



Grupo de Trabajo de Energía

TLCs- Principales garantes de las reglas del juego

Contenido

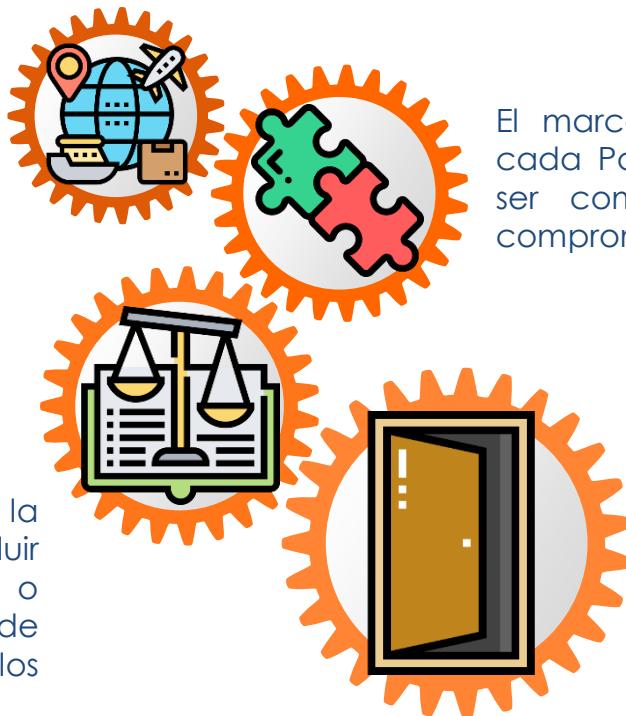
- I Elementos esenciales para entender la protección de los TLCs
- II Reservas en materia de inversión y servicios
- III Ejemplo: la Reforma Energética
- IV Los TLCs bajo el derecho internacional
- V Los TLCs bajo el derecho interno
- VI Estrategia multidimensional
- VII Casos de energía conforme a otros tratados
- VIII Comentarios finales

Elementos esenciales para entender la protección en los TLCs

Objetivo, principios y reglas básicas

1. Objetivo principal

Eliminar las restricciones al comercio de bienes y servicios, y a la inversión.



3. Reservas

No obstante, de no serlo, durante la negociación las Partes deben incluir en los TLCs sus reservas o excepciones a las obligaciones de liberalización establecidas en los mismos.

2. Compatibilidad

El marco jurídico interno de cada Parte de los TLCs debe ser compatible con dichos compromisos de liberalización.

4. Ratchet

A las reservas aplicables a los servicios y la inversión, generalmente aplica el principio de "ratchet", el cual implica que, en caso de que las Partes modifiquen su marco jurídico interno, sólo podrán hacerlo para incrementar el grado de apertura.

Elementos esenciales para entender la protección en los TLCs

Arquitectura de los TLCs

- Todas las disciplinas y obligaciones que contemplan los TLCs son **aplicables a todos los sectores**.
- Cuando el marco jurídico interno existente al momento de negociar el tratado contempla disposiciones contrarias a éste, la Parte debe establecer reservas o excepciones, a fin de no incurrir en incumplimiento.
- Dichas **reservas y excepciones** se establecen a través de:
 - El **texto del capítulo**, cuando aplican a todas las Partes del Tratado;
 - **Anexos al final del capítulo**, generalmente aplicables a ciertas Partes del Tratado;
 - **Anexos generales** que normalmente aplican a inversión y servicios, y en el T-MEC se agrega uno para empresas propiedad del estado y monopolios designados, y
 - Los capítulos específicos de excepciones (e.g. T-MEC **Capítulo 32 (Excepciones y Disposiciones Generales)**).

Elementos esenciales para entender la protección en los TLCs

Todo lo que NO esté reservado en los anexos generales; en el texto de los capítulos de cada disciplina; en los anexos al final de dichos capítulos, o en el capítulo relativo a excepciones generales...

...Queda sujeto a los compromisos de liberalización previstos en un tratado.

De tal forma que las **reservas y excepciones** constituyen el **margin con que cuenta una Parte para no cumplir con los compromisos de los TLC's, y que generalmente son reflejo de lo que establece el marco jurídico interno.**

Reservas en materia de inversión y servicios

- Gran parte de las reservas aplicables a la inversión y los servicios, generalmente aplica el principio de “ratchet”, el cual implica que, en caso de que las Partes modifiquen su marco jurídico interno, sólo podrán hacerlo para incrementar el grado de apertura.
- Contenido en los TLCs en los artículos relativos a Medidas Disconformes dentro de los capítulos de Inversión y Servicios.
- E.g. Artículo 14.12.1(c) (Medidas Disconformes) del T-MEC (Capítulo de Inversión).

Reservas en materia de inversión y servicios

El principio de “ratchet”- principal elemento de protección

- En virtud de esta **disposición de ratchet**, quedan congelados en los TLCs, los **grados de apertura** previstos en los marcos jurídicos internos de cada Parte al momento de que firma de los instrumentos internacionales.
- Si un país decide dar marcha atrás a lo dispuesto en los TLCs y APPRs, adoptando medidas y políticas contrarias a estos; no puede escaparse de sus responsabilidades internacionales.



Reservas en materia de inversión y servicios

Los anexos de reserva

Anexo I

Las **reservas** contenidas en este anexo están sujetas al **principio de ratchet**. Estos contienen la mayor parte de las reservas.

Anexo II

Este anexo **dota a las Partes de completa discreción respecto de las medidas** contrarias al tratado **que contiene**.



Anexo III

Establece las **reservas** relacionadas con el **sector específico de los servicios financieros**.

Anexo IV

Contiene las **reservas aplicables** exclusivamente a las Empresas Propiedad del Estado ("EPEs") de las Partes.

3. ¿Qué excepciones o reservas a la reforma energética puede invocar el gobierno bajo el T-MEC?

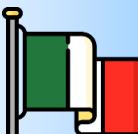
Algunas de las reservas de México previstas en el Anexo I



- Sólo el Estado puede llevar a cabo la exploración y producción de hidrocarburos, a través de **asignaciones o contratos**. Dichas actividades deberán cumplir con un **porcentaje mínimo nacional**.



- Derecho a establecer **porcentajes mínimos de contenido nacional**, para que los particulares puedan llevar a cabo ciertas actividades para prestar el **servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica**.



- Tanto para hidrocarburos como para electricidad, se dará **preferencia a la adquisición de bienes nacionales y a la contratación de servicios de origen nacional**, incluyendo la capacitación y contratación, a nivel técnico y directivo, de nacionales mexicanos.



- “Hasta el 31 de diciembre de 2017 **PEMEX será la única entidad encargada de la comercialización de hidrocarburos**. Hasta el 31 de diciembre de 2016 **PEMEX será el único permissionario para importar y exportar gasolinas y diésel**.”

Anexo I- Lista de México

Sector:	Energía
Subsector:	Electricidad
Clasificación Industrial:	
Obligaciones Afectadas: Trato Nacional (Artículo 9.4 y Artículo 10.3) Requisitos de Desempeño (Artículo 9.10) Acceso a los Mercados (Artículo 10.5) Presencia Local (Artículo 10.6)	
Nivel de Gobierno:	Central
Medidas:	Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley de la Industria Eléctrica, Artículos 30, 91, 93, y 130 Ley de la Comisión Federal de Electricidad, Artículos 5 y 78 Ley de Hidrocarburos, Artículo 128 Ley de Energía Geotérmica, Artículo 30
Descripción:	<p><u>Inversión y Comercio Transfronterizo de Servicios</u></p> <p>A través de contratos, los particulares, por cuenta de la Nación, podrán llevar a cabo, entre otras actividades, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica.</p> <p>Las modalidades de los contratos para la realización de las actividades antes mencionadas deben estar sujetas a un porcentaje mínimo de contenido nacional, que será determinado por la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía (CRE) con la opinión de la Secretaría de Economía, excepto cuando no haya proveedores nacionales que cumplan con ese requisito.</p> <p>Con respecto a todas las demás actividades empresariales de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), y sus empresas productivas subsidiarias, de acuerdo con la Ley de la CFE, la Junta Directiva emitirá regulaciones para la adquisición, arrendamiento, contratación de servicios y construcción de obras. Entre otros, el Consejo podrá requerir porcentajes mínimos de contenido nacional de acuerdo con la naturaleza de la contratación, la regulación de tarifas y de conformidad con los tratados internacionales en los que México es signatario.</p> <p>La Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía, con la opinión de la Secretaría de Economía, deberá establecer dentro de las condiciones que se incluyan en las asignaciones y los contratos para la exploración y producción, así como en los permisos que, bajo las mismas circunstancias de precios, calidad y entrega oportuna, se deberá dar preferencia a la adquisición de bienes nacionales, y a la contratación de servicios de origen nacional, incluyendo la capacitación y contratación, a nivel técnico y directivo, de nacionales mexicanos.</p> <p>La Secretaría de Energía, otorgará permisos para llevar a cabo la exploración y concesiones para la explotación de áreas con recursos geotérmicos, a personas físicas o empresas constituidas conforme a las leyes mexicanas, para generar energía eléctrica, o bien, para destinarla a usos diversos. Todos los permisos otorgados al amparo de la Ley de la Industria Eléctrica serán otorgados por la Comisión Reguladora de Energía (CRE). Los permisionarios deben ser personas físicas o empresas constituidas conforme a las leyes mexicanas.</p>

3. ¿Qué excepciones o reservas a la reforma energética puede invocar el gobierno bajo el T-MEC? (Cont.)

- México sólo estableció una reserva aplicable al sector energético **en el Anexo II**:



- Si se permite en un futuro la inversión en una modalidad diferente a los contratos (e.g. participación accionaria en una empresa), México se reserva el derecho de imponer restricciones a tales inversiones. Sin embargo **“dichas restricciones se considerarán como parte del Anexo I”** y por lo tanto **quedan sujetas a la cláusula “ratchet”**.

Ejemplo: la Reforma Energética

Apertura y reservas bajo el TLCAN y T-MEC



1994
Puerta **totalmente cerrada** a la inversión.



Antes de 2013:
puerta
ligeramente
abierta (contratos
de servicios).



Después de 2013: reforma energética.
La puerta se abrió de manera importante (e.g., contratos de producción y participación en las utilidades, etc.).



Futuras reformas:
igual o mejor
acceso. La puerta
no puede tener menor apertura.

Los TLCs bajo el derecho internacional



- Todo **país** tiene el derecho soberano de **modificar** su **marco legal interno**.
- Sin embargo, es **responsable internacionalmente** si las **reformas son incompatibles** con sus obligaciones bajo los **tratados** o si van más allá de las **reservas previstas** en éstos.¹
- En los TLCs, los países Parte y los inversionistas pueden **accionar los mecanismos de solución de controversias** para exigir el cumplimiento.
- Las Partes pueden **aplicar represalias**, o los inversionistas exigir la **reparación de los daños**.

Tratados internacionales = instrumentos eficaces para garantizar la certidumbre legal que requiere la inversión a largo plazo



- En el **derecho mexicano**, los **TLCs** y **APPRIs** están **únicamente** por **debajo** de la **Constitución** y por **encima de las leyes** federales, generales y estatales en las materias que están dentro del ámbito de aplicación federal o existe competencia concurrente.
- Por lo que Las **autoridades federales, estatales y locales deben cumplir** con lo dispuesto en los **tratados internacionales, salvo obligaciones contrarias a la Constitución.**

Negociación/consultas entre gobiernos y el inversionista y el Estado



Frente político y/o diplomático

Cálculo y difusión del impacto negativo



Legal interno

Legal internacional



1. Negociación e instancias legales internas:

- a) **Privilegiar el diálogo y la negociación** para intentar llegar a una **solución mutuamente convenida**,
- b) De no ser posible lo anterior, **tratar de revocar las medidas** adoptadas y suspender sus efectos prospectivos, **a través de las instancias legales internas**.

2. Frente político y/o diplomático:

- **Impulsar esfuerzos a nivel diplomático con Estados Unidos y Canadá**, al amparo del **T-MEC** y, tendría mayor impacto si los países socios de México tuvieran acercamientos también.
- Ello podría ayudar a los inversionistas del sector a **aminorar la necesidad de una confrontación directa con el gobierno**.

3. Cálculo y difusión del impacto negativo:

- **Estimar los daños y cualquier otro impacto negativo** generados por las medidas adoptadas.
- **Difundir** dichos análisis y **resaltar la cuantía** de los arbitrajes a los que potencialmente se estaría enfrentando el Estado Mexicano.

4. Mecanismos de solución de controversias disponibles en TLCs:

- a) Mecanismo **Estado-Estado**; y
- b) Mecanismo **inversionista-Estado**.

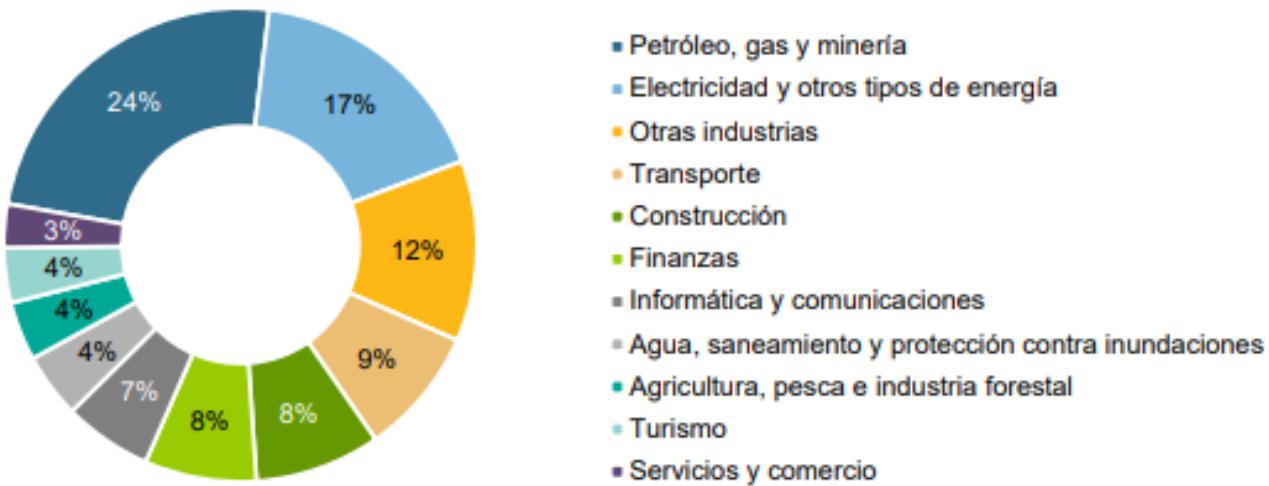
- Tiene una instancia previa al inicio del arbitraje (i.e. Notificación de Intención, “**NOI**”).
- Tras la presentación de la NOI, los **inversionistas no están obligados** a **continuar** con el procedimiento **litigioso** (i.e. presentar una Notificación de Arbitraje).
- Puede servir para encontrar una **solución negociada**.
- Al tener que presentar un **estimado de los daños**, la autoridad puede conocer la **responsabilidad económica** a la que podría estar sujeta.

5. Inversionistas- alinear estrategias entre los mecanismos de solución de controversias **nacionales e internacionales**.

- Los mecanismos son **complementarios**.
 - **No alegar violaciones a tratados y acuerdos de inversión en los procedimientos internos;**
 - **Diferenciar las medidas demandadas**, y
 - **No** solicitar **misma indemnización** en **dos instancias**.
- Dependiendo de la **estructura corporativa**, una **inversión** puede estar **protegida** bajo **varios tratados**.

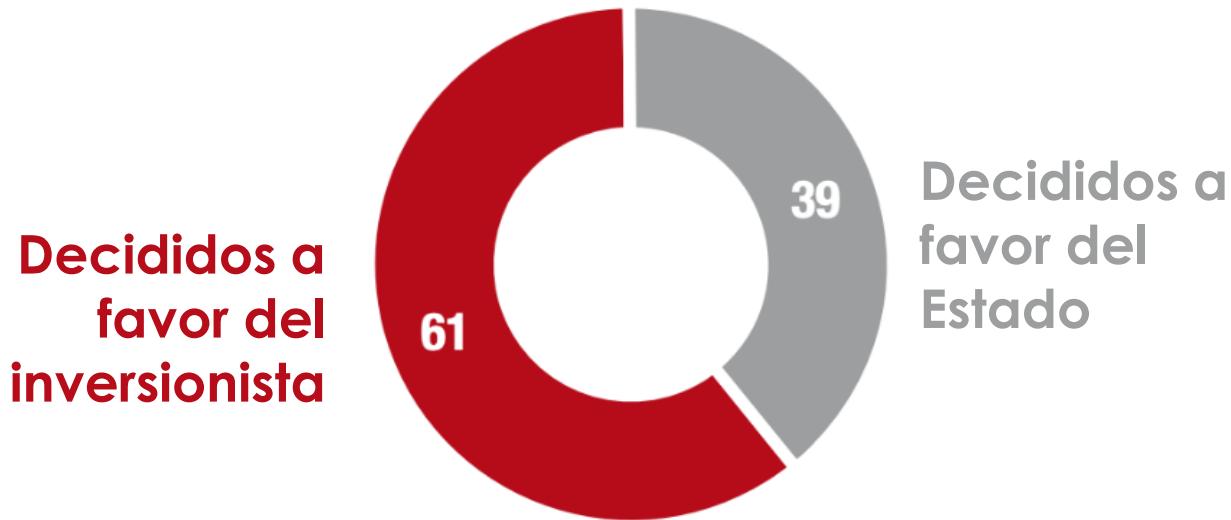
Casos de energía conforme a otros tratados

Distribución de nuevos casos registrados al 31 de diciembre de 2020 bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“Convenio del CIADI”) y el Reglamento del Mecanismo Complementario, **por sectores de la economía:**²



Casos de energía conforme a otros tratados

Resultados de decisiones sobre los méritos, 1987-2019³



Casos de energía conforme a otros tratados

Arbitrajes relativos a energías renovables resueltos en contra de España⁴

Demandante	Fecha de resolución	Compensación (millones de Euros)
Cavalam	31/08/2020	Por determinarse
PV Investors	28/02/2020	€ 91,1
Watkins Holding	22/01/2020	€ 77
RREEF	11/12/2019	€ 60
Schwab Holding	6/09/2019	€ 27
Infrared	2/08/2019	€ 28
SolEs Badajoz	31/07/2019	€ 40,98
Nextera	31/05/2019	€ 290,6
9REN	31/05/2019	€ 41,7
Demeter y Cube	19/02/2019	€ 33,7
Greentech	14/11/2018	€ 39
Antin	15/06/2018	€ 112
Masdar	16/05/2018	€ 64,5
Novenergia	15/02/2018	€ 53,3
Eiser	4/05/2017	€ 128

- En los casos inversionista-Estado presentados bajo TLCs y APPRIs, **México es el sexto país más demandado a nivel mundial** después de Venezuela, Argentina, España, República Checa y Egipto.
- Los **casos activos en contra de México (16)** y las **NOIs activas (8)** superan los casos concluidos en los últimos 20 años (1999 a 2018, 18 casos).
- Sería **deseable** que **México vuelva a ser de los países que dan importancia al cumplimiento de sus compromisos internacionales**, lo que generó que por muchos años México fuera uno de los destinos principales de la inversión extranjera.



Derecho & Economía

Beatriz Leycegui Gardoqui

blg@sai.com.mx

+52 55 54334268

(25)

SAI

Derecho & Economía

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

- El suministro de servicios de generación de energía eléctrica al público y las actividades con respecto a petróleo y gas natural que tengan un contrato con el gobierno¹ gozan de **protección plena**.
- La protección plena implica que **todas las obligaciones de trato** de México, **pueden ser objeto de reclamación**:
 - Trato Nacional
 - Nación Más Favorecida
 - Expropiación y Compensación
 - Altos Ejecutivos y Consejos de Administración
 - Requisitos de Desempeño
 - Transferencias
 - Nivel Mínimo de Trato
 - Trato en Caso de Conflicto Armado o Conflicto Civil

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

- Para todas aquellas **inversiones que no cuenten** con un contrato con el gobierno en alguno de los cinco sectores cubiertos, el T-MEC ofrece una **protección limitada**.
 - Trato Nacional
 - Nación Más Favorecida
 - Expropiación directa y Compensación

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

Principales reclamaciones

Trato Nacional²

México está obligado a otorgar a las inversiones de otra Parte, un **trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas**.

Dado que **CFE y sus subsidiarias y filiales** participan en el mercado eléctrico como **competidoras** de las empresas privadas, se puede considerar que, a través de las medidas adoptadas, **México está otorgando un trato menos favorable a inversionistas extranjeros**, que el otorgado en circunstancias similares a sus **empresas públicas nacionales**.

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

Principales reclamaciones

Nivel Mínimo de Trato³

México debe otorgar a las inversiones de inversionistas extranjeros un **trato acorde con el estándar mínimo** establecido por las normas **de derecho internacional consuetudinario**, incluyendo un **trato justo y equitativo** y protección y seguridad plenas.

Brindar **trato justo y equitativo** implica juzgar si México ha adoptado una medida: **arbitraria**; **no transparente**; abusiva; incongruente; discriminatoria; **contraria a la ley, contraria a los principios de justicia y al debido proceso**; **carente de buena fe, proporcionalidad, razonabilidad**; o ausente de candor en el proceso administrativo.

Como se detalla en el Reporte,⁴ **las medidas cumplen con este estándar**, puesto que en su adopción y publicación **México incurrió en fallas graves al debido proceso**, además de ser **notoriamente contrarias a la ley mexicana, arbitrarias, discriminatorias**, así como **carentes de transparencia y proporcionalidad**.

³ Artículo 14.6 (Nivel Mínimo de Trato) del T-MEC.

⁴ Ver párrafos 349-362 del Reporte (versión larga en español), pp. 116-119.

Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

Principales reclamaciones

Expropiación⁵

Prohíbe a México expropiar una “inversión cubierta”, ya sea de forma directa o indirecta, a menos que la expropiación se dé por causa de utilidad pública, de una forma no discriminatoria, mediante pago de indemnización y conforme al debido proceso.

El **cumplimiento** con este estándar **depende de diversos factores**, incluyendo: el **impacto económico de la medida en la inversión**; la **interferencia** de la medida **con las expectativas del inversionista**, y la naturaleza, objeto y carácter de la medida.

La **Política de Confiabilidad de SENER** y el **Acuerdo CENACE** cambian las normas para la emisión de permisos de generación y la participación de operadoras de energía limpia, por lo que **pueden constituir una expropiación indirecta**, en caso de: **destruir** sustancial y permanentemente **su inversión**; interferir con sus **expectativas legítimas**; ser **discriminatorias** y violatorias **del debido proceso**, y no perseguir un **objetivo legítimo**.

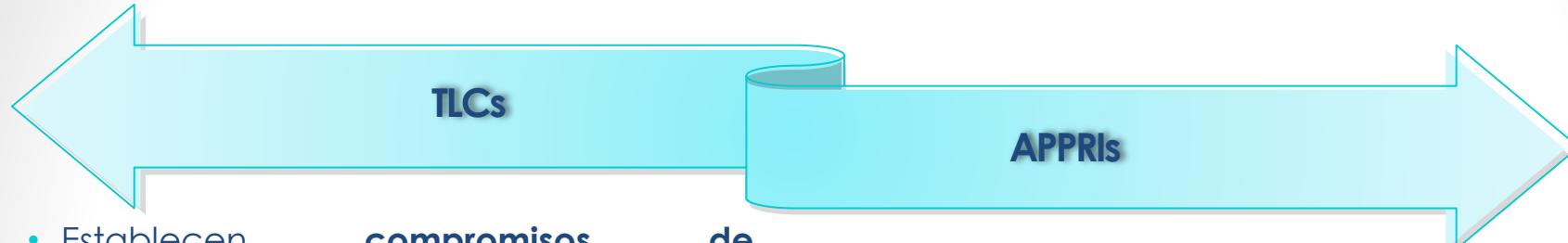
Anexo 1- Capítulo 14 (Inversión) del T-MEC

Inversiones existentes- Pueden recurrir al TLCAN

- Debido a la **protección limitada** que tienen bajo el T-MEC las **inversiones existentes**² en sectores no cubiertos o cubiertos pero que no cuentan con un contrato de gobierno; de haber sido **afectadas por una medida incompatible con el TLCAN** pueden recurrir al mecanismo inversionista-Estado del TLCAN, dentro de los **tres años siguientes a la terminación del TLCAN** (i.e. hasta el 30 de junio de 2023).

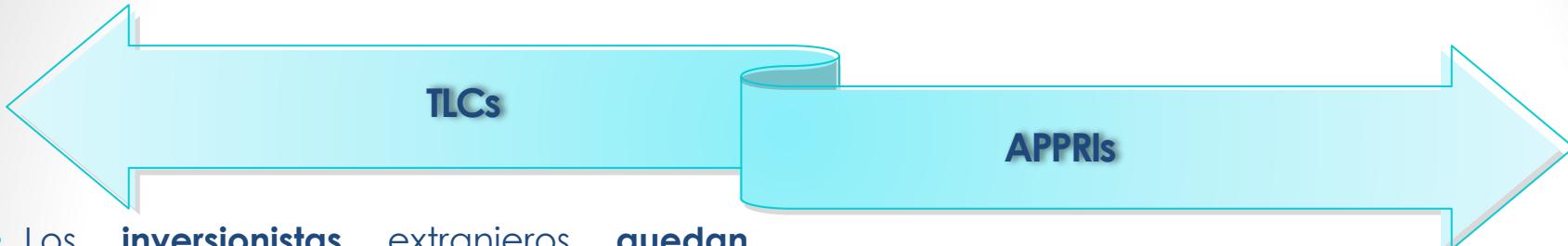
Anexo 2- Diferencia entre TLCs y APPRIs

Anexo 2- Diferencias entre TLCs y APPRs



- Establecen **compromisos de liberalización** para la inversión extranjera y el comercio de bienes y de servicios.
- En general, las reservas o excepciones a dichos compromisos están sujetos al principio de *ratchet* (i.e. **cualquier modificación futura** a las reservas previstas por las Partes, **no podrá ser más restrictiva; sólo podrá conceder mayor apertura**).
- Contemplan, por lo general, las mismas **obligaciones de trato a la inversión que México otorga**, a los inversionistas en los **capítulo de inversión de un TLC**.
- A diferencia de los TLCs, los APPRs **no contienen compromisos de liberalización y el principio de ratchet**. Esto implica que **el marco legal interno puede cambiar, siempre y cuando las reformas introducidas por el gobierno federal no contravengan las obligaciones de trato establecidas en los APPRs**.

Anexo 2- Diferencias entre TLCs y APPRs



- Los **inversionistas** extranjeros **quedan protegidos por virtud de un capítulo de inversión** y, ante cualquier violación de México a sus obligaciones internacionales, **pueden someter una reclamación a arbitraje**, es decir, recurrir al **mecanismo inversionista-Estado**.
- También **incorporan compromisos en otras disciplinas que protegen la inversión, aunque dichas disciplinas no puedan ser objeto de un caso inversionista-Estado, únicamente** del mecanismo general de solución de controversias, esto es, el **mecanismo Estado-Estado**.
- No obstante que éstos no incluyen el mecanismo Estado-Estado entre las acciones disponibles, los APPRs **constituyen una protección importante**, ya que son instrumentos que **protegen exclusivamente a los inversionistas**, a través del **recurso al mecanismo inversionista-Estado**.