

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 5 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 5-2021



© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 5-2021 / Septiembre 2021

Envío de convocatoria 03 de febrero de 2021

Recepción de artículos 14 de mayo de 2021 al 15 de julio de 2021

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de disputas. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas perteneces exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de
Controversias de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623
web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA
LA RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

**Coordinadora Consejo
Editorial**

CONSEJO EDITORIAL

Diego Castagnino

Asesor de la Dirección Editorial

Mario Bariona Grassi

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Ramón Escovar Alvarado

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la quinta edición de *Principia*.

En *Principia* continuamos con nuestra misión de difundir conocimiento académico de calidad sobre los medios alternativos de solución de controversias. Para lograrlo, invitamos a excelentes autores de diversas edades, nacionalidades y experiencias, lo cual le da al lector la posibilidad de acceder a una gran variedad de visiones y enfoques.

En esta entrega contamos con una espléndida entrevista a la profesora Catharine Titi, que nos da una visión única del Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL) y lo que significa para el arbitraje de inversión.

Veremos también un artículo del profesor Allan Brewer-Carías, el cual presenta una perspectiva histórica de la evolución de la visión que del Estado Venezolano sobre el arbitraje en el derecho público.

Luego, contamos con un artículo donde Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez hacen un interesante estudio y análisis de la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL.

También se explorará la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia norteamericana y de España con la contribución de Javier Íscar de Hoyos.

Veremos cómo recientes cambios legislativos en México pueden ponerlo en una situación similar a la de España en el contexto de reclamaciones en arbitraje de inversión de la mano de Carlos Molina Esteban.

Con un enfoque teórico, Alejandro Ramírez Padrón nos da una visión de distintas teorías que buscan dar explicación a la fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional.

Finalmente, profesor Claudio Salas, Maria Camila Hoyos, y Soledad Peña abordan las consecuencias jurídicas y prácticas de la denuncia y el retiro de Venezuela de la Convención CIADI.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás revisores que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 6!

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi

pág 11

De la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez

pág 19

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público

Allan R. Brewer-Carías

pág 29

El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso Henry Schein V Archer & White

Javier Íscar de Hoyos

Pág 53

Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?

Carlos Molina Esteban

pág 89

Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón

pág 127

The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation

Claudio Salas, María Camila Hoyos and Soledad Peña

pág 139

Normas Editoriales de Principia

pág 161

Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?

Carlos Molina Esteban*

Principia No. 5–2021 pp 89-126

Resumen: Los casos de arbitraje de inversión dirigidos contra España por el cambio regulatorio en el ámbito de la energía renovable constituyen un fenómeno sin precedentes. Se plantearon 47 basados en una sola medida: el Real Decreto 661/2007 y su posterior derogación. En fechas recientes parece que algunos estados están siguiendo los pasos de España, sustituyendo un régimen favorable para la producción renovable por uno menos ventajoso. Un buen ejemplo sería el cambio regulatorio en México. En el presente artículo se analizará como ha sido este cambio legislativo en España y México (trazando paralelismos entre una situación y otra) y posteriormente se analizarán las principales conclusiones alcanzadas en los laudos de renovables españoles, así como su posible aplicabilidad al contexto mexicano.

Abstract: The Spanish cases on renewable energies are an unprecedented phenomenon. Fundamentally, 47 investment arbitration cases were filed based on a single legislative measure: Royal Decree 661/2007 and its later abrogation. It appears that a number of states are following Spain's footsteps, abandoning a favorable legislative framework for renewable energies in favor of a more disadvantageous one. A good example of this trend is Mexico. This article will analyze the legislative change in Spain and Mexico (showing the similarities of both situations) and will later analyze the fundamental conclusions reached by Arbitral Tribunals deciding on the Spanish renewable cases, as well as the potential relevance of such conclusions in the Mexican context.

Palabras Claves: Energías Renovables, Casos españoles, España, México, Tratado de la Carta de Energía, Trato Justo y Equitativo, Expropiación, Cláusula Paraguas.

Keywords: Renewable Energies, Spanish Cases, Spain, Mexico, Energy Charter Treaty, Fair and Equitable Treatment, Expropriation, Umbrella Clause.

*Carlos Molina Esteban: Doble Grado Derecho y Administración de Empresas en ESADE Law & Business School, Barcelona; LLM in Transnational Arbitration and Dispute Settlement en Sciences Po Law School, París; actualmente Asociado en B. Cremades & Asociados, Madrid. El presente artículo se basa en la opinión personal del autor y no necesariamente refleja la opinión del despacho al que estoy asociado ni la de ninguno de sus clientes.

Sumario: I. Introducción, II. Las renovables en España, A. La situación ex ante: “el sol puede ser suyo”, B. El precio del éxito: el déficit tarifario y las reformas en renovables, III. Las renovables en México, A. Un régimen favorable para las renovables en México, 1. Un déjà vu: el cambio de régimen en México, IV. Objeciones Jurisdiccionales, B. Estándares sustantivos, 1. Trato Justo y Equitativo, 2. Expropiación, 3. Cláusula paraguas, V. Otras cuestiones relevantes: la ejecución de laudos y el Real Decreto-Ley 17/2019, VI. Conclusión

I. Introducción

Los casos de renovables españoles han tenido un efecto decisivo sobre el panorama de arbitraje de protección de inversiones en España. El país ha pasado a ser el tercer estado más demandado en arbitraje del mundo, presentándose hasta 47 reclamaciones contra España por este motivo y estando en juego indemnizaciones por valor de entre 7.500 y 8.000 millones de euros. Sin duda es una situación indeseable para cualquier país, que debería disuadir a otros estados de emprender la vía seguida por España¹. En el artículo nos centraremos en un país que parece seguir los (malos) pasos de España: México.

El objetivo de este artículo es explorar si, y en qué manera, la situación que se ha dado en España podría ser aplicable al contexto mexicano. Todo este análisis se realiza con la

advertencia o cautela, de que no se han planteado por el momento reclamaciones por arbitraje de inversión en México. En las siguientes secciones se analizará (i) la regulación de la producción renovable en España y su evolución de 2007 a 2013; (ii) la regulación del régimen de renovables en México y (iii) las principales conclusiones a extraer de los casos de renovables españoles y su aplicabilidad al contexto mexicano.

II. Las renovables en España

A. *La situación ex ante: “el sol puede ser suyo”*

En España el inicio del régimen regulatorio, cuya abrogación acabaría por dar lugar a más de 50 casos de arbitraje de inversión, debe situarse en la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (“LSE 1997”)². Esta ley perfilaba la creación de un régimen especial que regulara las

¹ Disputas similares podrían llegar a darse en Argentina, Ucrania y, como analizaremos, México.

² Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

energías renovables, desarrollado en su Título IV, Capítulo II. El artículo 27 de la LSE 1997 establecía la existencia del régimen especial al que se podrían acoger, entre otras, plantas con potencia instalada de menos de 50 MW siempre que “utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocombustible...”. El artículo 28 disponía que “Las instalaciones autorizadas para este tipo de producción [del régimen especial] de energía eléctrica gozaran de un trato diferenciado según sus particulares condiciones, pero sin que quepa discriminación o privilegio alguno entre ellas”³.

Queda claro que ya en 1997, cuando las energías renovables eran un fenómeno incipiente en España, se preveía que estas gozaran de un régimen privilegiado respecto a otras formas de generación de energía. Esto adquirió más importancia en 2001, cuando fruto de la Directiva 2001/77/CE España adquirió un compromiso concreto hacia la Unión

Europea de alcanzar un 22,1% de producción de electricidad por energías renovables para 2010 (artículo 3 de la Directiva). Así en 2004 se realizaron las primeras reformas del Sector Eléctrico para hacerlo más atractivo para los productores de energías renovables. Se promulgó el Real Decreto 436/2004 (“RD 436/2004”), cuyo artículo 22⁴ establece dos modalidades de venta de energía para las empresas que se acojan al régimen especial 1) ceder la energía a la empresa distribuidora de energía eléctrica al precio marcado por una tarifa regulada⁵; o 2) vender la electricidad libremente en el mercado, al precio que resulte en el mercado organizado o el precio libremente negociado por titular o representante de la instalación complementado por un incentivo⁶ y una prima⁷.

Estas medidas no tuvieron el efecto esperado, las bonificaciones eran demasiado bajas y fluctuantes para atraer una inversión significativa⁸. Por ello, se hizo necesario reforzar

³ *Id.*, artículo 27.

⁴ Real Decreto 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, artículo 22.

⁵ *Id.*, artículo 23.

⁶ *Id.*, artículo 25.

⁷ *Id.*, 24

⁸ Secretaría General de Energía, Dirección General de Política Energética y Minas, *La Energía en España* (España: División de Información, Documentación y Publicaciones, 2004), 115, cuadro 8.5.

los incentivos que se ofrecían a los productores de energías renovables. Resulta importante mencionar que en este momento ya existieron diversas sentencias del Tribunal Supremo español (“TS”) analizando la legalidad de estas reformas al sistema eléctrico. En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia del TS (“STS”) de 15 de diciembre de 2005⁹. En ella se confirma la legalidad de la modificación del régimen que constituía el Real Decreto 436/2004. Con ello quedó claro que el TS preveía la legalidad de cambios en el régimen legislativo de las energías renovables.

Reforzando sus esfuerzos legislativos, España elaboró el “Plan de Energías Renovables en España 2005-2010” (“PER”), que fijaba un objetivo todavía más ambicioso que el de la UE, pretendiéndose obtener un porcentaje de producción de energía renovable del 29,4% para 2010. Resulta interesante que este

plan ya previera una rentabilidad de los proyectos tipo que se calculó en una Tasa Interna de Retorno (“TIR”) de aproximadamente un 7%¹⁰. Este último concepto de rentabilidad tipo o rentabilidad razonable acabaría por tener una enorme importancia con las reformas a la legislación de las renovables en 2013 como veremos *infra*. También resulta fundamental que en este plan ya se hablara de la necesidad de dotar de estabilidad y predictibilidad al régimen remuneratorio.

Para alcanzar el objetivo fijado en el PER, en 2007, se aprobó la medida estrella que más tarde sería el objeto principal de las reclamaciones contra España, el Real Decreto 661/2007 (“RD 661/2007”)¹¹. El fin de este Real Decreto era mejorar la retribución de las tecnologías menos maduras, como la biomasa y la solar térmica, para poder alcanzar los objetivos del Plan de Energías Renovables 2005-2010 y los com-

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005 (RCA 73/2004). En el Fundamento Jurídico Noveno concluye (“el nuevo sistema de retribución implantado por el RD 436/2004 ha modificado la sistemática del anterior, sin que la parte recurrente haya logrado acreditar ninguna vulneración -en esta alegación, ni siquiera se aduce- de los parámetros que la LSE impone. Por ello, ninguna objeción podría haber a la modificación de la forma de computar tarifas o primas en tanto no choque con lo dispuesto por la Ley... en este caso... tampoco se fundamenta dicha apelación en argumentos concretos sobre la esencialidad del supuesto cambio y su incidencia sustancial en el equilibrio de derechos y obligaciones de las instalaciones afectadas”).

¹⁰ Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, *Plan de Energías Renovables en España 2005-2010* (España: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, 2005), 274.

¹¹ Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

promisos contraídos por España a nivel comunitario¹². El RD 661/2007 fija un sistema estable de ayudas que garantizan una rentabilidad atractiva a la producción de energía eléctrica en régimen especial¹³. Y así fue, la aprobación fue un cambio significativo respecto al régimen anterior. Comentamos algunos de sus puntos más relevantes:

- i. En el artículo 17(e) se garantiza a los productores en régimen especial una prioridad en el acceso a la red, de modo que se les asegura que puedan introducir su energía en la red eléctrica al precio acordado¹⁴.
- ii. Los artículos 24.4, 25 y 27, establecían que los productores podían optar¹⁵ entre vender la energía a una tarifa fija¹⁶ (opción fija) por unidad de producción o una remuneración variable estableciéndose una prima por unidad¹⁷ que se añadía al precio de mercado (opción

variable). En esta opción si el precio de mercado garantizaba la cobertura de costes, no se pagaba la prima (límite superior), sí se pagaba cuando el precio era inferior a un determinado importe (límite inferior).

- iii. Los artículos 36 y 44 establecían esta remuneración para toda la vida de la instalación sin límite alguno¹⁸.
- iv. El artículo 44.3 establece que a partir del año 2010 se revisarían las tarifas, primas, complementos y límites superior e inferior, eso sí, “garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables”¹⁹. Todos estos elementos se actualizarán además anualmente con referencia al IPC²⁰.

Junto con este RD la reforma de las renovables se complementó con la

¹² *Id.*, Exposición de motivos.

¹³ *Id.*, artículo 1.

¹⁴ *Id.*, artículo 17(e).

¹⁵ *Id.*, artículo 24.4.

¹⁶ *Id.*, artículo 25.

¹⁷ *Id.*, artículo 27.

¹⁸ *Id.*, artículos 36 y 44.

¹⁹ *Id.*, artículo 44.3. Como se verá este término tendrá una importancia fundamental.

²⁰ *Id.*, artículo 44.1 y 44.2.

reforma de la LSE mediante la Ley 17/2007²¹.

En noviembre de 2008 el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (“IDAE”) emitió un panfleto que tenía por objeto responder a las preguntas clave sobre energía fotovoltaica. En el punto 5 de este documento se lista la regulación aplicable a las renovables en aquel momento incluyendo el RD 661/2007. El documento se tituló “El sol puede ser suyo”²², cosa que posteriormente sería utilizado por varios inversores para demostrar posibles compromisos o representaciones que habría realizado el Estado.

Este conjunto de medidas fueron un éxito a la hora de atraer inversiones en renovables a España. De hecho, para 2011 las renovables se habían

convertido en una de las principales fuentes de generación eléctrica²³.

B. El precio del éxito: el déficit tarifario y las reformas en renovables

Sin embargo, las reformas en renovables resultaron ser un “arma de doble filo” pues causaron un enorme déficit tarifario que alcanzó los 26.000 millones de euros²⁴. Por déficit tarifario se entiende:

Un déficit tarifario implica la acumulación de un déficit o deuda en el sector eléctrico [...] El déficit se acumula porque las tarifas fijadas legalmente, que deberían cubrir los costes de operación del sistema, incluyendo p.ej. el apoyo a las renovables, o bien se han fijado demasiado bajas o se les está impidiendo aumentar a un nivel que permita cubrir los incrementos en los costes de producción o servicios²⁵.

²¹ Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

²² Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, *El Sol puede ser suyo, Respuestas a todas las Preguntas Clave sobre Energía Solar Fotovoltaica* (España: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, 2008).

²³ Secretaría General de Energía, Dirección General de Política Energética y Minas, *La Energía en España* (España: División de Información, Documentación y Publicaciones, 2011), p. 220, cuadro 8.6. Según este cuadro la contribución de la electricidad renovable a la producción bruta de electricidad habría evolucionado de un 14,5% en 2005 a un 31,6% en 2011.

²⁴ Andrés Cala, “Renewable Energy in Spain Is Taking a Beating”, *The New York Times*, el 8 de octubre de 2013, <https://www.nytimes.com/2013/10/09/business/energy-environment/renewable-energy-in-spain-is-taking-a-beating.html>.

²⁵ Asa Johannesson, et. al., “Electricity Tariff Deficit: Temporary or Permanent Problem in the EU?”, *Economic Papers* 534, (octubre 2014): 7. (traducción libre). Versión original (“A tariff deficit implies that a deficit or debt is built up in the electricity sector [...] A deficit is accumulated due to the fact that the regulated tariffs which should cover the system’s operating costs, including e.g. support to renewables, are either set too low or not allowed to increase at a pace that cover rising production or service costs”).

El creciente déficit tarifario unido al impacto de la crisis económica de 2008 posterior a la quiebra de Lehmann Brothers motivó la reforma de la regulación de las renovables. Los primeros pasos en este sentido se tomaron en 2009, cuando, mediante Real Decreto Ley 6/2009²⁶, se creó un mecanismo de registro para las instalaciones que se beneficiaran del régimen del Real Decreto 661/2007, por la que se supeditaba el acceso a la remuneración al cumplimiento de requisitos administrativos y financieros. Además, se creó un mecanismo para la financiación del déficit tarifario acumulado.

En 2010 se sucedieron las medidas en renovables: En primer lugar, se aprobó el Real Decreto 1003/2010²⁷ que requería la acreditación de la instalación de equipos para la producción de energía. Adicionalmente, el Real Decreto Ley 1614/2010²⁸ eliminó las horas equivalentes de funcionamiento con

derecho a prima para plantas termoeléctricas y eólicas. El Real Decreto Ley 14/2010²⁹ hizo lo propio para las fotovoltaicas. Además, se introdujo un peaje de acceso a las redes de transporte para los productores en base a la incidencia de la actividad en el desarrollo de las redes de transporte y distribución. Por su parte, el Real Decreto 1565/2010³⁰ modificaba el RD 661/2007. En su exposición de motivos se establece que el crecimiento de la producción de energía renovable en España junto con las “características estructurales de nuestro sistema eléctrico, obligan al establecimiento de requisitos técnicos adicionales para garantizar el funcionamiento del sistema”³¹.

En 2011 se redoblaron los esfuerzos por reformar el régimen de las renovables fruto de la victoria electoral de Mariano Rajoy, quien en su discurso de investidura se refirió al déficit ta-

²⁶ Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

²⁷ Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial.

²⁸ Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrica y eólica.

²⁹ Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

³⁰ Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

³¹ *Id.*, Exposición de motivos.

rifario como uno de los principales retos del ejecutivo³².

En 2012 se aprobaron nuevas medidas. En primer lugar, se aprobó la Ley 15/2012³³ por la que se creó un impuesto del 7% sobre todo tipo de energía producida. Además, el Real Decreto Ley 1/2012³⁴ que se aplicaba a instalaciones no inscritas (i) suprimía los incentivos para dichas instalaciones y (ii) suspendía el procedimiento de preasignación de retribución respecto a ellas.

Por último, en 2013 llegaron las medidas de mayor impacto. Mediante Real Decreto Ley 2/2013³⁵, se eliminó la “modalidad variable”, pudiendo los productores elegir entre la opción fija o vender la electricidad a precio de mercado. Asimismo, las actualizaciones ya no se basarían en el IPC sino en una cesta propia³⁶. Y finalmente, en el

Real Decreto Ley 9/2013³⁷ y a través de la Ley 24/2013 se suprimió el régimen de 2007, creándose un esquema de remuneración alternativo basado en una “retribución específica” sobre la base de los ingresos, costes y valor de la inversión inicial de una “instalación tipo” descrita como una “empresa eficiente y bien gestionada”³⁸. Todo esto se complementó con el Real Decreto 413/2014 que “determina la metodología del régimen retributivo específico”³⁹ aplicable a plantas renovables – es decir – detalla el esquema retributivo del la Ley 9/2013, así como la Orden Ministerial IET 1045/2014 que fija los parámetros retributivos de las instalaciones tipo sobre las que

³² Luis García, “Discurso de investidura: Rajoy ahorrará 16.500 millones, eliminará puentes y prejubilaciones”, *La Vanguardia*, 19 de diciembre de 2011, <https://www.lavanguardia.com/politica/20111219/54241270412/rajoy-discurso-investidura-ahorrara-16-50-millones-eliminar-puentes-prejubilaciones.html>.

³³ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

³⁴ Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

³⁵ Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

³⁶ *Id.*, artículo 1.

³⁷ Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

³⁸ *Id.*, artículo 1.2.

³⁹ Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, Exposición de Motivos, III.

se basa el nuevo régimen⁴⁰. En este sentido, se preveía una remuneración razonable para las plantas que ascendía a una TIR del 7,398% o 7,503%, actualizada posteriormente a 7,09%.

El cambio de régimen supuso, según los inversores, una pérdida de rentabilidad. En consecuencia, diversos inversores plantearon un conjunto de acciones tanto en litigación doméstica como en sede de arbitraje de inversión. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo españoles tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de las reformas en renovables según la legislación española.

Mediante Sentencias del Tribunal Constitucional (“STC”) 183/2014, de 6 de noviembre de 2014⁴¹, STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015⁴² y STC 30/2016, de 18 de febrero de 2016⁴³ se resolvieron varios recursos de inconstitucionalidad contra los recortes en renovables. Los recursos se centraban en que la reforma sería contraria a los princi-

pios de jerarquía normativa del artículo 9.1 de la Constitución Española, seguridad jurídica y prohibición de retroactividad (artículo 9.3 CE) así como por infringir los artículos 10 y 13 del Tratado de la Carta de Energía (“TCE”). El Tribunal Constitucional consideró que (i) que la contradicción de normas domésticas con Tratados internacionales no obsta a su constitucionalidad, (ii) que el cambio legislativo no es contrario a la constitución mientras sean previsibles y reflejen el interés público⁴⁴; y (iii) que no hay aplicación retroactiva de la norma en tanto que el nuevo régimen se aplicaba a futuros efectos de situaciones jurídicas creadas bajo el régimen anterior (de modo que los cambios se aplicaban *ex nunc* y no *ex tunc*, siendo acordes al estándar fijado por el Tribunal Constitucional).

Del mismo modo, el TS también se pronunció sobre los recortes en renovables, estimándolos acordes con la legislación española en varias ocasiones incluyendo STS 3268/

⁴⁰ Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, artículo 1.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2014, 6 de noviembre de 2014.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, 17 de diciembre de 2015.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2016, 18 de febrero 2016.

⁴⁴ *Id.*

2017⁴⁵, STS 3531/2017⁴⁶, STS 3266/2017⁴⁷, y STS 3449/2017⁴⁸. Como muestra del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en estas decisiones nos referimos a la STS 3268/2017 en la que, entre otras cuestiones, se discutía la conformidad de algunas disposiciones del Real Decreto 413/2014 con la legalidad española. El Tribunal concluyó que el nuevo régimen (i) no contravenía la competencia igualitaria entre productores contenida en la LSE porque el nuevo sistema aseguraría una rentabilidad razonable para una instalación “eficiente y bien gestionada”⁴⁹, cosa que ya se establecía en la Disposición Final Tercera de la LSE; (ii) no contraviene el principio de irretroactividad de las normas no favorables, pues esta solo aplica a penalidades y sanciones restrictivas de derechos individuales; (iii) no contraviene los principios de seguridad jurídica y expectativas legítimas por no poder existir en una materia tan compleja y cambiante como la energía una expectativa de estabilidad

regulatoria. Del mismo modo argumenta el Tribunal que el cambio legislativo era previsible para cualquier inversor diligente, dada la acumulación del déficit tarifario. Asimismo, para defraudar las expectativas legítimas de los inversores, el Gobierno español tendría que haber dado “compromisos o signos externos concluyentes”⁵⁰ en el sentido de que se iba a mantener el estándar regulatorio anterior. (iv) no contraviene los principios de proporcionalidad y estabilidad⁵¹, pues el cambio de la regulación sería proporcional a la gravedad del creciente déficit tarifario, no habiéndose demostrado la existencia de una medida menos gravosa que consiguiera resultados similares. Por último, (v) no sería contrario a la Directiva 2012/72/EC que solo impone una obligación de incentivar las energías renovables y asegurar el acceso a la red eléctrica para productores de energía renovable, teniendo los estados miembro discreción en su implementación.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2017, de 14 de septiembre de 2017.

⁴⁶ Sentencia de Tribunal Supremo 3531/2017, de 13 de octubre de 2017.

⁴⁷ Sentencia de Tribunal Supremo 3266/2017, de 14 de septiembre de 2017.

⁴⁸ Sentencia de Tribunal Supremo 3449/2017, de 17 de septiembre de 2017.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2017, de 14 de septiembre de 2017, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁰ *Id.*, Fundamento Jurídico Sexto.

⁵¹ En la sentencia se discute además un argumento basado en la concurrencia de desviación de poder en la aprobación del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014. No se discutirá aquí este argumento.

Habiendo fracasado las acciones ante los tribunales españoles, numerosos inversores extranjeros plantearon contra España una multitud de casos de arbitraje de inversión. Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, tal y como adelantamos en la introducción, España se convirtió en el tercer país más demandado del mundo⁵². Estas disputas, las lecciones que de ellas se puede aprender y su aplicabilidad al caso mexicano serán objeto de examen en la sección III del artículo.

III. Las renovables en México

A. Un régimen favorable para las renovables en México

El desarrollo de la regulación de energías renovables en México ofrece algunos paralelismos con lo acontecido en España. Como veremos, se crea a partir de 2008 un clima regulatorio favorable para la inversión en renovables que se modifica sustancialmente con la entrada de Andrés Manuel López Obrador a la presidencia del gobierno federal.

Uno de los primeros pasos en el fomento de las energías renovables en México es la aprobación de la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía de 2008⁵³, mediante la que se creó la Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía que tenía como misión la promoción de la energía eficiente y ser un cuerpo técnico en el uso sostenible de la energía. En 2012, con la aprobación de la Ley General de Cambio Climático se establecía como meta que el 35% de la generación eléctrica proviniera de fuentes limpias para 2024⁵⁴. De manera similar al PER en España, la promoción de las energías renovables también se establece como elemento de la Estrategia Nacional de Energía 2013-2027⁵⁵.

En 2013, justo cuando en España se estaban aprobando los principales “recortes” a las renovables, en México se le estaba dando un impulso significativo a las mismas a través de la reforma constitucional de 20 de diciembre de 2013. La reforma pretende modificar el modelo anterior

⁵² Información extraída de: UNCTAD Investment Policy Hub, “Investment Dispute Settlement Navigator”, United Nations Conference on Trade and Development, consultado el 05 de agosto de 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁵³ Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2008.

⁵⁴ Ley General de Cambio Climático, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012.

⁵⁵ Secretaría de Energía, Estrategia Nacional de Energía (México: Secretaría de Energía, 2013).

“para agregar capacidad de energías renovables a gran escala mediante la creación de un mercado competitivo de generación administrado por el Estado a través de un operador independiente, y el establecimiento de certificados de energías limpias”⁵⁶. Según este sistema los beneficios obtenidos por la generación de energía se repartían entre el sector público y el privado, tras haberse acordado contratos (manteniéndose los recursos naturales en manos del estado). Se pretendía así un incremento de la competitividad del sector energético. En este sentido se modificaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución⁵⁷.

A través de la Ley de la Industria Eléctrica (“LIE”), de 11 de agosto de 2014⁵⁸, se establece un sistema de Certificados de Energía Limpia (“CEL”) que permite que plantas con diferentes tecnologías compitan por ofrecer un precio más bajo. Las Bases del Sistema eléctrico (Base

14) de 2015 regula además la subasta de energías limpias⁵⁹.

El 10 de octubre de 2014, se publican los Lineamientos que, en su Sección II(4), establecen los criterios para el otorgamiento de CELs⁶⁰. Pudiendo acceder a éstos (i) Centrales Eléctricas Limpias que entren en operación después del 11 de agosto de 2014 y (ii) Centrales Eléctricas Legadas (operando antes del 11 de agosto de 2014) que generen a partir de Energías Limpias siempre y cuando realicen un proyecto para aumentar su producción de Energía Limpia.

Por último, la Ley de Transición Energética de diciembre de 2015 fortalece la necesidad de aumentar la eficiencia energética y fomentar la inversión en renovables⁶¹. Se completaba con ello un régimen muy favorable para las energías renovables en México. Si bien los incentivos a las renovables en España podían ser económicamente

⁵⁶ Propuesta de Reforma Constitucional, 2013.

⁵⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

⁵⁸ Ley de la Industria Eléctrica, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

⁵⁹ Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de septiembre de 2015, Base 14.

⁶⁰ Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014.

⁶¹ Ley de Transición Energética, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2015, artículos 2 y 10(V) entre otros.

más atractivos (se garantizaba un nivel de rentabilidad de la inversión), la expectativa de estabilidad de la regulación de las renovables podía ser mayor en México, pues la reforma energética estaba consagrada en la constitución.

1. Un *dejà vu*: el cambio de régimen en México

A partir de 2018, con la victoria electoral de Andrés Manuel López Obrador se empieza a modificar este régimen, para fortalecer a dos de las principales empresas públicas de México: Pemex y, sobre todo, la Comisión Federal de Electricidad (“CFE”)⁶².

El primer paso lo dio el 3 de diciembre de 2018 el Centro Nacional de Control de Energía (“CENACE”) al suspender indefinidamente la cuarta subasta eléctrica a largo plazo del 2018, que finalmente fue cancelada el 31 de enero de 2019⁶³. Se evitaba así los efectos de una de las principa-

les medidas de favorecimiento de las energías renovables en México.

Al mismo tiempo, se cancelaban una serie de contrataciones públicas que tenían por objetivos la interconexión⁶⁴ y transmisión de electricidad. Así, el 31 de enero de 2019 se cancela la Licitación Pública Internacional No LT/SENER-01-2018 que debía unir el Sistema Eléctrico de Baja California y el Sistema Interconectado Nacional. El 5 de febrero de 2019, se canceló el Concurso Abierto No. CFE-0036-CASOA-0001-2018 referido a la prestación de servicios relacionados con el servicio público de electricidad a favor de la CFE en corriente directa Ixtepec-Yautepec. Según la prensa, este proyecto permitiría transportar la energía generada en las centrales eólicas y de cogeneración entre Oaxaca y Morelos⁶⁵. Además la CFE señalaba que esta cancelación no suponía la obligación

⁶² Reuters Staff, “Presidente México buscará revertir reforma energética si no logra ‘rescatar’ a Pemex y CFE”, *Reuters*, el 24 de septiembre de 2020, sec. Noticias Nacionales, <https://www.reuters.com/article/politica-mexico-energia-idLTAKCN26F2KU>.

⁶³ Oficio emitido por la Secretaría de Energía (“SENER”) No. SENER.100/2019/075.

⁶⁴ En este sentido, se canceló la Licitación Pública Internacional Número LT/SENER-01-2018, por el que se pretendía conectar el Sistema Eléctrico de Baja California y el Sistema Interconectado Nacional.

⁶⁵ Arturo Solís, “CFE cancela licitación para superautopista eléctrica”, *Forbes México*, el 26 de enero de 2019, sec. Negocios, <https://www.forbes.com.mx/cfe-cancela-licitacion-para-superautopista-electrica/>. Tal y como se recoge en este artículo afirma la CFE que “la cancelación no implica responsabilidad alguna para la Comisión Federal de Electricidad, por lo que no existe ninguna obligación para otorgar compensación o indemnización alguna”.

de satisfacer ninguna compensación o indemnización.

De acorde con este cambio en la política energética el 12 de julio de 2019 se publicó el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 que afirmaba: “La reforma energética impuesta por el régimen anterior causó un daño gravísimo a Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, empresas productivas del Estado que ya venían sufriendo el embate de los designios privatizados.”⁶⁶ Del mismo modo el Plan establece “Un propósito de importancia estratégica para la presente administración es el rescate de Pemex y la CFE para que vuelvan a operar como palancas del desarrollo nacional.”⁶⁷ No obstante, el documento también contiene un compromiso de respetar “los contratos suscritos por administraciones anteriores”⁶⁸.

El 28 de octubre de 2019, el CENACE publicó un Acuerdo⁶⁹ que modificaba los Lineamientos de 31

de octubre de 2014, permitiendo a las Plantas de CFE anteriores a la Reforma Energética acceder a CELs sin necesidad de realizar proyecto alguno para aumentar su capacidad⁷⁰. Se han promovido amparos ante el poder judicial contra el acuerdo del CENACE pendientes de resolver.

En diciembre de 2019, salió a la luz de manera no oficial un pliego petitorio de CFE dirigido a la Secretaría de Energía (“SENER”) y a la Comisión Reguladora de Energía (“CRE”) que contiene 80 peticiones sobre 14 temas, solicitando la modificación de la regulación en renovables⁷¹. Entre otros temas, se propone modificar la regulación:

- i. Respecto a la Confiabilidad del Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”); se solicita que se aplaze la entrada en operación de proyectos de energías renovables que cuenten con permisos, pero no hayan iniciado obras hasta que la CRE realice un estudio determi-

⁶⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2019, § III, Rescate del sector energético.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*, Rescate del sector energético.

⁶⁹ Acuerdo por el que se modifican los Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicados el 31 de octubre de 2014, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de octubre de 2019.

⁷⁰ El artículo 11 LIE dispone que SENER tiene la facultad para establecer los requisitos para la adquisición de CELs.

⁷¹ Comisión Federal de Electricidad, “Pliego Petitorio”, s/f, <https://www.energiaadebate.com/file/1381/index.pdf>.

- nando la capacidad límite de energías renovables en el SEN⁷².
- ii. Respecto al Costo del servicio de transmisión; se solicita actualizarlo tanto para centrales de energía convencionales como renovables. Se pretende que la actualización se base en las tarifas del Mercado Eléctrico Mayorista (“MEM”)⁷³ (de manera similar a lo que disponía el Real Decreto Ley 2/2013 en España).
 - iii. Sobre la Tarifa de respaldo; se pretende el establecimiento de una tarifa que refleje el costo por el servicio de respaldo que ofrece CFE a los generadores renovables⁷⁴.
 - iv. Respecto a las Sociedades de autoabastecimiento simuladas; la CFE solicita que “se cancelen las sociedades simuladas que estén asociadas a un permiso de autoabastecimiento y que únicamente se permita entregar energía para satisfacer necesidades propias de personas físicas o morales”⁷⁵.
 - v. Se solicita la Emisión de CELs para todas las Centrales Eléctricas Limpias anteriores a 2014 (en línea con el Acuerdo del CENACE de octubre de 2019)⁷⁶.

El 29 de abril de 2020: el CENACE publicó otro Acuerdo⁷⁷, que, aunque se justifica en la epidemia del virus SARS-Cov2, tiene un contenido bastante parecido al recogido en el punto (i) supra del pliego petitorio de CFE. Entre otras cosas el CENACE suspendió las pruebas preoperativas de centrales eléctricas fotovoltaicas y eólicas; ordenó que no se autorizaran nuevas solicitudes para realizar estas pruebas. Esto impidió de manera efectiva que hasta 28 nuevas plantas eólicas y solares (y otras 16 que estaban en construcción) pudieran entrar en

⁷² *Id.*, p.3.

⁷³ *Id.*, p. 4.

⁷⁴ *Id.*, p.9.

⁷⁵ *Id.*, p.10.

⁷⁶ *Id.*, p.12.

⁷⁷ Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia de enfermedad del virus SARS-Cov2 (COVID-19), Centro Nacional de Control de Energía, 29 de abril de 2020.

operación⁷⁸, evitando, aunque acabe siendo por tiempo limitado, su acceso al mercado.

El 15 de mayo de 2020 la SENER publicó un Acuerdo⁷⁹, para solucionar los fallos del SEN relacionados con la intermitencia en la generación de energía de las centrales eólicas y fotovoltaicas. Tiene gran relevancia, pues:

- i. Establece como objetivo general la “transición energética soberana e incorporación ordenada de las energías limpias y generación distribuida” así como el “fortalecimiento de la planificación estratégica de CFE”⁸⁰.
- ii. Es clave que se otorga preferencia en la interconexión a las plantas consideradas por la SENER “proyectos estratégicos”⁸¹. Esto es un cambio sustancial de un modelo que se basaba en la prioridad de

despacho de la energía más barata, introduciendo un grado de discrecionalidad notable en el sistema.

- iii. Se fija la necesidad de un “dictamen de viabilidad de interconexión”, emitido por el CENACE y considerado por la CRE antes de otorgarse permisos de generación⁸².
- iv. En los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución ordena fijar límites a la incorporación de energías limpias intermitentes y generación distribuida por zona, región y sistema⁸³.
- v. Ordena que las centrales eólicas y fotovoltaicas interconectadas al SEN garanticen el control del voltaje de manera permanente⁸⁴.

Queda claro que el Acuerdo, que se publicó sin el análisis de impacto ni

⁷⁸ Energía a Debate, “Frenaría Cenace 28 centrales; el PRI exhorta a Sener, Cofece”, *Energía a Debate*, el 6 de mayo de 2020, <https://www.energiaadebate.com/energia-limpia/frenaria-cenace-28-centrales-el-pri-exhorta-a-sener-cofece/>. Debe destacarse, no obstante, que como se analizará infra estas medidas están suspendidas.

⁷⁹ Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2020.

⁸⁰ *Id.*, artículos 1.2.3 y 1.2.4.

⁸¹ *Id.*, artículo 5.23.

⁸² *Id.*, artículo 5.7.

⁸³ *Id.*, artículo 5.18.

⁸⁴ *Id.*, artículo 10.5.

consulta pública⁸⁵, puede limitar de manera significativa el acceso de productores de energía renovable al mercado. El Gobierno justifica estas medidas en la necesidad de asegurar la estabilidad del sistema ante el carácter intermitente de la generación de energía renovable.

Contra estas medidas, varios Jueces de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones han otorgado suspensiones definitivas de los efectos del Acuerdo del CENACE y de la Política de la SENER. Los Tribunales Colegiados de Circuito han confirmado las suspensiones⁸⁶. La SENER manifestó que combatiría dichas medidas y que “ningún derecho económico prevalecerá sobre el interés general de la Nación”⁸⁷. La Suprema Corte de Justicia de la Na-

ción otorgó la suspensión de la Política SENER a la Comisión Federal de Competencia Económica y a los Gobernadores de Tamaulipas, Jalisco y Colima⁸⁸. El Presidente recurrió dichas resoluciones, manifestando en conferencia de prensa que respetaría la decisión de la Suprema Corte pero que defendería el interés público y no sería cómplice de los actos de corrupción realizados por administraciones pasadas con los generadores privados. La misma línea siguió la SENER cuya titular manifestó en la 38ª sesión del Consejo de Administración de la CFE que los cambios en política energética protegerían la red eléctrica de los “embates extranjeros” poniendo fin al “desbalance terrible” previo⁸⁹.

El 28 de mayo de 2020, continuaron las medidas restrictivas para las renovables, la CRE mediante la

⁸⁵ ECIIJA, “México: El Acuerdo de la Secretaría de Energía del 15 de mayo de 2020”, ECIIJA, el 25 de mayo de 2020, <https://ecija.com/sala-de-prensa/mexico-el-acuerdo-de-la-secretaria-de-energia-del-15-de-mayo-de-2020/>.

⁸⁶ Diana Nava, “Greenpeace obtiene suspensión definitiva contra medidas de Sener y Cenace que limitan a renovables”, *El Financiero*, el 24 de junio de 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/greenpeace-obtiene-suspension-definitiva-contra-medidas-de-sener-y-cenace-que-limitan-a-renovables/>.

⁸⁷ Karol García, “Sener combatirá resolución judicial que suspende indefinidamente su política de confiabilidad eléctrica”, *El Economista*, el 11 de junio de 2020, <https://www.economista.com.mx/empresas/Sener-combatira-resolucion-judicial-que-suspende-indefinidamente-su-politica-de-confiabilidad-electrica-20200611-0146.html>.

⁸⁸ David Vela, “Suprema Corte da suspensión a Jalisco y Colima contra política de Sener sobre energías renovables”, *El Financiero*, el 13 de julio de 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/suprema-corte-da-suspension-a-jalisco-y-colima-contra-politica-de-sener-por-energias-renovables/>.

⁸⁹ Heder López, “Se protegerá red eléctrica de embates extranjeros: Rocío Nahle”, *Diario del Istmo*, el 26 de junio de 2020, <https://diariodelistmo.com/coatzacoalcos/se-protegera-red-electrica-de-embates-extranjeros-rocio-nahle/50024672>.

resolución 893/2020 modifica los cargos por el Servicio de Transmisión a, entre otros, los productores renovables⁹⁰. Los nuevos cargos suponen un incremento del 446% en alta tensión, 407% en media tensión y 775% en alta tensión a los productores de energías renovables con Contratos de Interconexión previos a la reforma de 2013.

La nueva política energética implicó la cancelación de una central térmica de 1.200 millones de dólares⁹¹.

En el informe de 11 de enero de 2021 de Standard & Poors sobre el sector energético en México se destaca: “la capacidad renovable aumente solo marginalmente debido a que las políticas de la actual administración favorecen los combustibles fósiles” y que “la influencia política seguirá siendo un obstáculo para la transición hacia la

energía renovable”⁹². En este sentido, el 24 de febrero de 2021, el Consejo Mundial de Energía Eólica y el Consejo Mundial de Energía Solar publicaron un documento⁹³ conjunto en el que lamentan que el gobierno mexicano esté erosionando el entorno de inversión volviendo a fuentes fósiles cosa que revierte la tendencia desde 2015 hacia la liberalización del mercado y la tendencia global. En especial se critica el despacho prioritario de energía de las centrales propiedad de la CFE que, además de generar en base a combustibles fósiles generan energía con costes mucho más altos y más emisiones de carbono. Según el documento, esto socava el principio de competencia de leal y pone en peligro el cumplimiento de los compromisos climáticos y de inversión. Vemos así, como ya existen manifestaciones de entidades

⁹⁰ Resolución RES/893/2020 por la que expide los cargos por el servicio de transmisión de energía eléctrica a precios de 2018, que aplicará CFE Intermediación de Contratos Legados, S. A. de C. V., a los titulares de los contratos de interconexión legados con centrales de generación de energía eléctrica con fuentes de energía renovable o cogeneración eficiente, conforme a lo establecido en la resolución RES/066/2010 y su modificación emitida mediante la resolución RES/194/2010. La anterior resolución se vio complementada mediante la Resolución RES/894/2020.

⁹¹ “Iberdrola cancela proyecto de 1.200 millones de dólares en Tuxpan tras ataques de AMLO - elEconomista.es”, *El Economista*, el 24 de junio de 2020, <https://www.economiahoy.mx/empresas-eAmexico/noticias/10626632/06/20/Iberdrola-cancela-proyecto-de-1200-millones-de-dolares-en-Tuxpan-tras-ataques-de-AMLO.html>.

⁹² Standard & Poors, “Energía renovable en México se queda a oscuras”, el 11 de febrero de 2021, https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/es/pdf/2021-02-11-energia-renovable-en-mexico-se-queda-a-oscuras.pdf.

⁹³ Consejo Mundial de Energía Eólica y el Consejo Mundial de Energía Solar, “Joint Statement on the Reversal of Mexico’s Clean Energy Transition”, el 24 de febrero de 2021, <https://www.globalsolarcouncil.org/wp-content/uploads/2021/02/Joint-Statement-on-Mexicos-clean-energy-transition-1.pdf>.

internacionales que avisan que la reforma energética mexicana podría constituir un incumplimiento de los compromisos con los inversores.

Ahondando en los “recortes” a las renovables, el 8 de julio de 2020 la SENER publicó el Programa Sectorial de Energía 2020-2024⁹⁴, en el que: (i) se ordena fortalecer a la CFE repotenciando las centrales hidroeléctricas y (ii) fija como objetivo el aprovechamiento del combustóleo en la generación eléctrica. Adicionalmente la CFE notificó el 14 de julio la cancelación de varios concursos para construir centrales eléctricas⁹⁵. Con el ánimo de fortalecer a CFE, el 21 de julio de 2020 el Consejo de Administración de CFE aprobó el Fideicomiso Maestro de Inversión, para cumplir “la instrucción presidencial de rescatar y fortalecer a la empresa y garantizar la seguridad energética de México”⁹⁶.

Los reveses judiciales, sin embargo, no cesaron. El 22 de noviembre de 2020 el juez Segundo de Distrito mencionado supra otorgó el amparo planteado por Greenpeace contra la Política de la SENER y el Acuerdo del CENACE, entendiendo que se trata de medidas regresivas, contrarias al mandato constitucional de sostenibilidad, transición energética y atención a compromisos internacionales⁹⁷.

El 9 de marzo de 2021 se publicó una de las medidas de mayor calado, la reforma de la LIE⁹⁸. Ésta retoma varios aspectos de la Política del SENER de 15 de mayo de 2020 (bajo suspensión definitiva). Destacamos sus principales aspectos:

- i. Se otorga prioridad a los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física, que son propiedad de CFE, al (i) ofrecer energía, (ii) potencia

⁹⁴ Programa Sectorial de Energía 2020-2024, Programa Sectorial Derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, SENER, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de julio de 2020.

⁹⁵ Se cancelaron por ejemplo los concursos CFE-0036-CACOA-0012-2019 “347 CC Salamanca”, CFE-0036-CACOA-0014-2019 “323 CC San Luis Potosí”, CFE-0036-CACOA-0015-2019 “351 CCI Baja California Sur VI” y CFE-0036-CACOA-0002-2020 “284 CG Los Humeros III” Fase B.

⁹⁶ “Julio 21, 2020: Aprueba Consejo de Administración el Fideicomiso Maestro de Inversión que permitirá Independencia Financiera a la CFE”, Fideicomiso para el Ahorro de Energía Eléctrica, consultado el 15 de agosto de 2021, https://www.fide.org.mx/?page_id=40217.

⁹⁷ Karol García, “Juez otorga amparo contra política de Sener que restringe renovables”, *El Economista*, el 22 de noviembre de 2020, <https://www.economista.com.mx/empresas/Juez-entierra-politicas-de-confiabilidad-contra-renovables-de-Sener-y-Cenace-con-sentencia-de-amparo-a-favor-de-Greenpeace-20201122-0009.html>.

⁹⁸ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2021.

- y (iii) servicios conexos al MEM. Asimismo, se les da prioridad en el uso de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución.
- ii. El CENACE, en vez de adquirir primero la energía menos costosa, debe adquirir prioritariamente la proveniente de (i) las centrales hidroeléctricas de CFE y (ii) las plantas termoeléctricas, nucleares, geotérmicas y ciclo combinado de CFE.
- iii. Se limita el acceso a las redes de transmisión y de distribución condicionando el acceso a la red a la viabilidad técnica y agrupaciones solicitantes. Igualmente, la concesión de permisos se sujeta a criterios de planeación del SEN.
- iv. Se incorpora la capacidad de revisar, modificar o terminar anticipadamente los contratos con productores independientes para garantizar la rentabilidad para el Gobierno.
- v. Se faculta a la CRE para revocar o modificar permisos de autoabastecimiento concedidos bajo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica cuando hayan realizado “fraudes a la ley” por abuso de este procedimiento diseñado para autoabastecerse de energía.
- vi. Se prevé⁹⁹ que CFE celebre Contratos de Cobertura Eléctrica sin necesidad de acudir al procedimiento de subasta.
- vii. Se establece el otorgamiento de CELs a centrales eléctricas operando desde antes de la reforma sin necesidad de ampliar su capacidad, con ello se puede otorgar CELs a plantas de CFE previas a la reforma.

Varios inversores, pero también grupos ecologistas como Greenpeace, solicitaron la suspensión judicial de la reforma de la LIE. El juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiofusión y Telecomunicaciones, Juan Pablo Gómez Fierro, otorgó tres suspensiones de-

⁹⁹ *Id.*, artículo 53.

finitivas y una provisional (de Greenpeace) contra la LIE. El juez estimó la suspensión “adecuada para proteger los derechos a la libre competencia y con concurrencia en los mercados” estimando que reforma podría “favorecer a un participante de la industria eléctrica sobre sus demás competidores, en perjuicio de estos últimos y ... los consumidores finales”¹⁰⁰. López Obrador afirmó que, en caso de que la Suprema Corte de Justicia decidiera en contra de esta medida, reformaría la Constitución¹⁰¹. Por último, destacamos que varios senadores presentaron una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia impugnando esta medida¹⁰².

De todo lo anterior resulta claro que, igual que en España, el régimen favorable existente en 2013 ha sufrido importantes alteraciones que modifican las condiciones de inversión para las plantas renovables en manos del sector privado, teniendo el potencial tanto de perjudicar la rentabilidad de estas instalaciones como de, incluso, impedir su interconexión a la red. A

diferencia de lo ocurrido en España, los jueces mexicanos han suspendido las principales medidas de la reforma energética, evitándose, por el momento, que se dé una situación como la ocurrida en España, donde los jueces sí que respaldaron la reforma en renovables del Gobierno.

IV. Los casos contra España: lecciones a aprender

Como hemos comentado, la reforma energética en España conllevó que fuera demandada en al menos 47 ocasiones. En la siguiente sección se analizarán las conclusiones a las que se llegó en dichos casos y en qué medida las lecciones aprendidas en los casos de renovables españoles son aplicables a México.

Los Tribunales arbitrales, en su mayoría, han condenado a España, aunque existen casos decididos a favor del estado y un buen número de “victorias pírricas” para los inversores, esto es, casos que son formalmente decididos a favor del inversor, pero no conllevan condena

¹⁰⁰ Luis Ini, “Suspensión judicial provisional a la reforma de la Ley de la Industria Eléctrica”, *Energías Renovables*, el 15 de marzo de 2021, <https://www.energias-renovables.com/panorama/suspension-judicial-provisional-a-la-reforma-de-20210315>.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Ramón Roca, “La polémica reforma eléctrica de AMLO impide inversiones por 4.000 millones anuales de renovables en México”, *El Periódico de la Energía*, el 12 de abril de 2020, <https://elperiodicodelaenergia.com/la-polemica-reforma-electrica-de-amlo-impide-inversiones-por-4-000-millones-anuales-de-renovables-en-mexico/>.

monetaria o ésta constituye sólo una fracción de lo que se reclamaba.

En este sentido debe destacarse que aunque los dos primeros casos, Charanne c. España¹⁰³ e Isolux c. España¹⁰⁴, fueron favorables al Estado le siguieron un conjunto de casos condenando a España, empezando por Eiser c. España¹⁰⁵ y siguiendo por RREEF c. España¹⁰⁶, Antin c. España¹⁰⁷, NextEra c. España¹⁰⁸, Masdar c. España¹⁰⁹, InfraRed c. España¹¹⁰, SolEs Badajoz c. España¹¹¹, OperaFund y Schwab c. España¹¹², Novenergía c. España¹¹³, PV Investors c. España¹¹⁴, Foresight c. España¹¹⁵, Cube Infrastructure c. España¹¹⁶ y 9REN Holding c. España¹¹⁷. De és-

tos, algunos laudos como PV Investors fueron “victorias pírricas para el inversor”, pues a pesar de decidirse a favor del inversor, se obtuvieron indemnizaciones muy por debajo de las reclamadas. En PV Investors, la mayor de todas las reclamaciones, se reclamaban 2.200 millones de USD y se obtuvieron 90 millones de euros (unos 105 millones de USD). Recientemente España ha cosechado otros éxitos en sede de arbitraje de inversión en el laudo Stadtwerke München c. España¹¹⁸ y en el procedimiento de anulación de Eiser c. España¹¹⁹.

Debe destacarse que la base de todas las reclamaciones fue el Tratado de la Carta de Energía (TCE). Esto in-

¹⁰³ Charanne & Construction Investments c. España, Caso CCE No. V 062/2012 (“Charanne”). Salvo que se indique lo contrario, las referencias a casos son referencias al Laudo Final.

¹⁰⁴ Isolux Netherlands, BV c. España, Caso CCE No. V2013/153 (“Isolux”).

¹⁰⁵ Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España (“Eiser”).

¹⁰⁶ RREEF Infrastructure (G.P.) Limited & RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España, Caso CIADI No. ARB/13/30 (“RREEF”).

¹⁰⁷ Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energia Termosolar B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/13/31 (“Antin”).

¹⁰⁸ NextEra Energy Global Holdings B.V. & NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/14/11 (“NextEra”).

¹⁰⁹ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España, Caso CIADI No. ARB/14/1 (“Masdar”).

¹¹⁰ InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others c. España, Caso CIADI No. ARB/14/12 (“InfraRed”).

¹¹¹ SolEs Badajoz GmbH c. España, Caso CIADI No. ARB/15/38 (“SolEs Badajoz”).

¹¹² OperaFund Eco-Invest SICAV PLC & Schwab Holding AG c. España, Caso CIADI No. ARB/15/36 (“OperaFund”).

¹¹³ Novenergía II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España (“Novenergía”).

¹¹⁴ The PV Investors c. España, Caso CPA No. 2012-14 (“PV Investors”).

¹¹⁵ Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L., et al. c. España, Caso CCE No. 2015/150 (“Foresight”).

¹¹⁶ Cube Infrastructure Fund SICAV & otros c. España, Caso CIADI No. ARB/15/20 (“Cube”).

¹¹⁷ 9REN Holding S.a.r.l c. España, Caso CIADI No. ARB/15/15 (“9REN”).

¹¹⁸ Stadtwerke München GmbH & otros c. España, Caso CIADI No. ARB/15/1 (“Stadtwerke München”).

¹¹⁹ Eiser, Decisión de Anulación, 11 de junio de 2020.

cluye reclamaciones de inversores no europeos con acceso a TBIs con España (p.ej. JGC Corporation c. España¹²⁰ y Eurus c. España¹²¹ -inversores japoneses-). Sin embargo, México no es Parte al TCE. Esto hace que el caso que se pueda producir en México sea algo diferente, pues una de las principales especialidades del TCE es que tanto los Estados Miembros de la Unión Europea (“UE”) como la propia UE son parte del mismo, siendo su función “establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos”¹²². La cláusula 26 de este tratado contiene una cláusula de resolución de controversias. La cláusula es relativamente estándar y contiene (1) un periodo de negociaciones amigables (cooling – off) de 3 meses, (2) una provisión fork-in-the road que obliga a los inversores a optar entre (i) acudir a los tribunales ordinarios o administrativos, (ii) un mecanismo de resolución de controversias previamente acordado o (iii) un arbitraje que pueda ser (a) un arbitraje CIADI o de no estar éste disponible según el Mecanismo Adicional del CIADI, (b)

un arbitraje ad hoc, según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o (c) un procedimiento ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. México, lógicamente no tendría acceso a este mecanismo. Sin embargo, no se trata de un procedimiento muy distinto al que ha suscrito México en algunos de los APPRI de los que es parte. En este sentido, no es muy diferente al mecanismo de resolución de controversias contenidos en los siguientes Tratados: el APPRI México-Países Bajos, Apéndice, artículo 4; APPRI México-España, artículo XI; APPRI México-Suiza, Apéndice, artículo 4; APPRI México-Reino Unido, artículo XI(3) y (4). Teniendo esto claro, analizaremos ahora los principales argumentos, tanto jurisdiccionales como de fondo, esgrimidos en los casos de renovables españoles y su potencial relevancia al contexto mexicano¹²³.

A. Objeciones Jurisdiccionales

Existen una serie de objeciones jurisdiccionales que se repitieron sin éxito a lo largo de la mayoría de los casos. Veámoslos a continuación:

¹²⁰ JGC Holdings Corporation c. España, Caso CIADI No. ARB/15/27 (“JGC”).

¹²¹ Eurus Energy Holdings Corporation and Eurus Energy Europe B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/16/4 (“Eurus”).

¹²² Tratado de la Carta de Energía, Introducción.

¹²³ Por lo general estos tratados prevén un periodo de cooling-off de 6 meses (y no 3).

En primer lugar, existen dos argumentos jurisdiccionales que se basan en que algunos de los inversores que demandan a España son nacionales de un país miembro de la UE. En este sentido y en línea con varios *amicus curiae* presentados por la Comisión Europea, España argumentó que (1) dado que la Unión Europea es parte contratante al TCE, debe entenderse que ésta en su totalidad (y no los estados miembro) es la “Parte” al tratado, careciendo los Tribunales de jurisdicción respecto a reclamaciones intra-europeas¹²⁴ y (2) que el derecho europeo prohibiría otorgar jurisdicción sobre las reclamaciones a Tribunales Arbitrales, pues los Tratados de la Unión Europea sólo podrían interpretarse por los órganos previstos en ellos, debiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) poder pronunciarse sobre su aplicación en aras de “garantizar la plena aplicación del derecho de la UE”¹²⁵. Ésta conclusión se afirma sobre la base del caso

del TJUE República Eslovaca c. Achmea BV¹²⁶. En este sentido debe recordarse que la Comisión Europea y una mayoría de sus Estados Miembro declararon que Achmea también aplica al ámbito del TCE¹²⁷. Sin perjuicio de que estos argumentos dan pie a un interesante debate sobre la intersección entre derecho de la UE y el TCE, lo cierto es que no son aplicables al contexto mexicano, en tanto se basan exclusivamente en la condición de España como país miembro de una organización regional de integración económica como la UE con competencias en inversión directa extranjera¹²⁸. Por este motivo no profundizaremos en el análisis de estos argumentos, si bien debe recalarse que ninguno de ellos tuvo éxito ante los Tribunales de Arbitraje de Inversión.

Existe un tercer argumento basado en otra especificidad del TCE, no trasladable al contexto mexicano. Es un argumento basado en el artículo 21(1) del TCE que introduce una

¹²⁴ Por ejemplo, Charanne, ¶¶ 412-418, Masdar, ¶¶ 166-177 o 9REN, ¶¶ 150-158.

¹²⁵ Por ejemplo, RREEF, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 74-15; Masdar, ¶¶ 678-683, Stadtwerke München ¶¶ 123-146 o 9REN, ¶¶ 168-173.

¹²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, República Eslovaca c. Achmea BV, Caso C-284/2016. Lógicamente, solo los laudos posteriores a Achmea como Masdar, 9REN o Stadtwerke se refieren al caso.

¹²⁷ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2029 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union”, el 15 de enero de 2019, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

¹²⁸ A partir del tratado de Lisboa, artículo 207 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

excepción sobre medidas fiscales. España adujo que las medidas contenidas en la Ley 15/2012 referentes al denominado “impuesto al sol” tenían cabida bajo esta excepción. Esta objeción tuvo gran éxito y la mayoría de los Tribunales la estimaron¹²⁹. No parece que las medidas tomadas en México pudieran encuadrarse en una excepción similar, no estando ésta además prevista en la mayoría de APPRIs suscritos por México.

Pasemos ahora a analizar otras dos objeciones jurisdiccionales que podrían tener algo más de relevancia en el contexto mexicano, una basada en la nacionalidad del inversor y otra fundada en la cláusula de denegación de beneficios.

Respecto al primero de los argumentos se basa en los artículos 1(6) y 1(7) TCE considerando el Estado que al tener algunos inversores cuya matriz está en España o son “originalmente españoles” éstos no serían “inversores” amparados por el TCE. Este argumento se planteó por ejemplo en *Charanne o Isolux*¹³⁰. Sin embargo el argumento no tuvo éxito, ya que los Tribunales consideraron

entre otras cosas, que “el velo societario puede levantarse en circunstancias especiales que no existen en el presente caso, como por ejemplo la existencia de fraude o la necesidad de proteger a terceros”¹³¹. No sería inverosímil que una situación similar se diera en México cuando una empresa filial de un grupo mexicano invirtiera en plantas renovables en México. Adicionalmente la práctica totalidad de los APPRIs contiene definiciones similares de inversor e inversión por lo que no sería un problema realizar este mismo argumento en el contexto de otro tratado¹³². No obstante, igual que en el caso español, es probable que este argumento tenga escaso recorrido, dado que la jurisprudencia de casos de inversión sólo parece permitir el levantamiento del velo en circunstancias excepcionales.

El segundo de los argumentos se basa en el artículo 17(1) TCE (denegación de beneficios) y se basa en el hecho de que las sociedades reclamantes estarían en manos de nacionales de terceros estados, no

¹²⁹ Por ejemplo, *Isolux*, ¶¶ 717-741; *Masdar*, ¶¶ 280-295; *9REN*, ¶¶ 195-208 (se difiere esta cuestión a la discusión sobre Expropiación, que tampoco se estima) o *Stadtwerke München*, ¶¶ 161-176.

¹³⁰ *Charanne*, ¶¶ 412-418; *Isolux*, ¶¶ 661-674.

¹³¹ *Isolux*, ¶ 271.

¹³² P.ej. APPRI México-España, artículo 1(5), APPRI México-Reino Unido, artículo 1 o APPRI México-Francia, artículo 1(2).

llevándose a cabo “actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante”¹³³. No es un argumento que se pueda aplicar con facilidad a la situación en México. En primer lugar debe tenerse en cuenta que no todos los APPRI contienen una cláusula de denegación de beneficios. Adicionalmente, si bien puede existir cierta variabilidad en el contenido de este tipo de cláusulas, en general, para que se pueda aplicar el argumento se necesita que un inversor, además de estar controlado por nacionales de un tercer estado, no tenga actividades empresariales importantes en el país receptor de la inversión (como en el TCE)¹³⁴. En los casos de las renovables se consideró que una actividad como sociedad holding es suficiente para considerar que existen actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante. Así lo declara el párrafo 254 de Masdar: “standing as a holding company with substantial international assets under its control [...]is persuasive of the true extent

and materiality of the business conducted by Claimant in The Netherlands”. Así si bien cabrían argumentos por denegación de beneficios en los eventuales casos de México no sería, ni mucho menos, un argumento lineal ni de fácil defensa.

Pasamos ahora a analizar como las determinaciones de fondo de los laudos de renovables españoles podrían ser extrapolables al contexto mexicano. Analizaremos 3 estándares de trato diferentes que fueron objeto de examen en la mayoría de los casos de renovables estos son (i) el Trato Justo y Equitativo (“TJE”) (artículo 10(1) TCE), (ii) la Expropiación (artículo 13 TCE) y (iii) la cláusula paraguas (artículo 10(1) TCE).

B. Estándares sustantivos

Trato Justo y Equitativo

En los casos de las renovables españolas, la cláusula de TJE contenida en el artículo 10(1) del TCE fue la clave decisoria de los casos y la base sobre la que ha sido condenada España¹³⁵.

¹³³ Masdar y 9REN entre otros.

¹³⁴ El artículo 14.14 del nuevo USMCA es un ejemplo notable, que contiene una cláusula de denegación de beneficios similar.

¹³⁵ TCE, artículo 10(1) (“De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el

En el caso de la reforma de las renovables operan dos cuestiones que los Tribunales de Arbitraje han tenido que sopesar: el derecho del Estado a regular y la expectativa legítima del inversor de contar con un entorno legislativo estable. Esta expectativa, por supuesto, no es absoluta, y dependerá de las concretas normas que el Estado haya aprobado y su capacidad de constituir compromisos o “representations” hacia el inversor. Así, según el Tribunal de Charanne, el inversor tiene la expectativa legítima de que, al modificar las normas, el Estado “no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹³⁶; si no cumple estos tres requisitos, el cambio legislativo defrauda las expectativas legítimas y es contrario al TJE. En este sentido, tal y como afirma Otero García-Castrillón¹³⁷:

- i. La razonabilidad de las medidas está relacionada con el cumplimiento de los compromisos del TCE, lo que supone la existencia de “una obliga-

ción de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores”¹³⁸. Esto implica que dichas condiciones “no se pueden alterar radicalmente de manera que se prive de su valor a las inversiones realizadas con base en el mismo”¹³⁹. Dicho de otro modo, se haría hincapié en el alcance o intensidad de las medidas.

- ii. La proporcionalidad se cumpliría “siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”¹⁴⁰. Por lo tanto, de tratarse de medidas innecesarias o desproporcionadas por ser imprevisibles y drásticas el cambio regulatorio debe

compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”).

¹³⁶ Charanne, ¶ 514.

¹³⁷ Carmen Otero García-Castrillón, “Los Laudos Sobre Inversiones en Energías Renovables en España; Algunas Cuestiones Destacadas”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español de Arbitraje No. 31*, (2018): 25-26.

¹³⁸ Eiser, ¶ 382.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*, ¶ 517.

considerarse contrario al TJE.

- iii. Adicionalmente otro caso basado en el TCE, *Blusun c. Italia*, añadiría que las medidas deben ser (i) proporcionadas al objetivo perseguido y (ii) deben tener en cuenta la “reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime”¹⁴¹, es decir, debe tenerse en cuenta el efecto que el cambio normativo produce en la inversión, pues dicho impacto afecta tanto a la razonabilidad como a la proporcionalidad.

Adicionalmente, ha habido Tribunales que han dado un peso fundamental al hecho de que el RD 661/2007 contenía un compromiso de que el régimen regulatorio iba a aplicar toda la vida del proyecto, creando esto una expectativa legítima de estabilidad regulatoria que posteriormente sería defraudada¹⁴². Así, aun no existiendo compromisos

específicos como lo pueden ser cartas de compromiso a un inversor¹⁴³, la estabilidad regulatoria se puede considerar parte de las expectativas legítimas del inversor y, como tal, parte del estándar TJE.

Tanto los laudos decididos a favor de España como los decididos en contra dan una importancia fundamental al estándar TJE. Empecemos por analizar algunas decisiones que resultaron en condenas al Estado español.

Eiser c. España se refiere a que el régimen favorable anterior a 2010 “[S]e reemplazó luego por un sistema normativo sin precedentes y totalmente diferente, basado en premisas totalmente diferentes. Este nuevo sistema fue profundamente injusto e inequitativo en el modo en que se aplicó a la inversión existente de las Demandantes, despojando a las Demandantes prácticamente de todo el valor de su inversión.”¹⁴⁴ Se pone, por lo tanto, el acento en el carácter irrazonable de las medidas y su efecto en la inversión. En *Novenergía* se destaca la radicalidad del cambio legislativo en relación con las

¹⁴¹ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein c. Italia*, ICSID Case No. ARB/14/3, Laudo, ¶¶ 318-319 (“Blusun”).

¹⁴² Ver Análisis de *Masdar o 9REN* *infra*.

¹⁴³ Cosa que sí ocurrió en *Masdar*.

¹⁴⁴ *Id.*, ¶ 365.

expectativas de estabilidad del inversor “statements and assurances prior to and in connection with the implementation of RD 661/2007, the legitimate expectations of the Claimant, and the changes introduced through RDL 9/2013, the Tribunal considers these challenged measures as radical and unexpected” concluyéndose que las reformas legislativas españolas a partir del RDL 9/2013 “fell “outside the acceptable range of legislative and regulatory behaviour” and” entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”¹⁴⁵ cosa que tornaría las reformas en irrazonables. Masdar, por su parte, constituye un caso especial en tanto el inversor de ese caso contaba con cartas de compromiso específicas del Gobierno. En el laudo se realizó un análisis extensivo identificando un espectro de situaciones a tener en cuenta en el análisis de si unas medidas crearon expectativas legítimas. Para este Tribunal el extremo menos intenso del espectro son medidas regulatorias dirigidas a todo el mundo mientras los que compromisos claros y específicos

efectuados a un inversor determinado, son el extremo más fuerte¹⁴⁶. Así considera el Tribunal que “it would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their “operational lifetime.”¹⁴⁷ En consecuencia el Tribunal concluyó directamente que el inversor tenía expectativas legítimas de estabilidad legislativa que fueron defraudadas con la derogación del régimen creado por el RD 661/2007, violando España, en consecuencia, el TJE. Por último, 9REN, en línea con Masdar consideró que, si bien no existían cartas de compromiso en este caso. “la “garantía” clara y específica en el RD 661/2007 cumple con el grado necesario de “especificidad”” para constituir un compromiso específico del Estado capaz de crear expectativas legítimas¹⁴⁸. El Tribunal tras rechazar la posición del demandado de que las expectativas legítimas se ceñirían a una “rentabilidad razonable” procede a estimar que se

¹⁴⁵ Novenergía, ¶ 695.

¹⁴⁶ Masdar, ¶¶ 503-504 y ¶ 511.

¹⁴⁷ *Id.*, ¶ 520

¹⁴⁸ 9REN, ¶ 299

denegó un trato justo y equitativo al Demandado¹⁴⁹. Añade el Tribunal que “La posición de España es que solo ella debiera beneficiarse de los incrementos de precios, en tanto la carga de las caídas de precios ha de recaer en los inversores” siendo esto un tratamiento que, si bien puede ser constitucional bajo derecho español, el Tribunal no consideró ni justo ni equitativo¹⁵⁰.

Los casos resueltos a favor de España también lo hicieron enfatizando el estándar de trato justo y equitativo. Pasemos a examinar brevemente estas decisiones:

En primer lugar, el Tribunal de Charanne consideró que “[las normas de 2010] no pueden ser consideradas como violatorias del TCE. Dichas normas, en efecto, introducen modificaciones limitadas al marco regulatorio existente en el momento la inversión, sin suprimir sus características esenciales, y en particular la existencia de una tarifa garantizada a lo largo de la vida útil de las instalaciones”. En consecuencia, no

se trataría de modificaciones irrazonables o desproporcionadas, siendo conforme al TCE¹⁵¹. Isolux, por su parte, pone el énfasis en el hecho que, en el momento de realizarse la inversión, al haberse implementado ya algunas de las reformas en renovables, el inversor no contaba con una verdadera expectativa razonable de estabilidad regulatoria¹⁵². Esto fue no obstante duramente criticado por el árbitro Guido Santiago Tawil, quien formuló una opinión disidente en la que opinaba que “tener que prever que el Estado eliminará un derecho adquirido sin la correspondiente compensación no parece ser una conducta exigible razonablemente a un inversor con anterioridad al conocimiento efectivo de las normas implicadas”¹⁵³. Argumenta además, que si se estimara que España puede eliminar sin más el esquema de compensación del RD 661/2007 podría hacer lo mismo respecto a la garantía de una rentabilidad razonable¹⁵⁴. Stadtwerke München pone el acento en el juicio de proporcionalidad que debe reali-

¹⁴⁹ *Id.*, ¶ 309.

¹⁵⁰ *Id.*, ¶ 311.

¹⁵¹ Charanne, ¶ 539. Es importante destacar que en Charanne solamente se analizaba si las medidas de 2010 eran violatorias de TJE, no se incluían sobre el RDL 9/2013 y sus normas de desarrollo que eran considerablemente más gravosas al sustituir el régimen del RD 661/2007 por completo (¶ 481). Por tanto, las conclusiones de Charanne no necesariamente son aplicables a otros casos.

¹⁵² Isolux, ¶ 787.

¹⁵³ Isolux, Opinión Disidente, ¶ 11.

¹⁵⁴ *Id.*, ¶ 12.

zar el Tribunal al comparar la gravedad de las medidas tomadas con la importancia del objetivo legislativo perseguido, esto es, la preservación del sistema eléctrico. Concluye el Tribunal que “The aim, the method and the effect of the State measures were reasonable [...] the burden on the Claimants was reasonably proportionate to the aim and purpose of the measures contested by them.”¹⁵⁵ De manera similar, el laudo concluye que cualquier inversor que hubiese realizado una due diligence adecuada, no podía tener expectativas legítimas de estabilidad de la remuneración proporcionada por el RD 661/2007¹⁵⁶.

En opinión de este autor, las consideraciones de los Tribunales de renovables españoles son, en su mayoría trasladables al contexto mexicano. Si bien el artículo 10(1) TCE no será aplicable a estas eventuales reclamaciones, lo cierto es que el estándar de TJE, definido de manera similarmente amplia, está previsto en la práctica totalidad de los TBIs. Algunos tratados más modernos tienden a tener una definición más restringida del

TJE¹⁵⁷, sin embargo no hay que acudir más lejos que al artículo IV del APPRI México-España para encontrar un estándar TJE definido de manera similarmente amplia¹⁵⁸. Es importante destacar que los eventuales casos mexicanos también reclamarían, muy probablemente, la violación del estándar TJE en base a un cambio legislativo radical e inesperado que deroga un régimen de inversión anterior, mucho más favorable. No obstante, existen algunos factores diferentes en el caso mexicano que deberían ser tenidos en cuenta en un eventual análisis del estándar TJE en México.

Teniendo en cuenta la “cronología de las energías renovables en México” relatada supra, resulta claro que el régimen favorable que existía para los inversores de renovables en 2013 ha sufrido cambios muy importantes. Se han tomado medidas muy gravosas que cambian sustancialmente las condiciones de inversión para las plantas de generación de energía en manos del sector privado. Así:

¹⁵⁵ Stadtwerke München, ¶ 354.

¹⁵⁶ *Id.*, ¶ 308.

¹⁵⁷ Un buen ejemplo, frecuentemente citado, es el artículo 8.10 del CETA.

¹⁵⁸ APPRI México-España, artículo IV. En el mismo sentido ver: APPRI México-Suiza, artículo 4(1) o APPRI México-Países Bajos, artículo 3(1).

- i. El despacho prioritario de energía de las centrales propiedad de la CFE, las limitaciones de acceso a la red y la ampliación del número de plantas que se pueden beneficiar de CELs en especial pueden suponer una discriminación en favor de la CFE, elemento que puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de analizar la “proporcionalidad” y “razonabilidad” de las medidas, cosa que, como hemos visto, es uno de los elementos más importantes del estándar TJE. Esto ser vería reforzado, sin duda, por el hecho de que la finalidad de la reforma de “reforzar” a la CFE y a Pemex es explícita en la legislación, cosa que podría facilitar a los inversores el argumento de que se les está discriminando a favor de las empresas públicas. Igualmente, peligrosas son manifestaciones como las de la titular de la SENER que cambios en política energética protegerían la red eléctrica de los “embates extranjeros” como del propio Presidente López Obrador que calificó la reforma eléctrica como una defensa de la CFE frente al “saqueo”¹⁵⁹ de los extranjeros.
- ii. Podría argumentarse que el cambio legislativo en México fue más abrupto y radical que en España, en tanto (a) las reformas impiden el acceso a las redes de transmisión y distribución a algunos inversores y (b) la reforma legislativa en México se realizó de manera más apresurada mientras que la española se realizó a lo largo de los años 2009 a 2013 de manera más o menos gradual.
- iii. En el otro lado de la balanza, puede esgrimirse que el RD 661/2007 garantizaba un nivel de rentabilidad determinado durante toda la vida del proyecto, cosa que no hizo la legislación mexicana. Esto podría hacer la aplicación del estándar TJE más difícil, pues los Tribunales podrían considerar que no

¹⁵⁹ Ramón Roca, “La polémica reforma eléctrica de AMLO impide inversiones por 4.000 millones anuales de renovables en México”, *El Periódico de la Energía*, el 12 de abril de 2020, <https://elperiodicodelaenergia.com/la-polemica-reforma-electrica-de-amlo-impide-inversiones-por-4-000-millones-anuales-de-renovables-en-mexico/>.

existían compromisos del Estado de mantener una estabilidad regulatoria como lo entendió 9REN.

- iv. No obstante, es cierto que en México la reforma energética conllevó también una reforma constitucional. La reforma de la norma *normarum* podría verse como un elemento que otorga estabilidad al régimen legislativo de 2013, lo que podría tenerse en cuenta para justificar la existencia de expectativas legítimas que pudieran suponer una violación del estándar TJE.

En conclusión, queda patente que, a pesar de que el régimen de las renovables en México no garantizara una remuneración concreta a lo largo de la vida del proyecto, existen bastantes elementos que apuntan a que una eventual reclamación por TJE por el cambio legislativo mexicano tendrían visos de prosperar.

1. Expropiación

Adicionalmente, varios inversores dirigieron reclamaciones contra el Estado basadas en el estándar de Expropiación (expropiación indirecta) contenido en el artículo 13 del TCE¹⁶⁰. Estas reclamaciones tuvieron escaso éxito como se demuestra en los casos Charanne, Isolux, Eiser, Novenergia, SolEs Badajoz entre otros.

Por un lado, existen Tribunales que rechazaron expresamente el argumento basado en el artículo 13 TCE. Como por ejemplo en Charanne e Isolux donde el Tribunal, siguiendo un razonamiento similar (i) fija que el objeto de la inversión fueron acciones en empresas filiales (a través de la que se instrumentó la inversión) y no los rendimientos futuros de las plantas¹⁶¹, (ii) que el estándar de expropiación indirecta implica una afectación sustancial de los derechos de propiedad del inversor, sea a través de una privación total o parcial de la inversión o pérdidas de valor equivalentes¹⁶², (iii) aunque se admita que las medidas

¹⁶⁰ TCE, artículo 13 (“Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación [...], excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: a) por un motivo de interés público; b) de manera no discriminatoria; c) con arreglo al debido procedimiento legal; d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva...”).

¹⁶¹ Charanne ¶ 459; Isolux ¶¶ 834-835.

¹⁶² Charanne ¶ 461; Isolux ¶¶ 837-839

afectaran seriamente a la rentabilidad de la inversión esto no caracterizaría per se una expropiación. Una disminución en el valor de la acción objeto de inversión solo podría constituir expropiación si es de tal entidad que pueda considerarse equivalente a una privación de propiedad¹⁶³, cosa que en estos casos no se daría¹⁶⁴. Otros Tribunales que decidieron a favor del inversor decidieron no pronunciarse sobre esta cuestión (como SolEs Badajoz o Eiser), al entender que la conducta de España ya violaba el estándar TJE, no diferenciando el inversor en su petición de daños entre los diferentes incumplimientos¹⁶⁵. En otros casos como Stadtwerke München o RREEF ni siquiera se planteó la aplicabilidad del artículo 13 TCE. Adicionalmente, en algunos casos como Masdar¹⁶⁶ se abandonó expresamente esta reclamación. Por último, en NextEra se explicita que el Demandante no basa sus reclamaciones en el artículo 13 TCE¹⁶⁷.

Las consideraciones de los Tribunales de renovables en los casos españoles pueden ser trasladables al

contexto mexicano. La expropiación se regula de manera similar en la mayoría de TBIs (p.ej. en el artículo V del APPRI con España)¹⁶⁸. Si bien es cierto que las reclamaciones en base al artículo 13 TCE no prosperaron en estos casos, el estándar de expropiación podría adquirir más importancia en el contexto mexicano por ser medidas que pueden impedir la interconexión a la red de algunas plantas, privando al inversor de prácticamente todo el valor de su inversión, al no poder vender la energía producida ni producir flujos de caja positivos. Por otro lado, se deberá ver como se desarrolla la reforma energética de López Obrador y el concreto efecto que tiene para cada productor, para ver si algunas de las medidas que hemos examinado al hablar del TJE pueden afectar a la rentabilidad de los inversores de manera tan severa que se considere equivalente a la privación de propiedad. En especial, si bien difícil de imaginar, medidas como la prioridad en el despacho de energía para las centrales de la CFE, y la liberalización en el otorgamiento de

¹⁶³ Charanne ¶ 465; Isolux ¶ 841.

¹⁶⁴ Charanne ¶ 466; Isolux ¶¶ 851-852.

¹⁶⁵ p.ej. SolEs Badajoz ¶ 466 o Eiser ¶¶ 352-356.

¹⁶⁶ Ver Masdar, nota al pie 72.

¹⁶⁷ NextEra, Decisión de Jurisdicción, nota al pie 1112.

¹⁶⁸ Ver también p.ej. APPRI México-Reino Unido, artículo 7 o APPRI México-Suiza, artículo 7.

CELS podrían llegar a crear un campo de juego desigual que afectara severamente a la rentabilidad de los inversores. Si esta afectación es lo suficientemente severa como para ser considerado expropiación será algo que tendrá que analizarse caso por caso.

2. Cláusula paraguas

Como ocurrió con el estándar de expropiación, los argumentos basados en violaciones de la “cláusula paraguas” del artículo 10(1) TCE¹⁶⁹ no han convencido a los Tribunales. Los laudos decididos a favor del Estado rechazan explícitamente la aplicabilidad de este estándar. Por ejemplo, Isolux interpreta el requisito de que el Estado “haya contraído” obligaciones con los inversores como la existencia de “compromisos específicos”¹⁷⁰. Según el Tribunal, en algunos casos, leyes o actos administrativos, en especial los dirigidos a inversores extranjeros podrían constituir com-

promisos específicos¹⁷¹. No así las normas de aplicación general como el RD 661/2007. Por su parte, Stadtwerke München se fija en la literalidad de la cláusula paraguas (“contraído”) para concluir que ésta solo se refiere a obligaciones contractuales o asimilables¹⁷². En tanto el régimen de renovables creado por España se basa en normas de aplicación general, éstas no se pueden asimilar a compromisos contractuales¹⁷³. Los laudos resueltos a favor del inversor tampoco aceptaron las reclamaciones basadas en la cláusula paraguas: Por un lado, laudos como Masdar¹⁷⁴ o 9REN¹⁷⁵ consideran superfluo pronunciarse al respecto, al haber reconocido ya un incumplimiento del TJE. Otros laudos como Novenergía¹⁷⁶, Foresight¹⁷⁷ o Cube¹⁷⁸, no obstante, establecen (en la misma línea que Charanne o Stadtwerke München) que no se dan los requisitos para la aplicación de la cláusula paraguas al no constituir el

¹⁶⁹ TCE, artículo 10(1) (“Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”).

¹⁷⁰ Isolux, ¶ 770.

¹⁷¹ Isolux, ¶ 771.

¹⁷² Stadtwerke München, ¶¶ 380-382

¹⁷³ Isolux ¶ 772; Stadtwerke München ¶ 384.

¹⁷⁴ Masdar, ¶ 666.

¹⁷⁵ 9REN, ¶ 345.

¹⁷⁶ Novenergía, ¶ 712.

¹⁷⁷ Foresight, ¶ 413.

¹⁷⁸ Cube, ¶ 453.

RD 661/2007 compromisos específicos al inversor.

Estas consideraciones tienen cierta utilidad en el contexto mexicano. Si bien es cierto que no todos los APPRI contienen una cláusula paraguas, existen tratados concluidos por México con un lenguaje similar¹⁷⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que, igual que en los casos españoles, el régimen de renovables existente en México hasta 2018 se basa en normas de aplicación general aplicables tanto a nacionales como a extranjeros y no en compromisos específicos con inversores. Por ende, podría argumentar el Estado que los precedentes que hemos comentado impiden la aplicabilidad de la cláusula paraguas como norma general.

II. Otras cuestiones relevantes: la ejecución de laudos y el Real Decreto-Ley 17/2019

Si bien las objeciones jurisdiccionales basadas en derecho europeo que comentamos en la § IV.A) supra no

lograron prosperar en vía arbitral, lo cierto es que lograron dificultar enormemente la ejecución de los laudos dictados contra España. Un buen ejemplo son los intentos de ejecución en Novenergía. Tras el laudo, España planteó la anulación del laudo ante la Corte de Apelaciones Svea que suspendió su ejecución¹⁸⁰. Del mismo modo, la ejecución que se pretendía ante la Corte del Distrito para el Distrito de Columbia también fue suspendida, considerando la Corte prudente que los Tribunales europeos se pronunciaran sobre los asuntos jurisdiccionales antes de proceder a la ejecución¹⁸¹. La misma Corte del Distrito para el Distrito de Columbia también suspendió la ejecución del laudo Masdar, concluyendo que esperaría a la resolución del procedimiento de anulación CIADI. La ejecución del laudo de Antin también fue suspendida por la misma Corte estadounidense, así como por el Tribunal Federal Australiano, si bien un Comité de anulaciones CIADI posteriormente levantó la

¹⁷⁹ Por ejemplo, el artículo 3(4) del APPRI México-Países Bajos contiene una cláusula paraguas referida a “cualquier otra obligación por escrito”, no requiere este requisito “por escrito” el artículo 10(2) del APPRI México-Suiza p.ej.

¹⁸⁰ Efe, “La Justicia sueca suspende el laudo contra España en el caso de NovEnergía”, *Expansión*, el 17 de mayo de 2018, sec. Empresas / Energía, <https://www.expansion.com/empresas/energia/2018/05/17/5afdc881268e3e9e748b4623.html>.

¹⁸¹ Ciar Global, “Arbitraje NovEnergía-España: Se suspende procedimiento de ejecución en EE.UU.”, *Ciar Global* (blog) (Redacción, el 28 de enero de 2020), <https://ciarglobal.com/arbitraje-novenergia-espana-se-suspende-procedimiento-de-ejecucion-en-ee-uu/>.

suspensión de la ejecución¹⁸². Esta cautela ante la ejecución de laudos derivados de las reformas en renovables en España se entiende con más razón, si tenemos en mente que el laudo Eiser, que sí fue objeto de ejecución (en Australia), fue posteriormente anulado¹⁸³. No debe olvidarse que la ejecución de laudos contra España se ve además dificultada por operación de la Decisión de la Comisión Europea C(2017) 7384¹⁸⁴ que además de avalar la reforma en renovables afirma que cualquier compensación derivada del régimen anterior que pudiera otorgarse en arbitraje internacional se consideraría ayuda de Estado, debiendo ser suspendida y notificada a la Comisión. Para intentar “desatascar” esta situación se aprobó el Real Decreto-Ley 17/2019¹⁸⁵ que modifica la Ley del Sector Eléctrico

introduciendo una disposición final (3ª bis), estableciendo un régimen favorable para empresas que se hubiesen beneficiado de prima antes del RDL 9/2013 siempre que no hubieran iniciado procedimientos judiciales o arbitrales o renuncien a ellos o a la indemnización resultante. En este sentido debe destacarse que Masdar (que había tenido problemas de ejecución de su laudo) se ha acogido a esta propuesta¹⁸⁶, renunciando a percibir la indemnización que le había sido reconocida a cambio de acogerse al régimen del Real Decreto-Ley 17/2019. Adicionalmente, uno de los inversores de PV Investors así como los inversores de RREEF y Stadtwerke München habrían manifestado su voluntad de acogerse al nuevo régimen¹⁸⁷.

¹⁸² Decisión de la Comisión Europea C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017.

¹⁸³ El laudo se anuló tanto por un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como, por primera vez, por constitución incorrecta del Tribunal Arbitral.

¹⁸⁴ Decisión 7384, de 10 de noviembre de 2017, sobre ayudas estatales SA.40348 (2015/NN) – España: Apoyo para la generación de electricidad a partir de las fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos. C (2017) 7384 final esta decisión sigue la estela de una decisión anterior que estableció que el pago por parte de Rumania de la compensación fijada en el laudo emitido en el caso Micula, también una reclamación intra-europea, constituía una ayuda estatal ilegal: Decisión 2015/1470 de la CE, de 30 de marzo de 2015, sobre la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014 / NN) ejecutada por Rumania - laudo arbitral Micula v. Rumania de 11 de diciembre de 2013, DO L 232 de 43.

¹⁸⁵ Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación.

¹⁸⁶ Jack Ballantyne, “Renewables Investors to Renounce Awards against Spain”, Global Arbitration Review, el 6 de octubre de 2021, <https://globalarbitrationreview.com/renewables-investors-renounce-awards-against-spain>.

¹⁸⁷ Cosmo Sanderson, “More Renewables Investors Drop Spain Claims”, Global Arbitration Review, el 21 de octubre de 2021, <https://globalarbitrationreview.com/more-renewables-investors-drop-spain-claims>.

Esta situación es difícilmente trasladable al contexto mexicano, por cuanto no operan aquí las consideraciones de derecho europeo que dificultaron la ejecución de los laudos contra España. En este sentido aún si se llegara a crear un régimen como el del RDL 17/2019 (cosa ya de por sí poco probable, dado que es un mecanismo sui generis) éste es probable que tuviera menos éxito, en tanto los inversores podrían tener menos obstáculos a las ejecuciones de sus laudos.

III. Conclusión

Del análisis realizado parece claro que, a pesar de que en los casos españoles juegan varias consideraciones de derecho de la Unión Europea, que, lógicamente, no son trasladables al contexto mexicano, las discusiones desarrolladas en cuestiones tales como la definición de inversor e inversión y los estándares de TJE y expropiación podrían ser útiles para futuros Tribunales que tuvieran que decidir sobre casos similares en México. Sin embargo, no debe perderse de vista que el conjunto de hechos sobre los que se tendrían que decidir estos Tribunales sería diferente justificando esto, por ejemplo, que las reclamaciones por expropiación pudieran tener más expectativas de éxito en México,

pues parte de las medidas bloqueaban el acceso a las redes de transmisión y distribución para algunos productores.

Dicho esto, no debe perderse de vista que el hecho de que finalmente se interpongan reclamaciones por las reformas en renovables en México dependerá, en gran medida, de lo que ocurra en los próximos meses: ¿Continuará la reforma energética “encallada” en los tribunales mexicanos? ¿procederá el Presidente López Obrador a reformar la constitución si esto ocurriera?

En fin, se trata de un frente que sigue abierto y su resolución, en un sentido o en otro, será determinante para ver si la reforma en renovables mexicana genera o no casos de arbitraje de protección de inversiones. En cualquier caso, parece claro que, de plantearse estos casos contra México, los casos de renovables españoles serán precedentes importantes que, probablemente, serán tenidos muy en cuenta tanto por las partes en los procedimientos como por los Tribunales Arbitrales que sobre ellos tengan que decidir.