

CIADI: decisión a favor de Uruguay en demanda interpuesta por la Philip Morris

Por: [Prof Nicolas Boeglin](#) and [Matt H.](#)

Globalización, 20 de julio 2016

A raíz de la adopción de una legislación para proteger al fumador contra los efectos del tabaco en el 2008, la empresa multinacional Philip Morris entabló una demanda contra Uruguay ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionista Extranjero y Estado (CIADI, más conocido por sus siglas en inglés ICSID) en el 2010. Se trata de un mecanismo arbitral instituido en 1965 en el marco del Banco Mundial, que ha sido objeto de numerosas críticas en años recientes, en particular a partir de la experiencia de América Latina (**Nota 1**).

Una verdadera “première” uruguaya

Para Uruguay, la demanda de Philip Morris es la primera demanda en su historia. Según registros oficiales del CIADI, se trata de un Estado que ha sido demandado en tan solo dos ocasiones, la otra demanda se encuentra pendiente de resolución (ver [datos](#) oficiales sobre ambas demandas). Cabe recordar que hace más de 20 años, en 1995, la primera demanda interpuesta contra un Estado de América Latina ante el CIADI fue contra Costa Rica (caso de la Hacienda Santa Elena, resuelto mediante laudo del CIADI en el 2000), después de sufrir Costa Rica presiones externas de Estados Unidos para que ratificara la Convención de 1965, acto que realizó en 1993 (**Nota 2**): recordemos (en particular para el lector más joven) que, gracias a esta ratificación “forzada”, una propiedad adquirida en 1970 por un precio de 395.000 US\$, fue objeto de un demanda internacional contra Costa Rica interpuesta en mayo de 1995 por 41 millones de US\$ ante el CIADI, el cual decidió en su laudo del 17 de febrero del 2000 ordenar un pago indemnizatorio a Costa Rica por 16 millones de US\$.

Más recientemente, en abril del 2016, un Estado con mayor experiencia en el CIADI que la de Costa Rica o de Uruguay, Venezuela, fue condenado por el CIADI a pagar la suma de 1.386 millones de US\$ a una empresa minera canadiense (ver [nota](#)). En el 2012, Ecuador fue condenado a pagar a un consorcio norteamericano de empresas petroleras Occidental Petroleum la suma de 1.770 millones de US\$, un monto jamás ordenado por un tribunal del CIADI (ver [texto integral](#) del laudo arbitral, adoptado por 2 votos a favor y uno en contra).

Como tuvimos la oportunidad de precisarlo con relación al último tratado bilateral de inversiones (más conocido como TBI) ratificado por Costa Rica en el 2016, los TBI y las cláusulas CIADI que contienen encuentran su origen en un discurso muy en boga en los años 90: “*Un dogma (que a la fecha se ha mantenido incólume en muchos sectores) consistió en considerar en aquellos años que la inversión extranjera era garantía de*

crecimiento económico y de desarrollo: los indicadores sociales en buena parte de América Latina 15 años después evidencian que algunos bemoles se debieron de imponer. /.../ Un dogma asociado al anterior (y que se mantiene también muy presente en algunos sectores) es que sin TBI no hay inversión extranjera: este dogma hace a un lado algunas realidades difíciles de obviar, como por ejemplo el hecho que Brasil, 5ª economía mundial, no ha ratificado ninguno de estos tratados” (ver nuestra [nota](#) sobre el acuerdo bilateral de inversiones China-Costa Rica publicada en el Observatorio de la Política de China, p. 2)

Brasil, primer receptor de inversión extranjera en América Latina, no es parte a la Convención de Washington de 1965, (al igual que México, Cuba, o República Dominicana y la misma Canadá hasta el 2013) ni ha ratificado un solo de los TBI que ha suscrito. Por su parte, Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado la Convención de 1965 (en el 2007, 2010 y 2012 respectivamente); al igual que la India, Indonesia o Sudáfrica, estos Estados de América Latina han procedido a renegociar o a suspender varios de sus TBI en aras de limitar de manera sustancial el alcance de las cláusulas CIADI insertas en algunos de ellos.

La demanda de Philip Morris contra Uruguay se basó en el TBI vigente entre Uruguay y Suiza: un tratado bilateral redactado de tal manera por los negociadores suizos, que también ha dado pie para una demanda contra Costa Rica interpuesta por un grupo de accionistas suizos dueños... de una empresa de gas mejicana que opera en Costa Rica (**Nota 3**).

La decisión del CIADI

En su laudo arbitral dado a conocer el pasado 8 de julio del 2016 (ver [texto completo](#)), el CIADI rechaza los cargos presentados por la empresa tabacalera, y falla a favor de Uruguay, condenando a la empresa a pagar 7 millones de US\$ a Uruguay así como a asumir los gastos de funcionamiento del CIADI (que ascienden a unos 1,5 millones de US\$). Se lee en este [artículo](#) de prensa que: *“Uruguay sostuvo que las medidas que adoptó fueron en su rol legítimo de regulador y en pos de velar por la salud de la población; que se tomaron en cumplimiento del Convenio Marco del Control del Tabaco (CMCT), y que fueron efectivas para descender el porcentaje de fumadores en el país. Solicitó, por tanto, que se desestimara el reclamo de Philip Morris y se compensara a Uruguay por todos los gastos en los que incurrió en el proceso judicial”*.

En una etapa preliminar, Uruguay había cuestionado la competencia del CIADI, basándose en el hecho que su sistema judicial (tribunal contencioso administrativo y juez constitucional) había conocido de acciones legales contra esta legislación entre el 2008 y el 2009, y que el juez uruguayo había confirmado su plena validez dentro del ordenamiento jurídico uruguayo (ver detalle de las acciones legales en los párrafos 153-167 del laudo de pasado 8 de julio del 2016). El 2 de julio del 2013, el tribunal arbitral del CIADI se había declarado competente, rechazando los alegatos presentados por Uruguay (ver [texto completo](#) de su decisión sobre su competencia).

Un detalle de interés para juristas

En su decisión sobre la pretendida denegación de justicia a la empresa tabacalera, los miembros del tribunal precisan que: *“The relationship between the parallel administrative and constitutional systems is critical in determining whether justice was denied. That system was in place before the Claimants invested in Uruguay. The Claimants’ knowledge of this relationship is evidenced by Abal’s procedural stance in challenging the 80/80*

Regulation. The Respondent further rejects the Claimants' contention that the alleged contradictory character of the two decisions, means, ultimately, that the Claimants were deprived of a decision on the legality of Decree 287. On the contrary, there was a clear legal decision on the constitutionality of Law 18,256 and the validity of its implementing Decree, respectively. Each decision was "reasonably substantiated." Both courts received vigorous argument from both sides (Abal/MPH), and subsequently reviewed, analyzed, adjudicated upon the claims and dismissed them" (párrafos 513-514). Con relación a la constitucionalidad de un texto, a distinguir de la legalidad del mismo (que una empresa minera canadiense recientemente consideró oportuno incluir en su demanda contra Costa Rica alegando también "contradicciones" del sistema judicial costarricense), el tribunal del CIADI indica que: "According to the Tribunal, the simple fact is that the Supreme Court and the TCA are co-equal under the Uruguay constitutional system. Both have original and exclusive jurisdiction: the SCJ to determine the constitutionality of a law; the TCA to declare the validity or illegality of an administrative act adopted pursuant to a law determined to be constitutional, examining whether the administrative act is "contrary to a rule of law or under a distortion of authority" (párrafo 522). En sus apreciaciones finales sobre el sistema judicial uruguayo, los tres árbitros del CIADI aclaran no obstante que: "In the Tribunal's view, it is unusual that the Uruguayan judicial system separates out the mechanisms of review in this way, without any system for resolving conflicts of reasoning. The Tribunal believes, however, that it would not be appropriate to find a denial of justice because of this discrepancy. The Claimants were able to have their day (or days) in court, and there was an available judicial body with jurisdiction to hear their challenge to the 80/80 Regulation and which gave a properly reasoned decision. The fact that there is no further recourse from the TCA decision, which did not follow the reasoning of the SCJ, seems to be a quirk of the judicial system" (párrafo 527).

Posiblemente poco familiarizados con las peculiaridades del sistema constitucional vigente en Uruguay (como es lo usual cuando se revisa la trayectoria y hoja de vida de quienes son llamados a ser árbitros en el CIADI), los integrantes del tribunal señalan también que: "*In other words, the failure of the TCA to follow the Supreme Court's interpretation of Articles 9 and 24 of Law 18,256 may appear unusual, even surprising, but it is not shocking and it is not serious enough in itself to constitute a denial of justice. Outright conflicts within national legal systems may be regrettable but they are not unheard of" (párrafo 529).*

El peso de un "amicus curiae"

Ante los alegatos de la empresa tabacalera multinacional con relación al carácter supuestamente "arbitrario" de las medidas tomadas para proteger la salud de los uruguayos, los árbitros del CIADI parecen haber tomado en consideración, además de los argumentos de Uruguay, el "*amicus curiae*" sometido al tribunal arbitral por parte de un tercero: en este caso, la Organización Mundial para la Salud (OMS, más conocida por sus siglas en inglés WHO) y de su homóloga panamericana (OPS o PAHO en inglés). La lectura del fallo no permite saber hasta qué punto la iniciativa de estas dos organizaciones internacionales pudo influenciar a los árbitros, pero el hecho merece ser señalado: es posiblemente la primera vez en la historia del CIADI que sus árbitros reciben un "*amicus curiae*" proveniente de dos órganos internacionales en materia de salud (uno de carácter universal, parte del sistema de Naciones Unidas, otro de carácter regional, perteneciente al sistema interamericano).

En el párrafo 391 del laudo arbitral, leemos que: "*Both measures have been implemented by the State for the purpose of protecting public health. The connection between the*

objective pursued by the State and the utility of the two measures is recognized by the WHO and the PAHO Amicus Briefs, which contain a thorough analysis of the history of tobacco control and the measures adopted to that effect. The WHO submission concludes that “the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health”. The PAHO submission holds that “Uruguay’s tobacco control measures are a reasonable and responsible response to the deceptive advertising, marketing and promotion strategies employed by the tobacco industry, they are evidence based, and they have proven effective in reducing tobacco consumption”.

Los gastos en honorarios de abogados

Notemos que en el párrafo 583 de la decisión arbitral dada recientemente a conocer, se lee que Uruguay debió sufragar gastos para su defensa que ascienden a más de 10 millones de US\$ (el monto exacto dado a conocer es de: 10.319.833.57), mientras que la empresa reconoció haber gastado casi 17 millones de US\$ (16.906.045.46). Estos datos confirman nuevamente el alto costo que significa para el erario público de un Estado el enfrentar demandas de este tipo. Actualmente, en la región centroamericana, El Salvador espera una decisión del CIADI con relación a una demanda interpuesta en el 2009 por una empresa minera por no haber renovado una concesión minera (caso [Pacific Rim Cayman LLC](#), por 300 millones de US\$): una nota reciente indica que El Salvador ya ha destinado 13 millones de US\$ en gastos relacionados con su defensa (ver [nota](#) de prensa). Por su parte, Costa Rica fue demandada en el 2014 por la empresa minera canadiense Infinito Gold al ver su proyecto suspendido por decisión de la justicia costarricense en el 2010, confirmada en el 2011 (caso [Infinito Gold Ltd](#), por 94 millones de US\$) (**Nota 4**). Recientemente, Panamá fue demandado de igual forma por una empresa minera norteamericana por 268 millones de US\$ (**Nota 5**).

Colombia se estrenará en el CIADI con la demanda planteada en marzo del 2016 por la corporación suiza Glencore con base en... el TBI Colombia-Suiza (ver [ficha técnica](#)): en un [artículo](#) sobre la anatomía de un escándalo se leyó (en febrero del 2016) en Colombia que: “*los señores de Glencore están conminando a la Contraloría General a que se arrodille, a que se arrodille el Estado colombiano y a que, en una diligencia de conciliación, le pidamos perdón y le devolvamos 62.000 millones de pesos*”. Esta primera demanda que enfrenta Colombia en el CIADI, y que desde el 2011 la Embajada de Estados Unidos en Bogotá preveía (**Nota 6**), bien podría ser seguida de otras anunciadas por empresas mineras: varios consorcios de empresas mineras han anunciado su intención de demandar a Colombia por unos 16.500 millones de US\$ (ver [nota](#)), a raíz de un fallo de la Corte de Constitucionalidad de Colombia de febrero del 2016 que prohíbe la minería en los páramos colombianos (ver [nota](#) de El Espectador).

Notemos que América Latina es una región objeto de una sostenida actividad del CIADI: de los 212 casos actualmente pendientes de resolución ante el CIADI al momento de redactar estas breves líneas, 58 conciernen a Estados de América Latina. Según los datos proporcionados en el sitio oficial del CIADI, Argentina acumula un total de 53 casos (de los cuales 17 pendientes de resolución) y Venezuela, 40 casos (de los cuales 24 en espera de resolución). Aparecen luego México (suscriptor de un gran cantidad de TBI y tratados de libre comercio) que totaliza 17 demandas (de las cuales dos pendientes de resolución), Perú con 15 casos (de los cuales tres pendientes), Ecuador 14 (dos en proceso) y a Costa Rica con 10 casos acumulados, de los cuales 5 actualmente en proceso de resolución.

En el párrafo 590 conclusivo del laudo del tribunal del CIADI a favor de Uruguay, se lee que:

“For the reasons set forth above, the Tribunal decides as follows: (1) The Claimants’ claims are dismissed; and (2) The Claimants shall pay to the Respondent an amount of US\$7 million on account of its own costs, and shall be responsible for all the fees and expenses of the Tribunal and ICSID’s administrative fees and expenses, reimbursing to the Respondent all the amounts paid by it to the Centre on that account”.

Breves valoraciones conclusivas

Pese a una gran cantidad de titulares de prensa refiriendo a la “victoria” uruguaya y a la “derrota” de la tabacalera, esta nueva decisión del CIADI viene a evidenciar nuevamente los efectos negativos del sistema de arbitraje de inversión para las economías de los Estados de América Latina. Estos van más allá de los únicos honorarios que las finanzas públicas deben sufragar ante cada una de las demandas planteadas en su contra. En muchos casos, se trata de demandas abusivas que buscan forzar a un Estado a frenar sus políticas públicas en materia de salud, de ambiente, de protección del recurso hídrico, en materia de protección de poblaciones indígenas, entre otros ámbitos; o bien en materia de recortes presupuestarios, lo cual explica la inédita situación actual de España, con 27 demandas pendientes de resolución ante el CIADI (**Nota 7**).

Estas demandas también pueden buscar producir un efecto disuasivo en otros Estados, en los que temblorosos decisores políticos se pueden de pronto ver inclinados por la mayor prudencia y cautela al ver a un Estado demandado cuando adopta algún tipo de legislación o regulación específica.

Decisiones ya no políticas, sino de la misma justicia nacional, y que resulten ser negativas para el inversionista extranjero, también están llevando a sus abogados a recurrir ante el CIADI: intentar obtener ante el CIADI lo que (como en el caso de Uruguay) la justicia nacional había declarado legal o (como en el caso de Infinito Gold en Costa Rica, totalmente ilegal) pareciera entonces constituirse en una muy cuestionable tendencia a la que se está prestando el CIADI.

Nicolás Boeglin

Notas:

Nota 1: Sobre los efectos negativos para la economía de los Estados de América Latina del sistema instituido por el CIADI en 1965 y consolidado con la red de TBI adoptados de manera profusa en los años 90, remitimos al muy completo artículo de **ZABALO P.**, *“América Latina ante las demandas inveror-Estado”*, Revista de Economía Mundial, Núm. 31 (Mayo-Agosto, 2012), pp. 261-296. Texto disponible [aquí](#). Sobre las diversas estrategias de los Estados de la región latinoamericana para limitar el alcance de ciertos tratados con cláusulas muy favorables para el inversionista extranjero, véase el análisis detallado de la profesora Katia Fach Gomez: **FACH GOMEZ K.**, *“Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI”*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Medellín, Colombia), Vol. 40 (Dic. 2010), No. 113, pp. 439-454, disponible [aquí](#). Más modesta, remitimos al lector a nuestra breve nota publicada en diciembre del 2013 en inglés: **BOEGLIN N.**, *“ICSID and Latin America Criticism, withdrawal and the search for alternatives”*, Bretton Woods Project, December 3, 2013, texto disponible [aquí](#).

Nota 2: El caso de la adhesión de Costa Rica a la Convención CIADI es bastante ilustrativo en América Latina. Costa Rica firmó la Convención de Washington que establece el CIADI en 1981, pero la ratificó tan solo 12 años después, en 1993. Este plazo se debe a la renuencia de Costa Rica a

ratificarla mientras no se resolviera el caso de Santa Elena ante sus tribunales nacionales. El caso Santa Elena refiere a una expropiación realizada con motivo de la creación del Parque Nacional Santa Rosa en 1978, la cual dio lugar a un reclamo por parte de la Compañía de Desarrollos de Santa Elena SA, controlada por ciudadanos norteamericanos, por 6,400.000 US\$: el Estado ofrecía un monto de 1,900.000 US\$, considerando que la propiedad había sido adquirida en 1970 por dicha sociedad a un precio de 395.000 US\$. Ante la falta de acuerdo, y posterior a la ratificación de Costa Rica en 1993 de la Convención CIADI, la compañía reclamó el 31 de mayo de 1995 a Costa Rica el pago de 41 millones de US\$, y el CIADI decidió en su **laudo** del 17 de febrero del 2000 ordenar un pago indemnizatorio de 16 millones de US\$. Se lee en un **memorandum** de la GCAB (*Global Committee of Argentina Bondholders*) sobre la situación en Argentina que esta decisión de Costa Rica resultó de presiones directas de Estados Unidos en relación al caso Santa Elena: " *En los años 90, después de un reclamo por una supuesta expropiación de un inversionista norteamericano, Costa Rica se rehusó a someter la controversia a un arbitraje del CIADI. El inversionista norteamericano invocó la enmienda Helms y se suspendió un préstamo de 175 millones de US\$ del Banco Interamericano de Desarrollo a Costa Rica. Costa Rica consintió someterse al procedimiento del CIADI, y el inversionista norteamericano recuperó 16 millones US\$*" (Traducción libre del autor). En una nota de La Nación de 1997 (ver **nota**) sobre acciones indebidas de parte del senador Helms por problemas de ciudadanos norteamericanos, se lee que: " *La conducta de este senador compagina con su pretensión, en 1993, de bloquear los préstamos para Costa Rica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para que se pagara la expropiación de la hacienda Santa Elena, propiedad de Joseph Hamilton*".

Nota 3: El tratado bilateral de inversiones de Costa Rica con Suiza (firmado en agosto del 2000 y aprobado el 12 de febrero del año 2002 - ver **texto** de la ley 8218) ha dado lugar a una demanda contra Costa Rica en el 2013 ante el CIADI de un grupo de accionistas suizos denominado *Cervin Investment S.A.* que controla mayoritariamente a la empresa mexicana Gaz Z por 30 millones de US\$ (ver **ficha técnica** de la demanda, caso ARB 13/2): este caso, que se origina en intentos en Costa Rica para regular la distribución del gas, se encuentra pendiente de resolución, con audiencias realizadas el pasado 11 de julio del 2016, según indica la ficha sobre detalles procesales disponible **aquí**.

Nota 4: Sobre este caso contra Costa Rica, que, al parecer no ha despertado mayor interés en la literatura especializada, pese a tratarse de un proyecto minero altamente cuestionado, objeto de una serie de escándalos en Costa Rica a partir del 2008, remitimos al lector a nuestra breve nota: **BOEGLIN N.**, " *La solicitud de Costa Rica de poner término a la demanda de Infinito Gold ante el CIADI: breves reflexiones*", OPALC, Sciences-Po Paris, 15 de agosto del 2015. Texto disponible **aquí**.

Nota 5: Sobre esta última demanda contra Panamá, remitimos al lector a nuestra nota: **BOEGLIN N.**, " *A propósito de la reciente demanda contra Panamá ante el CIADI: breves apuntes*", OPALC, Sciences Po, Paris, mayo 2016, disponible **aquí**.

Nota 6: En una nota preparada por la Embajada de Estados Unidos en Bogotá de mayo del 2011 (y destinada a las empresas norteamericanas interesadas en invertir en Colombia) se reconocía la dificultad que presentaba para el inversionista extranjero la legislación colombiana (al restringir la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional), pero informaba que la suscripción de numerosos Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) por parte de Colombia podría cambiar la situación: se lee textualmente en esta nota que: " *Since Colombia has become party to FTAs and multilateral and bilateral investment treaties, the number of international investment arbitration cases between investors and State entities will increase. These arbitration processes may help to change Colombian case law because FTAs, BITs and multilateral investment treaties empower arbitration tribunals to decide cases related to breach of treaty standards of investment protection*".

Nota 7: A raíz de un recorte en las subvenciones estatales para proyectos de producción de energía eólica y solar, España se ha visto inundada de demandas que la colocan por encima de Venezuela y de Argentina en el CIADI. En estos momentos, de los 212 casos pendientes registrados en el CIADI, España acumula 27 demandas (según las [cifras oficiales](#) del CIADI a la hora de redactar esta nota), seguida por Venezuela (24) y Argentina (17). En América Latina, luego de Venezuela y Argentina, aparecen con mayor número de demandas registradas en el CIADI Costa Rica (con cinco demandas), Perú (con tres demandas), Ecuador, México y Panamá (con dos cada uno), así como Bolivia, Colombia, El Salvador, con una demanda pendiente de resolución.

Nicolás Boeglin : *Profesor de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (UCR).*

La fuente original de este artículo es Globalización

Derechos de autor © [Prof Nicolas Boeglin](#) and [Matt H.](#), Globalización, 2016

[Comentario sobre artículos de Globalización en nuestra página de Facebook](#)
[Conviértase en miembro de Globalización](#)

Artículos de: [Prof Nicolas Boeglin](#) and [Matt H.](#)

Disclaimer: The contents of this article are of sole responsibility of the author(s). The Centre for Research on Globalization will not be responsible for any inaccurate or incorrect statement in this article. The Center of Research on Globalization grants permission to cross-post original Global Research articles on community internet sites as long as the text & title are not modified. The source and the author's copyright must be displayed. For publication of Global Research articles in print or other forms including commercial internet sites, contact: publications@globalresearch.ca

www.globalresearch.ca contains copyrighted material the use of which has not always been specifically authorized by the copyright owner. We are making such material available to our readers under the provisions of "fair use" in an effort to advance a better understanding of political, economic and social issues. The material on this site is distributed without profit to those who have expressed a prior interest in receiving it for research and educational purposes. If you wish to use copyrighted material for purposes other than "fair use" you must request permission from the copyright owner.

For media inquiries: publications@globalresearch.ca