

Corte Suprema de Justicia retira concesiones mineras por falta de consultas comunitarias

Febrero 2022

Autores: [Francisco de Rosenzweig](#), [Rafael Llano](#), [Victoria Paulina Rodríguez de Anda](#)

El 16 de febrero de 2022, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) falló a favor del Comisariado Ejidal y la Comunidad Indígena Nahua de Tecoltemi, ordenando retirar dos concesiones mineras a una empresa canadiense porque previo al otorgamiento de las mismas no hubo una consulta previa¹ con base en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas.²

Las concesiones se otorgaron en 2003 y 2009 a la filial mexicana de la empresa canadiense con el objetivo de desarrollar actividades de explotación de oro y plata en el norte del Estado de Puebla. A través de su fallo, la SCJN reconoció que “existe la obligación convencional para todas las autoridades mexicanas de llevar a cabo los mecanismos o procedimientos necesarios que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas”,³ y “determin[ó] que lo procedente es ordenar a la Secretaría de Economía, a través de su Dirección General de Regulación Minera, dejar insubsistentes los títulos de concesión minera”.⁴

Las cortes mexicanas han declarado que “no deb[en] llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, sino sólo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida y entorno”.⁵ Así, como ha sido reconocido por tribunales internacionales “el Convenio 169 de la OIT impone obligaciones directas solo a los Estados.... [L]as empresas privadas no pueden ‘incumplir’ el Convenio 169 de la OIT porque este no les impone obligaciones directas”,⁶ por lo que si el

¹ Sin embargo, La SCJN hace historia: retira 2 concesiones a minera canadiense y protege a indígenas, disponible en: <https://www.sinembargo.mx/16-02-2022/4117992>

² El Artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “[e]l derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional.... Esta constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: (v) conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”. Además, el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que “los gobiernos deberán, (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente... 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

³ Sin embargo, La SCJN hace historia: retira 2 concesiones a minera canadiense y protege a indígenas, disponible en: <https://www.sinembargo.mx/16-02-2022/4117992>

⁴ *Ídem*.

⁵ *Ver* Amparo en revisión 499/2015. José Luis Flores González y otros. 4 de noviembre de 2015 y Amparo en revisión 500/2015.

⁶ *Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párr. 664.

concesionario actuó de buena fe podría tener que ser compensado por la afectación que le cause la conducta del Estado.

En su demanda, los pobladores indígenas de Tecoltemi también habían reclamado declarar inconstitucionales los artículos 6, 10, 15 y 19 de la Ley Minera.⁷ Sin embargo, la SCJN concluyó que “no le asiste razón a la parte quejosa en cuanto a que los artículos impugnados son inconstitucionales” debido a que “el régimen establecido en el artículo 27 constitucional sobre los minerales propiedad de la Nación es claro en establecer la potestad exclusiva de la Federación para aplicar las modalidades que resulten necesarias para el aprovechamiento de los recursos minerales”.⁸

Cabe mencionar que la SCJN dejó abierta la posibilidad de renovar las concesiones si se respetan los derechos de consulta de la comunidad indígena, permitiendo a la Secretaría de Economía “emitirlos nuevamente considerando que... existe la obligación convencional para todas las autoridades mexicanas de llevar a cabo los mecanismos o procedimientos necesarios que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informada”.⁹

Los integrantes de la industria minera cuyos derechos puedan verse afectados por este precedente, pueden buscar asesoría legal para la interposición de los medios de defensa correspondientes.

Protecciones Internacionales

Cabe destacar que, frente a medidas adoptadas por el Estado, los tratados de promoción y protección de inversiones (“TPIs”)¹⁰ otorgan derechos a los inversionistas destinados a la protección de sus inversiones, que se traducen en obligaciones de derecho internacional público para el Estado. México tiene suscritos TPIs con más de 40 Estados,¹¹ además de que hay diversos TPIs cuyo proceso de negociación ha finalizado, pero falta la formalización por parte de las legislaturas estatales (e.g., Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México).

Los TPIs suscritos por México otorgan a los inversionistas, entre otros, los siguientes derechos clave:

- **Trato justo y equitativo:** se trata de una garantía que engloba una serie de obligaciones para el Estado, que se han perfilado en la práctica arbitral. En concreto, exige al Estado abstenerse de adoptar actos o medidas que: (i) frustren las expectativas legítimas del inversionista al momento en que fue efectuada la inversión; (ii) adolezcan de la debida transparencia; (iii) sean irracionales o arbitrarias; o (iv) tengan efectos negativos desproporcionados en la inversión. El Estado también tiene una obligación de mantener un marco regulatorio estable y transparente.
- **No discriminación:** consiste en que los estados receptores de la inversión, están obligados a darle al inversionista el mismo trato que a sus nacionales con respecto a la inversión (lo que se conoce como “Trato Nacional”) y el mismo trato que a otros inversionistas extranjeros, en circunstancias similares (lo que se conoce como “Trato de Nación más Favorecida”).

⁷ Sin embargo, La SCJN hace historia: retira 2 concesiones a minera canadiense y protege a indígenas, disponible en: <https://www.sinembargo.mx/16-02-2022/4117992>

⁸ *Ídem*.

⁹ Ver El País, La Suprema Corte cancela dos concesiones mineras en Tecoltemi en una decisión historia del 16 de febrero de 2022, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-02-16/la-suprema-corte-cancela-dos-concesiones-mineras-en-tecoltemi-en-una-decision-inedita.html>

¹⁰ Los TPIs son acuerdos en los que dos o más países establecen las reglas y condiciones aplicables a la inversión extranjera en cada uno de los países que lo suscriben y donde el criterio de reciprocidad guía la concesión de garantías por parte de cada Estado involucrado.

¹¹ En concreto, México ha suscrito acuerdos de protección recíproca de inversiones (“APRIs”) que se encuentran actualmente en vigor, con los siguientes países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahrein, Bielorrusia, China, Corea del Sur, Cuba, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, India, Islandia, Italia, Kuwait, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Turquía y Uruguay. México también ha suscrito tratados de libre comercio (“TLC”) que contienen disposiciones en materia de protección de inversiones, como Alianza del Pacífico, Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC, antes TLCAN), Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, TLC Chile, TLC Colombia, TLC Costa Rica, TLC Japón, TLC Panamá, TLC Perú y TLC Uruguay.

- **Expropiación justa:** consiste en que los estados que sufran una expropiación o acto gubernamental de efectos análogos con respecto a la inversión de un inversionista extranjero, protegido por el tratado en cuestión, deberán otorgar una pronta, justa y adecuada indemnización, además de que dicha medida debe tener como sustento el interés público del Estado que la aplicó.¹²

El contenido y definición de cada uno de los derechos protegidos aquí mencionados está intrínsecamente ligado con el texto del tratado en cuestión, pues su aplicación e interpretación dependerá de la forma en que el tratado fue redactado. La violación de alguno de los derechos protegidos por los TPIs implicaría la responsabilidad internacional del estado y su obligación de resarcir el daño.

La decisión de la SCJN, así como la posible aplicación de este precedente para otras concesiones mineras en el país, podría llegar a afectar derechos protegidos por los TPIs, como las expectativas razonables y legítimas de inversionistas que invirtieron en el país confiando en la aplicación de un marco jurídico y de negocios determinado. Dicha afectación podría dar lugar a potenciales reclamos ante tribunales internacionales bajo los TPIs de los que el Estado mexicano es parte.

White & Case cuenta con amplia experiencia en temas de minería y arbitraje de inversión. Quedamos a su disposición para el análisis de su caso en específico en relación con las últimas medidas del Estado mexicano en el sector minero.

White & Case, S.C.
Torre del Bosque - PH
Blvd. Manuel Avila Camacho #24
11000 Ciudad de México
México

T +52 55 5540 9600

En esta publicación, White & Case se refiere a la práctica legal internacional que comprende White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada registrada en el Estado de Nueva York, White & Case LLP, una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con el derecho de Estados Unidos de América y todas las demás sociedades asociadas.

Esta publicación fue elaborada con fines informativos para nuestros clientes y demás personas interesadas. No es, y no pretende ser, de carácter general. Derivado de la naturaleza general de su contenido, no deberá entenderse como una asesoría legal.

Esta publicación está protegida por derechos de autor. El material que aparece en este documento puede ser reproducido o traducido con el crédito apropiado.

© 2022 White & Case LLP

¹² Cabe mencionar que el interés público de una medida regulatoria no exonera necesariamente al Estado de su responsabilidad internacional en caso de expropiación.