

SEGUNDA SECCIÓN
LA INVERSIÓN EXTRAJERA DIRECTA BAJO EL TLCAN/T-MEC

EL GOBIERNO DE MÉXICO ANTE LOS DERECHOS DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y BILATERALES DE INVERSIÓN

MANUEL PÉREZ ROCHA*

El gobierno de AMLO heredó de los gobiernos anteriores el haber cedido la *soberanía del país al otorgar derechos sin precedentes a inversionistas extranjeros mediante la firma de un entramado de tratados bilaterales de inversión (TBI) y tratados de libre comercio (TLC)*. La nueva versión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, llamado Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC) fue negociado por los gobiernos de Peña Nieto y Obama, pero su ratificación en los congresos se dio ya en las nuevas composiciones parlamentarias y bajo los ejecutivos de Trump y AMLO. Los demócratas en el Congreso de Estados Unidos forzaron la renegociación de algunos puntos entre los cuales estuvo el excluir el mecanismo internacional de solución de disputas en materia de inversión entre Estados Unidos y Canadá. México pudo hacer lo mismo, pero el gobierno saliente y grandes empresarios presionaron para que se incluyera y AMLO aceptó. También, se estableció una “cláusula de legado” que le permitió a los tres países poder seguir entablando demandas por un periodo de tres años, con las reglas del TLCAN, es decir hasta 2023. Esto le ha costado al gobierno de AMLO tener que enfrentarse, de manera sin precedentes, a demandas multimillonarias en tribunales supranacionales, como el Centro de Diferencias de Arreglos de Inversiones (CIADI), del Banco Mundial.

Lo anterior ha sido particularmente grave, dado el contexto global del arrebato transnacional por recursos naturales en abierta contradicción con el objetivo del gobierno de AMLO que busca asegurar un control soberano sobre ellos y disminuir los riesgos de que proyectos extractivos dañen el medio ambiente. AMLO ha tenido que enfrentarse con empresas transnacionales que pueden esquivar los sistemas jurídicos nacionales y acudir a tribunales de arbitraje supranacional para demandar a gobiernos.¹

* Universidad Nacional Autónoma de México.

Durante siglos, las disputas sobre inversiones transnacionales se habían resuelto a través del sistema judicial del país anfitrión o mediante litigios intergubernamentales. Durante muchos años en América Latina, llevar esas disputas a tribunales supranacionales se consideró violatorio de la soberanía nacional. El abogado argentino Carlos Calvo formuló en 1868 la “Doctrina Calvo”, que influyó en toda la región. Esto impedía que inversionistas extranjeros disfrutaran de derechos y privilegios especiales y exigía que cualquier reclamación se decidiera en los tribunales nacionales.

Robin Broad, profesora de la American University de Washington, D.C., explica como durante la reunión anual de 1964 del Banco Mundial en Tokio, 19 países de América Latina y el Caribe (más Filipinas e Irak) se negaron a votar a favor de la creación de una nueva sección del Grupo del Banco Mundial mediante la cual corporaciones extranjeras podrían eludir sistemas de justicia nacionales y llevar a gobiernos a demandas supranacionales. Éste fue el CIADI. El histórico voto en contra es conocido como “el No de Tokio”.²

Sin embargo, a través del tiempo, el llamado Consenso de Washington, deudas externas y programas de ajuste estructural impuestos por los países capitalistas centrales a través del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, fueron doblegando voluntades. México, junto con Cuba y Brasil, había sido de los únicos países en el hemisferio que habían logrado resistirse a ratificar el convenio del CIADI, hasta que en 2018 el gobierno de Peña Nieto cedió. En las últimas tres décadas, la gran mayoría de los países de la región abandonaron la arriba citada Doctrina Calvo y con pocas excepciones han caído bajo el mito de que podrían captar mayor inversión extranjera si permitiesen a inversionistas recurrir a mecanismos supranacionales para la solución de disputas. En realidad, no hay evidencia de que los niveles de inversión extranjera puedan aumentar si inversionistas extranjeros disponen de estos recursos.³ Los países periféricos que han sido los mayores receptores de inversión extranjera (India, Brasil por no decir China) no han firmado TLC o TBI con Estados Unidos ni otras potencias, que permitan que sus propios tribunales sean esquivados.

El CIADI se mantuvo casi inactivo durante sus primeros tres décadas. Lo que lo activó fue la explosión de TBI y TLC. A nivel mundial, el número de TBI firmados pasó de 1,000 en 1995 a más de 2,800 hoy en día. Este régimen de protección de inversiones perjudica de manera desmedida a países en desarrollo y México es hasta la fecha el cuarto país más demandado del mundo con 10 demandas tan sólo en 2023.⁴

Estas demandas se dan bajo el así llamado “mecanismo de solución inversionista-Estado”, que es mejor conocido como ISDS, por sus siglas en

inglés (*Investor-State Dispute Settlement*). Otorga a inversionistas extranjeros, principalmente grandes empresas transnacionales, el recurso de demandar a Estados ante tribunales de arbitraje supranacionales (oficialmente llamados internacionales) si consideran que leyes, regulaciones, decisiones judiciales u otras medidas ejercidas por un gobierno violan las protecciones que tienen bajo un tratado. Los casos son decididos normalmente por tres árbitros, muchos de ellos con un sesgo pro-inversionista. El mecanismo ISDS ha sido fuertemente criticado desde el ámbito académico, profesional y de la sociedad civil. Entre las críticas sobresalen:

- Opacidad en los procedimientos arbitrales: se llevan a cabo mayormente a puertas cerradas en el CIADI en Washington, o en algún otro tribunal; por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya⁵ o la Corte Internacional de Comercio.⁶
- Parcialidad de los árbitros, que pueden decidir sin obligación a obedecer jurisprudencia alguna.
- Los gobiernos deben cubrir los altos costos de los arbitrajes y su defensa legal al tiempo que firmas de abogados aprovechan este sistema que les reditúa grandes ganancias.⁷
- Es un sistema de una sola vía: el inversionista es el único que puede iniciar una demanda. Como escribí hace unos años, es como jugar fútbol solo en una mitad de la cancha, un equipo ataca y el otro solo se puede defender.⁸
- Las víctimas de abusos por parte de empresas transnacionales carecen de cualquier mecanismo paralelo a éste para acceder a la justicia.⁹ Las consideraciones de derechos humanos no caben, en general, en las deliberaciones de los estos tribunales: solo las afectaciones a los derechos de inversionistas consagrados en los TLC y TBI. Éstos incluyen:
 - 1) Compensación por “expropiación indirecta”. Si bien el término de expropiación en el pasado se aplicaba a la confiscación física de una propiedad, las reglas actuales protegen a los inversionistas contra la expropiación “indirecta”, que se interpreta como las reglamentaciones y otras acciones gubernamentales que reducen el valor de una inversión extranjera o impiden una ganancia esperada. La amenaza de ser condenado a pagar grandes sumas de dinero por daños y perjuicios puede tener un “efecto congelador” (*chilling effect* como se le conoce en inglés) en la formulación de políticas nacionales responsables.
 - 2) Normas subjetivas de “trato justo y equitativo”. Esta cláusula no tiene significado definible y es inherentemente subjetiva, lo que permite que los árbitros en tribunales supranacionales la apliquen

- con sus propias interpretaciones a acciones de gobiernos de países que tienen historias, culturas y sistemas de valores diversos. Cualquier acción del gobierno que afecta negativamente la ganancia del inversor puede ser interpretada como un acto “discriminatorio” y por ende un incumplimiento del trato justo y equitativo.
- 3) Trato nacional y trato de nación más favorecida. Los gobiernos deben tratar a los inversionistas extranjeros y sus inversiones al menos tan favorablemente como a los inversionistas nacionales (trato nacional) y a aquellos de cualquier tercer país (trato de nación más favorecida). Aunque se le pregona como un principio básico de justicia, en realidad despoja a los gobiernos de la posibilidad de impulsar estrategias de desarrollo nacional y para ello definir socios prioritarios, utilizadas en el pasado prácticamente por todas las economías exitosas.
 - 4) Prohibición de control de movimientos de capitales. Se prohíbe a gobiernos aplicar restricciones a los flujos, tanto entrada como salida de capitales, a pesar de que dichas medidas han sido utilizadas para prevenir y mitigar de manera efectiva la volatilidad y las burbujas financieras. Incluso el FMI reconoce que los controles de capital constituyen herramientas de políticas públicas importantes en algunas circunstancias.
 - 5) Prohibición a establecer requisitos de desempeño. Los gobiernos deden renunciar al ejercicio de su autoridad y abstenerse de exigir que los inversionistas extranjeros usen, por ejemplo, un cierto porcentaje de insumos locales en la producción, que transfieran tecnología y otros requisitos que en países como China constituyen herramientas de desarrollo económico.
 - 6) Estándar de plena protección y seguridad. Este estándar abarca los daños y perjuicios tanto físicos como legales que afecten a las inversiones, supuestamente provocadas por el Estado o por terceros (por ejemplo, la sociedad civil o comunidades en defensa de sus recursos naturales y territorios). Este estándar obliga, por ejemplo, al uso de la fuerza del Estado u otros medios para garantizar la protección de los inversionistas ante protestas de comunidades contra sus proyectos.

En el informe *Radiografía del poder transnacional: el régimen de protección de inversiones y sus consecuencias*, publicado por el Institute for Policy Studies de Washington y el Transnational Institute de Amsterdam¹⁰ documentamos como desde la crisis mundial del Covid-19 México ha sido

uno de los países de América Latina que más demandas de arbitraje de inversión ha recibido en el marco de los TLC y TBI. A pesar de la crisis, inversionistas han lanzado demandas multimillonarias contra México, obligando al Estado a desviar importantes recursos en lugar de atender las necesidades más urgentes del país. Pero fue en 2023 cuando México ha recibido más demandas, 11 solo en ese año y un total de 53 para convertirse México en el cuarto país más demandado del mundo y el tercer país más demandado de América Latina y el Caribe. Es el colmo: tener que usar dinero del erario para “compensar” a inversionistas cantidades millonarias resultantes de oscuros arbitrajes, las más de las veces por inversiones ni siquiera realizadas (se puede demandar por no autorizar una inversión).

Hasta ahora México ha sido condenado a pagar casi 295 millones de dólares en 11 casos por concepto de indemnización a los inversionistas. Esta cifra representa 3.5 veces el presupuesto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 2021.

En cuanto a las 25 demandas pendientes, la cantidad total que reclaman los inversionistas asciende a más de 11,661 millones de dólares. Esto equivale a 84% del presupuesto de la Secretaría de Salud en 2021. Y el monto total puede ser aún mayor, puesto que no se cuenta con datos de 7 de esas demandas pendientes.

Es especialmente alarmante el aumento del uso de estos derechos por parte de compañías extractivas (petróleo, minería y gas), particularmente en América Latina y en México específicamente. De los 6,008 millones de dólares por los que México está siendo demandado por casos conocidos, 4,540 millones de dólares corresponden a tan solo tres empresas mineras (Odyssey Marine y Vulcan Legacy de Estados Unidos, y First Majestic de Canadá).¹¹

A pesar de ello, México sigue vulnerando su soberanía firmando nuevos tratados de protección de inversiones que incluyen el mentado ISDS para la resolución de conflictos con transnacionales. En los últimos años, México ratificó el Tratado Transpacífico (TPP), bajo el cual ya ha recibido la primera demanda (interpuesta por la canadiense Caisse de Depot et Placement du Quebec XX) y también ha recibido una Notificación de Intención (NOI) de demanda por parte de la minera canadiense Almadex and Almaden.

El gobierno mexicano no aprendió de más de dos décadas de TLCs. y TBIs. La tendencia del gobierno de Andrés Manuel López Obrador fue aceptar todos estos tratados de protección de inversiones, alcanzados por los gobiernos neoliberales, como males inevitables e innegociables.

* En la renegociación el TLCAN para convertirse en el T-MEC sigue incluyendo un anexo 14-D que permite a empresas estadounidenses demandar a México (aspecto que Canadá excluyó).

* También alcanzó un “acuerdo en principio” para “modernizar” el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea que incluiría, de ser ratificado, un nuevo capítulo de protección de inversiones.

* Además, en 2018 se convirtió en miembro pleno del CIADI del Banco Mundial y ahora negocia un TLC con Corea del Sur, al tiempo que sigue promoviendo la Alianza del Pacífico en América Latina.

PARA EL PRÓXIMO GOBIERNO ES RECOMENDABLE

- Realizar una auditoría de todos los tratados de protección de inversiones y sus impactos para la economía y sociedad mexicana.
- Suspender la posibilidad del uso de demandas inversionista-Estado por parte de empresas extranjeras mientras dura la auditoría y tomar los pasos necesarios una vez terminada ésta.
- Salir del CIADI y promover opciones nacionales y regionales para la resolución de disputas entre inversionistas y Estado.

NOTAS

¹ Ver Moore y Pérez (2019).

² Broad (2014).

³ El Centro de Inversión Sostenible de la Universidad de Columbia (CCSI, por sus siglas en inglés) ha publicado un informe sobre los costos y beneficios de este marco de inversiones en el que se concluye que los supuestos beneficios de los tratados de inversión Internacional en atraer la inversión extranjera son altamente dudosos en el mejor de los casos, e incluso son perjudiciales en el sentido de que promueven una competencia para reducir al mínimo los estándares laborales, ambientales y de derechos humanos. Ver: Johnson, Sachs, Güven y Coleman (2018).

⁴ Ver distribución geográfica de demandas: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf

⁵ <https://pca-cpa.org/es/home/>

⁶ <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/>

⁷ Como el reporte del Corporate Europe Observatory y del Transnational Institute, cuando la injusticia es negocio demuestra que el sistema de tribunales internacional apuntala a una “industria legal secreta pero floreciente, que cuesta a los ciudadanos miles de millones de dólares de sus impuestos e impide que se adopten leyes en pro del interés público” (Véase: https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/cuando_la_injusticia_es_negocio.pdf).

⁸ <https://www.nytimes.com/2014/12/04/opinion/when-corporations-sue-governments.html>

⁹ Ver cómo se denegó en el CIADI un *Amicus Curiae* presentado por comunidades pesqueras de Baja California Sur en el caso *Odyssey vs México*, en: <https://inequality.org/research/explotacion-minera-de-los-fondos-marinos-arbitraje-internacional-mexico/>

¹⁰ *Radiografía del poder en México, el régimen de protección de inversiones y sus consecuencias*, junio 2022, Institute for Policy Studies y Transnational Institute, en: https://ids-americalatina.org/wp-content/uploads/2022/05/ISDS_Mexico_2022.pdf

¹¹ Ver: “De costa a costa enfrentando a mineras”, en: <https://www.jornada.com.mx/2022/02/14/opinion/016a1pol>

BIBLIOGRAFÍA

Broad, Robin (2014), “Remembering the ‘Tokyo No’ 50 years later”, *Third World Economics*, No. 582, pp. 15-16, en: <https://twm.my/title2/twe/2014/582/8.htm>

Johnson, Lise; Sachs, Lisa; Güven, Brooke y Coleman, Jesse (2018), *Costs and benefits of investment treaties: Practical considerations for states*, Columbia Center on sustainable investment, en: <https://ccsi.columbia.edu/content/costs-and-benefits-investment-treaties-practical-considerations-states>

Moore, Jen y Pérez Rocha, Manuel (2019), *Casino del extractivismo*, en: <https://ips-dc.org/wp-content/uploads/2019/06/ISDS-Mining-Latin-America-Report-Formatted-SPANISH.pdf>