico No. 17 de la ISA.

y ha instado a los Estados a reconocer el impacto de dicha actividad, a actuar conforme al principio de precaución y a que “no se comprometan con la minería en aguas profundas” hasta que no se hayan obtenido pruebas sólidas sobre el daño potencial de dicha actividad⁴¹.

36. Igualmente llamativa es la conclusión de la Mayoría de que la falta de testimonios de varias otras personas que participaron en el proceso de toma de decisiones debería considerarse un indicio de que las alegaciones de la Demandante son veraces. Es cierto que estas personas no comparecieron ante el Tribunal “[para] apoyar la versión del Sr. Pacchiano de que las declaraciones de los Sres. Flores y Villa eran falsas”⁴², tal como asevera la Mayoría. Pero es igualmente cierto que no comparecieron para apoyar el relato de los testigos de la Demandante. Inferir lo que la Mayoría ha inferido —o, en efecto, lo contrario— a partir de la ausencia de uno o más posibles testigos y atribuir luego tal importancia sobre la base de la ausencia y la inferencia se contraponen a las responsabilidades básicas de determinación de los hechos de un tribunal encargado de valorar las pruebas y aplicar la ley.

37. Un segundo factor en el que se basa la Mayoría es la decisión del TFJA en el sentido de que la primera resolución denegatoria de la MIA fue ilegal. Es mérito del TFJA —y de México— que la sentencia criticara la primera resolución denegatoria: se impugnó una resolución adoptada, se determinó que había sido adoptada ilegalmente de conformidad con la legislación mexicana y se anuló. El sistema de derecho mexicano funcionó. Sin embargo, la Mayoría malinterpreta por completo lo que hizo el TFJA: no criticó la resolución denegatoria de la MIA sobre la base del fondo de las preocupaciones ambientales, sino sobre la base de las razones manifestadas y el criterio adoptado. Asimismo, se encuentra ampliamente establecido e incluso es evidente que determinar la ilegalidad o la responsabilidad en el ámbito nacional no implica necesariamente determinar la ilegalidad en el ámbito internacional. La CIJ explicó lo siguiente en *ELSI*:

⁴¹ CMS/Resolución 14.6 sobre Actividades de Explotación de Minerales de los Fondos Marinos y Especies Migratorias, PNUMA, párrs. 2-3, adoptada el 17 de febrero de 2024. La resolución no tiene ningún efecto jurídico en relación con este procedimiento y no define mis conclusiones, ya que es posterior a las audiencias y las partes no han tenido la oportunidad de analizarla, y México y los EE. UU. no son partes de la Convención. No obstante, confirma la razonabilidad de las preocupaciones abordadas por los expertos y otras partes que participaron en el proceso de toma de decisiones en México.

⁴² Laudo de la Mayoría, párr. 386.

“La conclusión de los tribunales locales de que un acto era ilegal puede ser relevante para argumentar que también era arbitrario; pero por sí misma, y sin más, no puede decirse que la ilegalidad equivalga a arbitrariedad. [...] Tampoco se deduce de la declaración de un tribunal municipal de que un acto era injustificado, o irrazonable, o arbitrario, que ese acto deba necesariamente calificarse de arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al acto impugnado por una autoridad municipal pueda ser una indicación valiosa”⁴³.

38. El punto central de las críticas del TFJA es que la primera resolución denegatoria no era lo suficientemente precisa y no explicaba de manera completa los fundamentos en los que se basaban algunas conclusiones⁴⁴. La sentencia del TFJA es exhaustiva y se encuentra claramente fundamentada, y merece el mayor de los respetos por lo que concluyó y por lo que no dijo. El TFJA no dictaminó que la resolución denegatoria fuera adoptada por motivos distintos de los allí expuestos. Contrariamente a lo que sugiere la Mayoría, el TFJA no determinó que la resolución denegatoria tuviera “graves defectos desde una perspectiva científica y ambiental”⁴⁵ o que fuera “carente de bases científicas”⁴⁶. Más bien, el TFJA estableció de forma expresa que no contaba con el conocimiento para considerar el fondo de las razones ambientales expuestas⁴⁷ y circunscribió su revisión a la claridad del análisis y el razonamiento. A la luz de ello, la sentencia del TFJA no sustenta de modo alguno la opinión de la Mayoría de que la resolución denegatoria se adoptó por motivos distintos de las razones ambientales alegadas.

39. El Tribunal ha tenido ante sí una segunda resolución denegatoria en la que se abordan las preocupaciones ambientales en mayor profundidad y con pruebas adicionales, precisamente para analizar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia⁴⁸. La impugnación de esta decisión continúa pendiente de resolución ante los tribunales

⁴³ *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 124.

⁴⁴ **C-0170**, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 138-170.

⁴⁵ Laudo de la Mayoría, párr. 406.

⁴⁶ Laudo de la Mayoría, párr. 406.

⁴⁷ **C-0170**, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, pág. 187.

⁴⁸ **C-0009**, Resolución Denegatoria de la SEMARNAT, 12 de octubre de 2018.

nacionales y sería inapropiado formular comentarios sobre las perspectivas de que esta impugnación prospere (además, dado que la Demandante no ha abordado la manera en que el TFJA ha tramitado ese procedimiento, no forma parte de la reclamación en el presente procedimiento y no puede ser analizada por este Tribunal). A los fines que nos ocupan, sin embargo, basta con advertir que el segundo informe es aún más extenso y pormenorizado que el primero y pretende (a primera vista) abordar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia. También parece abordar los aspectos tanto económicos como ambientales de este proyecto. Resulta, por lo tanto, llamativo que, pese al énfasis puesto en la segunda resolución por el Demandado, la Mayoría haya optado por no expedirse sobre el contenido del segundo informe al considerar el fondo de la controversia. La Mayoría ha colegido que una decisión es arbitraria sin analizar las razones declaradas que la motivaron.

40. Como mínimo, la existencia y el contenido del segundo informe seguramente debían analizarse a fin de determinar la naturaleza del esfuerzo por parte de la SEMARNAT por abordar las inquietudes planteadas por el TFJA en su sentencia y de determinar si el informe puede caracterizarse como un intento genuino de subsanar las deficiencias del primer informe. ¿No es así? La Mayoría debería haberse preguntado si el contenido del segundo informe llegaba al punto de oponerse al estado de derecho o conmocionar (o al menos sorprender) el sentido de la corrección jurídica⁴⁹. A primera vista, resulta absurdo concluir, sobre la base de la totalidad de las pruebas de que dispone el Tribunal, que la decisión de rechazar la MIA, por las razones expuestas en el segundo informe, pueda calificarse como susceptible de causar conmoción o de reflejar la obra de una mente arbitraria.

41. La Mayoría se basa en un tercer factor para determinar que se ha violado el Art. 1105, a saber, la resolución adoptada por la Subsecretaria de la SEMARNAT, Martha García Rivas, el 27 de febrero de 2017, mediante la que rechazó el Recurso de Revisión de ExO. En este caso, la Mayoría hace gran hincapié en la negativa a atribuir suficiente (o alguna) importancia a varios informes científicos presentados por Odyssey en sustento del Recurso. Entre ellos se incluyen defectos formales tales como la omisión de incluir

⁴⁹ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, párr. 128.

el nombre completo de un autor de uno de los informes y el hecho de que algunos de los firmantes fueran extranjeros⁵⁰. Esta omisión también fue criticada por el TFJA⁵¹.

42. Al parecer, se trata de un exceso de celo por parte de la SEMARNAT. A mi juicio, no era justificable negarse a atribuir importancia a los informes científicos basándose únicamente en defectos formales evidentemente menores. Dicho esto, no comprendo cómo podría decirse que las acciones de la Subsecretaria García Rivas respaldan de un modo sustantivo la conclusión de que la decisión de denegar la MIA de la Demandante se adoptó por motivos distintos a las razones ambientales expresadas por la SEMARNAT. La sentencia del TFJA no efectuó ninguna determinación en cuanto a los motivos por los cuales la Subsecretaria García Rivas actuó como lo hizo y no insinuó que sus acciones menoscabaran o pusieran en duda la importancia adjudicada a las razones ambientales en la resolución de la MIA. El Tribunal no cuenta con pruebas que indiquen el motivo por el que la Subsecretaria García Rivas actuó como lo hizo y la Mayoría no ha citado ninguna. En cambio, la Mayoría ha incurrido en un acto de especulación al identificar esta cuestión como un factor adicional para sustentar la conclusión de que el Demandado rechazó la MIA de la Demandante por razones que nada tenían que ver con la protección del medio ambiente. A falta de pruebas, no es correcto que un tribunal de arbitraje internacional especule en cuanto al motivo y tampoco lo es asignar importancia a las consecuencias de esa especulación. El enfoque se aparta de la correcta valoración de las pruebas que es parte intrínseca de la función arbitral. La especulación no es una base para evaluar los hechos. La especulación no puede sustentar ni determinar un hecho, ni servir de fundamento para arribar a una conclusión jurídica. Sin embargo, eso es precisamente lo que ha hecho la Mayoría.

43. Por último, en relación con la segunda resolución de la SEMARNAT, la Mayoría hace gran hincapié en una declaración supuestamente efectuada por la SEMARNAT cinco días después de dictada la sentencia del TFJA, que, según la Demandante, refleja la intención de no hacer más que confirmar la resolución original de la SEMARNAT y negar la MIA por segunda vez, tras la sentencia del TFJA⁵². El documento que contiene la supuesta declaración requiere un análisis detenido, puesto que la procedencia de la

⁵⁰ Laudo de la Mayoría, párrs. 409-423.

⁵¹ C-0170, Sentencia del TFJA, 21 de marzo de 2018, págs. 201-202, 208.

⁵² Laudo de la Mayoría, párrs. 424-430; C-0470, Tarjeta Informativa.

declaración es motivo de un importante desacuerdo entre las partes. Sobre este particular, llama la atención que la Mayoría no haya sido capaz de identificar pruebas claras en las que pueda basarse razonablemente para resolver ese desacuerdo, optando, en cambio, por basarse en su aparente autoridad e importancia⁵³. En ausencia de pruebas claras que establezcan la procedencia de la declaración, no resulta sencillo imaginar cómo podría atribuírsele de forma razonable mucha importancia, en su caso.

44. Sin embargo, aun suponiendo que la declaración debiera tomarse al pie de la letra, no ofrece ningún sustento significativo a la conclusión de la Mayoría de que el Demandado actuó por motivos que no eran la protección del medio ambiente. Al buscar pruebas de una conspiración en el seno de la SEMARNAT en contra de la Demandante, la Mayoría parece haber descartado una explicación menos enrevesada respecto de la supuesta declaración: que la SEMARNAT estaba segura del análisis ambiental y científico que había llevado a cabo y pretendía expresar su evaluación y sus conclusiones de la manera requerida por la sentencia del TFJA. La Mayoría no controvierte que en ese momento ya se había llevado a cabo un importante análisis científico y técnico ni que el Demandado tenía derecho (y estaba obligado) a actuar de conformidad con un criterio de precaución, teniendo en cuenta la importancia ecológica del Golfo de Ulloa. Una vez más, la Mayoría ha atribuido al contenido de un documento un motivo que es totalmente especulativo.

45. La Mayoría también presenta “observaciones” relativas a las expectativas legítimas de la Demandante⁵⁴. No queda claro qué relación tienen (en su caso) estas “observaciones” con las conclusiones de la Mayoría, pues constan recién después de haber concluido que se produjo una violación del Art. 1105. En cualquier caso, esta sección aporta poco al análisis de la Mayoría. No se hace ningún esfuerzo serio por establecer (i) el “compromiso cuasicontractual” necesario para que una expectativa sea relevante para el análisis del NMT⁵⁵, (ii) la existencia de pruebas de la confianza real en ese compromiso⁵⁶ o (iii) la existencia de pruebas de que tal confianza fuera razonable o

⁵³ Laudo de la Mayoría, párrs. 428-430.

⁵⁴ Laudo de la Mayoría, párr. 443.

⁵⁵ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 290 (Árbitros Michael Pryles, David D. Caron, Donald M. McRae).

⁵⁶ Por ejemplo, *RWE Innogy GMBH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/34, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, 30 de diciembre de 2019, párrs. 494-506 (Árbitros Anna Joubin-Bret, Judd L. Kessler, Samuel Wordsworth).

prudente⁵⁷. Por el contrario, la Mayoría ha recurrido a nuevas aseveraciones vagas y generales que no encuentran sustento en autoridad legal o prueba de hecho alguna. Al igual que el resto del Laudo, este nivel de razonamiento está muy por debajo de lo que la Demandante y el Demandado tienen derecho a esperar de un tribunal internacional.

Compensación

46. De mis conclusiones sobre el fondo se desprende que no considero que pueda decirse que se deba compensación alguna a la Demandante. Empero, incluso en el supuesto de que pueda decirse que el análisis de la Mayoría sobre el fondo es correcto, que, en mi opinión, no lo es, tengo serias reservas en cuanto al criterio adoptado en materia de compensación.
47. La inquietud con respecto al criterio de la Mayoría se basa en tres principios fundamentales del derecho internacional, que los tribunales deben respetar al fijar el monto de la compensación tras determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. *En primer lugar*, debe existir un nexo causal entre la violación identificada y la pérdida reclamada. No basta con demostrar la existencia de una pérdida como consecuencia de un hecho ilícito sin acreditar también que fue ocasionada por la violación efectivamente identificada. *En segundo lugar*, los principios para cuantificar la compensación dependerán de la violación del tratado identificada. Si bien el estándar de “compensación plena” explicado en *Fábrica de Chorzów* se aplica a todos los hechos internacionalmente ilícitos, los principios de cuantificación diferirán en función de la obligación incumplida concreta. Determinar que se ha producido una expropiación ilegal implica intrínsecamente que el demandante ha perdido todo el valor de su inversión y que, por tanto, la compensación debería calcularse en función del valor justo de mercado del bien expropiado (“VJM”). Sin embargo, cuando se identifica el incumplimiento de una obligación diferente, la pérdida sufrida puede ser considerablemente inferior al valor total de la inversión, lo que significa que no se pueden aplicar de forma automática el estándar de VJM o los costos hundidos para determinar el monto de la compensación. En tales casos, los tribunales deben considerar

⁵⁷ Por ejemplo, *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, 26 de junio de 2009, párr. 250 (Árbitros Michael Pryles, Christopher Thomas, Piero Bernardini).

las pruebas más allá del valor de la inversión para determinar la pérdida realmente sufrida. *En tercer lugar*, recae sobre el demandante la carga de acreditar la pérdida y demostrar el nexo causal entre la violación identificada y la pérdida reclamada. En ausencia de pruebas o argumentos suficientes del demandante, los tribunales no deben realizar sus propios análisis o especulaciones. A mi juicio, la Mayoría ha conculcado todos estos principios cardinales.

48. En este caso, la Mayoría ha colegido únicamente que se ha producido una violación del Art. 1105 del TLCAN, rechazando acertadamente la alegación de que ha existido una expropiación ilegal. En lugar de presentar análisis de cuantificación distintos para cada violación del TLCAN alegada, la Demandante ha optado por presentar un único argumento sobre la base del valor total de la inversión⁵⁸. Este método sería lógico en el contexto de una reclamación por expropiación ilegal, pero por los motivos expuestos *supra* no puede aplicarse automáticamente a otras violaciones del tratado. Aducir sin más, tal como hace la Demandante, que cada supuesta violación fue la causa independiente de que el valor de la inversión se convirtiera en cero, sin ninguna prueba o análisis respaldatorios, es manifiestamente inadecuado⁵⁹. En ausencia de argumentos o pruebas ofrecidos por la Demandante en cuanto a la pérdida derivada de la violación específica del tratado identificada, la Mayoría arriba a una conclusión inmotivada. En el mejor de los casos, la pérdida ocasionada a la Demandante, según el criterio de la Mayoría, no puede ser mayor que la derivada del costo de tener que presentar una segunda solicitud de la MIA o de la demora que siguió a la presentación de dicha solicitud. No se alega que los tribunales mexicanos hayan actuado de forma ilegal. Toda vez que la Demandante no ha ofrecido ningún argumento o prueba en cuanto a los daños que surgen en relación con los costos adicionales incurridos o la demora, la Mayoría debería haber concluido que no puede otorgársele compensación alguna a la Demandante. Este es el criterio adoptado por otros tribunales, como es el caso del reciente laudo dictado en *Infinito Gold c. Costa Rica*⁶⁰.

⁵⁸ Memorial de la Demandante, párr. 376.

⁵⁹ Memorial de la Demandante, párr. 376.

⁶⁰ *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (Árbitros Gabrielle Kaufmann-Kohler, Bernard Hanotiau, Brigitte Stern), párrs. 584-586. Véanse también *Pawlowski AG y Projekt Sever S.R.O. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (Árbitros Juan Fernández-Armesto, John Beechey, Vaughan Lowe), párrs. 728-737; *The AES Corporation y TAU Power B.V. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/10/16, Laudo, 1 de noviembre de 2013 (Árbitros Pierre Tercier, Vaughan Lowe, Klaus Sachs), párrs. 444-478; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 (Árbitros Franklin Berman, Donald Francis Donovan, Marc Lalonde),

49. Sin embargo, la Mayoría ha hecho lo contrario, otorgándole a la Demandante una compensación calculada según el estándar de VJM por la pérdida de la totalidad de la inversión. Esto es esencialmente infundado y sumamente problemático. No existe prueba alguna en el presente caso de que una violación del Art. 1105 haya ocasionado la pérdida total de la inversión y la Mayoría no ha señalado ninguna. Por el contrario, la Mayoría parece haber partido del supuesto no declarado de que *cualquier* violación de un tratado de inversión conlleva la condena al pago de una compensación sobre la base del estándar de VJM. Esto es, a las claras, incorrecto. La Mayoría también se equivoca al aducir que el Demandado aceptó que cualquier compensación debería calcularse de acuerdo con el estándar de VJM⁶¹; un breve vistazo a las presentaciones escritas muestra que el Demandado afirma claramente que considera que el estándar de VJM solo es aplicable tras determinarse que la Demandante tenía un derecho susceptible de ser expropiado y que existió (i) una expropiación ilegal o (ii) medidas equivalentes a una expropiación⁶². El Demandado no aceptó, tal como parece insinuar la Mayoría⁶³, que el estándar de VJM se aplique siempre que se haya identificado una violación del tratado. En lugar de ello, el Demandado ha manifestado expresamente que “rechaza la medida de compensación propuesta en cualquiera otro escenario”⁶⁴. Habida cuenta de que la Mayoría ni siquiera ha intentado analizar la existencia de una expropiación ilegal o de medidas equivalentes a una expropiación, al parecer, el análisis de cuantificación de la Mayoría se basa en una lectura errónea, o en un error de comprensión, del expediente que el Tribunal tiene ante sí.

50. Lamentablemente, no se acaban aquí los problemas con el análisis de la Mayoría en materia de compensación. Tal como se advirtiera en la sección anterior de esta disidencia, la impugnación de la segunda resolución denegatoria se encontraba pendiente de resolución ante los tribunales mexicanos cuando se incoó el presente arbitraje. Este procedimiento ante los tribunales locales puede tener varios resultados posibles y el Tribunal no dispone de pruebas que le permitan efectuar un análisis en

párrs. 281-288; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (Árbitros Bernard Hanotiau, Gary Born, Toby Landau), párrs. 788-806.

⁶¹ Laudo de la Mayoría, párr. 559.

⁶² Memorial de Contestación del Demandado, párr. 632; Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, párrs. 150-152.

⁶³ Laudo de la Mayoría, párr. 559.

⁶⁴ Memorial de Contestación del Demandado, párr. 632.

cuanto al resultado probable. Tal como se observó, la Demandante no ha argüido que los tribunales mexicanos hayan violado una disposición del TLCAN.

51. Puede darse el caso, por ejemplo, de que se confirme la segunda resolución con el resultado de que no se permita que el Proyecto Don Diego siga adelante. Otra posibilidad es que se anule la segunda resolución y se le solicite a la SEMARNAT que vuelva a considerar el Proyecto. La determinación de si un resultado concreto implica una violación del TLCAN debería analizarse a la luz tanto del contenido de la segunda resolución denegatoria (sobre la que la Mayoría no ha formulado comentarios) como del contenido de la sentencia del TFJA.

52. Pese a ello, la Mayoría ha concluido que en ausencia de la supuesta violación del Art. 1105 “se habría concedido la MIA” y “existe una alta probabilidad” de que también se hubieran otorgado otras autorizaciones y licencias⁶⁵. Luego, al calcular los daños, la Mayoría va aún más lejos, al sostener lo siguiente: “Si la MIA no hubiera sido denegada erróneamente, la Demandante habría continuado el curso normal del Proyecto, obtenido el resto de los permisos de las autoridades pertinentes y estado en condiciones de explotar los yacimientos de fosfato comprendidos en el Proyecto Don Diego”⁶⁶. Esto también es pura especulación, no respaldada por pruebas. Es una conclusión que conmociona, las ilusiones de un par de árbitros que han sustituido las pruebas por sus opiniones personales. Se trata de un criterio que caracteriza de forma incorrecta y desprecia los procedimientos ante los tribunales mexicanos y socava el procedimiento que se encuentra en curso. Hasta que no se conozca la decisión del TFJA, e incluso después, el Tribunal no puede predecir si el proyecto de la Demandante seguirá finalmente adelante, o de qué forma puede seguir adelante, ni la naturaleza o el alcance de la pérdida financiera de la Demandante, en su caso. En estas circunstancias, resulta claramente prematuro e incorrecto que la Mayoría otorgue el monto de los daños sobre la base del criterio de la Demandante y de sus propias especulaciones. De basarse las conclusiones de la Mayoría en el criterio correcto, la única pérdida financiera que podría argumentarse de manera plausible con algún grado de certeza es el costo incurrido al presentar una segunda solicitud de la MIA. Ese importe ni siquiera se ha reclamado, tal como deja en claro el expediente. De ello se desprende que no debería

⁶⁵ Laudo de la Mayoría, párr. 576.

⁶⁶ Laudo de la Mayoría, párr. 600.

otorgarse ninguna compensación. Si la Mayoría se hubiera atendido a los principios y estándares correctos aplicables a la cuantificación de la compensación, así lo habría determinado.

53. Si la Mayoría hubiera considerado de manera adecuada los tres principios cardinales relativos a la causalidad, las distinciones entre las diferentes obligaciones y la carga de la prueba, estimo que habría arribado a la conclusión de que, en función de la etapa actual del procedimiento ante los tribunales mexicanos y las pruebas y los argumentos ante este Tribunal, no corresponde otorgar ninguna compensación a la Demandante en el presente caso. En cambio, ha optado por otorgar una compensación sobre una base que es, en esencia, defectuosa, tanto de conformidad con el TLCAN como en términos de política jurídica. Ha inventado un futuro sacado de la nada.

Costos

54. Las declaraciones sobre costos de ambas partes ameritan un escrutinio minucioso. Los costos de la Demandante ascienden a USD 21.265.683,40, una cifra asombrosa dada la naturaleza relativamente discreta y simple del presente caso. Aproximadamente la mitad de este monto parece haber sido aportada por terceros financiadores (DrumCliffe LLC y Poplar Falls LLC)⁶⁷. En un contexto más amplio, un informe reciente ha mencionado que el costo medio para los demandantes en casos entre inversionistas y Estados es de USD 6,4 millones, menos de un tercio de lo que la Demandante ha reclamado en concepto de costos en el presente caso⁶⁸. Los costos del Demandado ascienden a USD 2.590.212,44, alrededor del diez por ciento de la cifra de la Demandante si se excluyen de la ecuación los costos del CIADI (USD 400.000 pagados por cada una de las Partes). Resulta sorprendente que la Demandante gastara más en un solo perito en materia de cuantificación (Compass Lexecon, abonó la impresionante cantidad de USD 2.897.657,72). No menos sorprendente resulta el hecho de que Compass Lexecon presentara una reclamación principal de compensación de USD 3.137,6 millones⁶⁹, unas cien veces más que el monto finalmente otorgado por la Mayoría (USD 37,1 millones).

⁶⁷ C-0190, págs. 4, 21-24, 56-58.

⁶⁸ BIICL-Allen & Overy, “2021 Empirical Study: Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration” (junio de 2021), págs. 9-12.

⁶⁹ Laudo de la Mayoría, párr. 601.

55. Los costos de la Demandante son, según cualquier criterio decente, irrazonablemente elevados. Existen abundantes fuentes de autoridad para postular que un tribunal no debería condenar al pago de costos irrazonablemente elevados⁷⁰. En función de mi propia experiencia en arbitrajes entre inversionistas y Estados (más de cuarenta casos como abogado, de ambas partes, y posteriormente más de sesenta casos como árbitro) no veo nada excepcional o complejo en el presente caso que pueda justificar costos tan excesivos. Teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de la reclamación original y la resolución de la Mayoría, así como la diferencia entre ambas, estoy de acuerdo con la decisión de la Mayoría de que cada parte sufrague sus propios costos legales.

* * *

56. Como es evidente, sin embargo, disiento fundamentalmente del criterio adoptado por la Mayoría en cuanto a temas responsabilidad y cuantificación, y de las conclusiones. Las pruebas de que dispone este Tribunal no permiten determinar que el Demandado actuara por razones que no obedecieran genuinamente a preocupaciones ambientales reales o que las acciones del Demandado hayan ocasionado la pérdida de la totalidad de la inversión. Teniendo en cuenta las pruebas y los principios jurídicos que deben aplicarse, el único aspecto del presente caso del que podría decirse que es “opuest[o] al estado de derecho” o que “conmoción[a], o al menos sorprend[e], el sentido de la corrección jurídica” es el criterio adoptado por la Mayoría respecto de la interpretación y aplicación de la ley, tanto en materia de responsabilidad como de cuantificación.

57. Se trata de un caso en el que el sistema jurídico de México ha funcionado. Las autoridades mexicanas adoptaron una decisión, que fue impugnada ante los tribunales mexicanos, quienes fallaron a favor de la Demandante. No ha habido denegación de justicia y no se ha alegado ninguna. En función de las pruebas, el proceso de toma de

⁷⁰ Véanse *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. El Reino de España*, Caso CCE No. V 062/2012, Laudo Final, 21 de enero de 2016 (Árbitros Alexis Mourre, Guido Santiago Tawil, Claus Von Wobeser), párrs. 563-564; *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018 (Árbitros Ian Binnie, Kanaga Dharmananda, Brigitte Stern), párrs. 389-401 (“La parte es libre de gastar todos los fondos que desee en honorarios y gastos legales, pero de ello no se desprende que todos esos costos y gastos deberían imponerse a la parte contraria (vencida)” [Traducción del Árbitro Disidente]; *Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company c. República Federal de Nigeria*, Caso CIADI No. ARB/13/20, Laudo, 6 de octubre de 2020 (Árbitros William W. Park, Julian D.M. Kew, Hon. Juez Edward Torgbor), párrs. 384-387, donde se deniega la condena al pago de costos que son “irrazonablemente elevados” [Traducción del Árbitro Disidente] (párr. 385).

decisiones en México ha sido amplio y exhaustivo. Es muy evidente que el proyecto suscita importantes preocupaciones ambientales: proponía una técnica minera que no fue probada ni ensayada, y que sería utilizada por una Demandante que no tiene experiencia alguna en la actividad que desea emprender, en una zona reconocida como ecológicamente sensible. En este contexto, en una etapa relativamente temprana del proceso de toma de decisiones, la Demandante recibió una decisión que no fue de su agrado. Acudió a los tribunales locales para que se hiciera justicia y se hizo justicia. Luego invocó una obligación en virtud de un tratado internacional para impugnar su trato anterior. Ese enfoque fue prematuro: se corrigió la violación de la legislación mexicana y no se incumplió ninguna obligación jurídica internacional.

58. A modo de conclusión, no puedo dejar de expresar la opinión de que este Laudo inédito e inquietante es novedoso e innovador en el peor de los sentidos. Más allá de la precipitación de la aplicación, las preocupaciones ambientales razonables identificadas por el Demandado y otros, que deberían haber sido la esencia del razonamiento de la Mayoría, han sido ignoradas deliberadamente, junto con el alto margen de deferencia regulatoria al que tiene derecho el Estado mexicano. En una oportunidad en que las leyes locales, nacionales e internacionales se han unido a fin de promover un enfoque más cuidadoso y considerado de la protección del medio ambiente, incluido el ambiente marino, la Mayoría ha determinado la existencia de arbitrariedad frente a preocupaciones ambientales razonables y serias, pruebas convincentes y un derecho aplicable que establece un criterio exigente para tal determinación. La Mayoría ha tratado las pruebas y el derecho como obstáculos a superar en la búsqueda de un resultado deseado y no como el camino hacia el resultado correcto. La Mayoría ha emitido una resolución sobre responsabilidad y cuantificación que no está justificada conforme a la ley.

59. Tanto los Estados como los inversionistas depositan su confianza en los tribunales de arbitraje para abordar controversias muy sensibles, en las que intervienen una serie de intereses y perspectivas públicos y comerciales. En un momento en el que los Estados empiezan por fin a reconocer los retos y complejidades de tomar decisiones que pueden tener repercusiones significativas en el medio ambiente, y a medida que se comprende cada vez mejor la fragilidad de nuestro medio marino, la Mayoría ha hecho caso omiso del Art. 1105 y de las preocupaciones ambientales legítimas. Se trata de un Laudo

sumamente lamentable. Se han desconocido las pruebas y el derecho, que han sido sustituidos por la especulación y el activismo arbitral.

[Firmado]

Profesor Philippe Sands KC

27 de agosto de 2024

A continuación, el Profesor Sands expresa su opinión disidente:

1. Lamento no coincidir con la decisión de la Mayoría de denegar la Solicitud de Autorización conjunta para presentar un escrito en calidad de *amicus curiae*. Al aplicar los criterios contenidos en la Declaración de la CLC, los Tribunales deben demostrar consciencia de que las Partes TLCAN han reconocido que las presentaciones de *amicus curiae* tienen el potencial de mejorar la calidad y legitimidad del laudo definitivo, incluso si el tribunal decide eventualmente en desacuerdo con el razonamiento contenido en esas presentaciones. Los árbitros deben tener en cuenta la necesidad de considerar el impacto de la legitimidad del laudo definitivo a la luz de (a) consideraciones generales de legitimidad relativas a arbitrajes tramitados al amparo de tratados de inversión, y (b) los intereses de comunidades locales específicas afectadas por un caso en particular. Lamentablemente, la decisión de la Mayoría no trasluce una consciencia de estas consideraciones, y, de hecho, ha pasado por alto la visión del Demandado, quien contribuyó con la redacción de la declaración de la CLC.

Interés significativo en el arbitraje

2. En contraposición con la visión de la Mayoría, creo que resulta evidente que la Cooperativa tiene un interés significativo en el resultado de este arbitraje. La conclusión de la Mayoría pareciera sustentarse exclusivamente en que la Demandante de este procedimiento pretende una compensación en lugar de una restitución, e implicar que la Mayoría habría entendido que la Cooperativa tenía un interés significativo en este arbitraje solo si la Demandante hubiera pretendido una restitución. Esta es una lectura extraordinariamente restringida del requisito de ‘interés significativo’, que la Mayoría no ha justificado. Actualmente, es ampliamente reconocido que los arbitrajes tramitados al amparo de tratados de inversión pueden tener un impacto significativo en los regímenes regulatorios de los Estados, incluso cuando solo se otorga una compensación como reparación. Por consiguiente, es absolutamente previsible que la determinación de que el Demandado ha incumplido el tratado pueda dar lugar a modificaciones regulatorias que afecten de manera directa a los intereses de la Cooperativa, ya sea inmediatamente o en el futuro. La decisión de la Mayoría no reconoce ni tiene en cuenta el gran impacto del arbitraje de inversión.

3. La posición de CIEL presenta mayores dificultades, y coincido con la Mayoría en que no es suficiente demostrar meramente un ‘interés general en el procedimiento’. Sin embargo, creo que CIEL ha demostrado un interés significativo en el caso que nos ocupa. Para arribar a esta conclusión, he encontrado la naturaleza del trabajo de CIEL particularmente significativa. No es una organización que tenga un interés general en la protección del medioambiente, o un interés académico general en el arbitraje de inversión. Por el contrario, CIEL tiene un número limitado de objetivos claros que se focalizan en cómo el derecho (y, en particular, el arbitraje internacional de los tratados) afecta a los derechos humanos y al medioambiente. En mi opinión, el presente procedimiento recae dentro del enfoque limitado de CIEL y el resultado de este procedimiento podría tener un impacto en la capacidad de CIEL para alcanzar su objetivo. Puesto que se necesitaba más información en este sentido, el Tribunal podría haberla solicitado a CIEL, tal como propuse.²

Asistencia en cuestiones de hecho y de derecho

4. Entiendo que tanto la Cooperativa como CIEL pueden aportar una perspectiva única a cuestiones específicas de hecho y de derecho en esta controversia y que estas perspectivas asistirían al Tribunal.
5. La utilidad de la perspectiva ofrecida por la Cooperativa se relaciona con el impacto que el proyecto de la Demandante podría haber tenido en la actividad pesquera local. Insinuar, tal como pareciera hacerlo la Mayoría, que el impacto del proyecto es irrelevante y que la controversia solo se refiere a la legalidad de la decisión de denegar permisos de operación no es persuasivo. Las dos cuestiones se encuentran íntimamente conectadas y no puede alcanzarse una conclusión sobre la segunda sin considerar la primera. Si bien las Partes pueden explorar el impacto del Proyecto de la Demandante en los intereses de la gente del lugar por sí mismas, la Cooperativa se encuentra en una posición única para brindar una visión de primera mano y entonces apoyar o controvertir los argumentos de las partes. Esta perspectiva única habría sido

² Al tratar esta cuestión, resulta apropiado revelar que participé en la fundación de una organización que precedió a CIEL, en el año 1989. No he tenido ninguna participación ni rol en aspecto alguno de la actividad u operación de esta nueva manifestación de la organización, desde su fundación hace más de veinticinco años.

extremadamente valiosa, y considero profundamente lamentable que la Mayoría haya decidido que no desea oír a una comunidad que se ve directamente afectada por el resultado del procedimiento. Dicha decisión solo minará la percepción de legitimidad de este procedimiento.

6. En mi opinión, CIEL puede ofrecer una perspectiva única debido a su capacidad para situar a esta controversia en el contexto de los debates y desarrollos más amplios del derecho internacional. El foco de las Partes ha estado puesto, naturalmente, en los estándares jurídicos del tratado y en las pruebas de hecho relevantes. En mi opinión, estos debates más amplios son altamente relevantes para la tarea del Tribunal en este caso, dada la potencial interacción entre cuestiones de derechos humanos, derecho de las inversiones y derecho ambiental del caso. Dada su experticia, creo que CIEL se encuentra en una buena posición para ofrecer aportes adicionales que podrían asistir al Tribunal, y que su contribución habría enriquecido el material disponible para el Tribunal, más allá de las presentaciones de las Partes. En estos tiempos en los que se reconoce que los desafíos ambientales afectan a una amplia gama de interesados, considero lamentable que la Mayoría no estime apropiado permitir a aquellos que han demostrado que podrían estar afectados por el resultado la oportunidad de participar en el procedimiento, mediante una presentación *amicus* limitada. Un cuarto de siglo atrás, la Corte Internacional de Justicia reconoció que “el medioambiente no es una abstracción, sino que comprende el espacio habitable, la calidad de vida y la salud de los humanos, con inclusión de las generaciones futuras”, y que había entonces una obligación general de proteger al medioambiente, que formaba “parte del corpus de derecho internacional sobre el medioambiente”³. Una presentación *amicus* ofrece un medio importante para cumplir con esa obligación, reconociendo a su vez los derechos e intereses de los afectados.

³ *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares, Opinión Consultiva, Informes CIJ 1996*, pág. 226, en 241 (párr. 29) [Traducción del Tribunal].

Impacto sobre las Partes

7. Haberle permitido a la Cooperativa y a CIEL presentar sus escritos en calidad de *amicus* no habría sido indebidamente gravoso para las partes y tampoco habría perjudicado indebidamente a ninguna de ellas o afectado el procedimiento del arbitraje. Ambas partes están representadas por abogados experimentados y son perfectamente capaces de responder a los escritos *amicus*. La posibilidad de que uno o ambos *amici* hubieran brindado una opinión contraria a los intereses de alguna de las partes no es un motivo en sí mismo para excluir a los *amici* del procedimiento. En efecto, las partes deberían abrazar la oportunidad de contar con argumentos más rigurosos y detallados, tal como lo ha hecho el Demandado. Por último, las inquietudes relativas a la carga de las partes o a la afectación del procedimiento podrían haberse abordado fácilmente mediante la imposición de límites y requisitos estrictos respecto de los escritos *amicus*.

Profesor Philippe Sands QC

16 de diciembre de 2021