



Marcela Tabakian
Doctoranda predoctoral
Dpto. DIPRI UGR

LAUDO ARBITRAL ENTRE URUGUAY Y PHILIP MORRIS INTERNACIONAL

PRECISIONES PREVIAS

La política uruguaya contra del tabaco: bajo el liderazgo del expresidente, el médico oncólogo, Dr. Tabaré Vázquez (2005-2010), profesional en el ejercicio de la medicina hasta el momento de asumir como presidente, Uruguay se convirtió en un líder en el control del tabaco.

Las medidas incluyeron: prohibiciones integrales de fumar en todos los espacios públicos cubiertos; prohibiciones de publicidad en sectores sensibles como el deporte y el entretenimiento y restricciones más amplias de ventas y marketing, entre otras.

La decisión de demandar a Uruguay: Las acciones de la tabacalera contra Uruguay y contra otros países como Australia que adoptaron medidas similares, se constituyó en un intento de detener la tendencia mundial hacia una cajilla de cigarrillos sin contenido publicitario, con advertencias de la aptitud nociva para la salud y en definitiva en la lucha antitabaco. Philip Morris cuestionó entre otras la decisión de Uruguay (como Estado parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco) de incrementar la advertencia del impacto negativo del tabaco en la salud a un 80% de la cajilla de los cigarrillos.

ARGUMENTOS DE LAS PARTES y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

EXPROPIACIÓN REGULADA POR EL ARTÍCULO 5(1) DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN RELATIVA A LA COMPENSACIÓN POR DESPOSESIÓN

1. En su demanda PMI alegó que al prohibir siete las trece variantes y disminuir sustancialmente el valor de las restantes, el Demandado expropió los activos de la marca, incluida la propiedad intelectual y los frutos asociados a cada una de sus variantes, en violación del Artículo 5 del TBI y como tal corresponde el pago de una compensación. PMI manifestó que las medidas adoptadas por Uruguay interfieren sustancialmente con sus inversiones de marca en dicho país, afectando el valor de su marca y privando a PMI del retorno correspondiente.
2. **Estado Uruguayo** sostuvo que la normativa y el reglamento 80/80 no pueden considerarse expropiatorias, ya que fueron adoptados en ejercicio legítimo del poder de policía del Estado para proteger la salud pública. Por otra parte, la filial de PMI en Uruguay continuó siendo rentable, por lo que las Medidas atacadas no han tenido un impacto económico severo en el negocio de los Demandantes. Los Demandantes como inversionistas no tenían derechos susceptibles de ser expropiados bajo la ley que los creaba, de acuerdo con el derecho uruguayo, a los registrantes de marcas se les confiere solo un derecho negativo, el derecho a excluir a otros de su uso, y no un derecho afirmativo para usarlos. PMI no tenían un título válido para las marcas comerciales, ya que no registraron las modificaciones realizadas en las características descriptivas de esas variantes cuyo uso se vio afectado por las Medidas impugnadas.
3. **El tribunal sostuvo:** que el título legal de la propiedad que representa la inversión de los Demandantes no se vio afectado por las Medidas impugnadas. Claramente, el reclamo de los Demandantes se relaciona con expropiación de hecho. Las Partes

divergen en cuanto al umbral para encontrar expropiación indirecta, demandados sostienen que la interferencia con los derechos del inversionista, ya sea reglamentaria o no, debe privar sustancialmente a la inversión de su valor, la Demandada sostiene que tal interferencia debe haber “desprovisto casi de valor a los restantes derechos del inversionista.” El Artículo 5 (1) del TBI se refiere a "cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto" que una expropiación o una nacionalización. Por lo tanto, la expropiación indirecta según el Tratado se define de una manera diferente y aparentemente más estricta que en otros tratados que hacen referencia a medidas, cuyo efecto sería "equivalente" a la nacionalización o expropiación. Para que pueda considerarse una expropiación indirecta, la interferencia de las medidas del gobierno con los derechos del inversionista debe tener un impacto adverso importante en las inversiones de PMI. Las medidas del Estado deben equivaler a una "privación sustancial" de su valor, uso o disfrute, y "factores determinantes" a tal efecto son "la intensidad y duración de la privación económica sufrida por el inversionista como resultado de tales medidas.”

En opinión del Tribunal, si implementadas las medidas desafiadas, la inversión mantiene un valor suficiente, no hay expropiación. Asimismo, consideró que las medidas impugnadas se encuentran dentro del ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado uruguayo. Finalmente entendió que el TBI “no impide que Uruguay, en ejercicio de sus poderes soberanos, regule productos nocivos para proteger la salud pública aun después de haber admitido la inversión.”

DENEGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 3 (2) DEL TRATADO

a. **PMI** alega que al promulgar las Medidas impugnadas, la Demandada sometió sus inversiones a un trato inequitativo e injusto en violación del Artículo 3 (2) del TBI por las siguientes razones: (i) las regulaciones son arbitrarias porque "no sirven" un propósito público y, causan un daño sustancial a los Demandantes," (ii) las medidas socavan expectativas legítimas de los Demandantes con respecto al uso y disfrute de sus inversiones, incluida la de los Demandantes de que se les permitiría usar sus valiosos activos de marca; y (iii) las regulaciones “destruyen la estabilidad legal que Uruguay prometió en el TBI y en la que PMI se ha basado para desarrollar y desplegar los activos de su marca.”

b. **El Estado** considera que las medidas adoptadas se encuentran lejos de ser “atroces,” “impactantes,” “de mala fe.” El Reglamento SPR y 80/80 se adoptó de buena fe y de manera no discriminatoria para proteger a la población. El reclamo de los actores no puede prosperar, ya que se trata de una medida regulatoria razonable, conectada con los objetivos de salud pública del Estado. La Demandada alega además que PMI no puede presentar un reclamo basado en FET cuando sus propias acciones fraudulentas crearon la necesidad de tomar las medidas que ahora desafían.

c. **El Tribunal:** A los efectos de determinar si existió o no trato justo y equitativo el Tribunal valoró las acciones del gobierno uruguayo contrastándolas el caso *ELSI*. En que la “arbitrariedad” fue definida como “un acto de desprecio deliberado hacia el debido proceso legal, un acto que conmociona, o al menos sorprende, en un sentido jurídico.” En base a esta definición, el Tribunal concluye que las medidas impugnadas no fueron “arbitrarias.”

La OMS y los Informes *Amicus* de la OPS en el que se formula un análisis exhaustivo de la historia del control del tabaco y las medidas adoptadas a tal efecto, reconocieron la conexión entre el objetivo perseguido por el Estado y la utilidad de las dos medidas. La OMS concluye que “las medidas uruguayas en cuestión son medios efectivos para proteger la salud pública.” La OPS

sostiene que “las medidas de control del tabaco en Uruguay son una respuesta razonable y responsable a las estrategias engañosas de publicidad, mercadeo y promoción empleadas por la industria del tabaco, están basadas en evidencia y han demostrado ser efectivas para reducir el consumo de tabaco”.

La normativa adoptada por Uruguay siguió las sugerencias del Convenio Marco para el Control del Tabaco. En resumen, el SPR se considera que no fue una medida arbitraria, extremadamente injusta, injusta, discriminatoria o desproporcionada. A esta conclusión se arriba considerando su impacto menor en los negocios de PMI. El Tribunal concluye, por mayoría, que su adopción no infringió el Artículo 3 (2) del TBI. Consideró además, que el presente caso refiere a una decisión de política legislativa tomada en el contexto de un fuerte consenso científico sobre los efectos letales del tabaco. A este respecto, deben respetarse las decisiones de las autoridades nacionales para abordar un problema de salud pública.

IMPLICANCIAS DEL CASO A NIVEL MUNDIAL

La sentencia del caso Philip Morris y Uruguay tuvo implicancias importantes en la administración de la salud mundial. El primero, tiene que ver con la intersección entre el derecho privado y el derecho público, en la aplicación de los principios generales del derecho al ámbito de las relaciones privadas. En el ámbito del Estado se ha calificado como constitucionalización del Derecho Privado o neoconstitucionalismo. Específicamente el caso nos enfrenta a la interrogante de qué lugar debe darse a la salud en vista de los tratados de comercio e inversión.

La segunda implicancia refiere al control gubernamental sobre la protección y promoción de la salud de sus ciudadanos y en general sobre todos sus deberes de policía. El espacio político de los gobiernos es de suma importancia para la protección de la salud. Es claro que, en aras de atraer el comercio y la inversión, los gobiernos inevitablemente han venido cediendo soberanía; sin embargo, este caso marca hasta qué punto se renuncia a la soberanía y hasta qué punto las medidas de salud se ven comprometidas por las disposiciones de los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales.

Como precedente para futuros litigios acerca de control del tabaco determina el alcance del CMCT para legitimar la legislación gubernamental de control del tabaco. La regulación de las cajillas de tabaco (por ejemplo, etiquetas de advertencia y envases simples) es una intervención importante para disuadir a los no fumadores de convertirse en fumadores y alentar a los fumadores a dejar de fumar; “también es una intervención que la industria del tabaco ha trabajado para resistir en el pasado.”

El laudo es relevante también para a quienes se encuentran en cargos de dirección en temas de salud mundial ya que marca un norte en cuanto a cómo usar el derecho internacional para apoyar las decisiones gubernamentales de protección de la salud.

Fuera del ámbito estricto de salud, *Philip Morris v Uruguay* establece el estándar para el ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado. Específicamente para no incumplir el de trato justo y equitativo. El tribunal ha resumido el actuar del Estado de la siguiente forma: *la acción debe tomarse de buena fe, con el propósito de proteger el bienestar público, no debe ser no discriminatoria y debe ser proporcionada.*

El tribunal de Philip Morris aplicó además la prueba de proporcionalidad al afirmar que ambas medidas impugnadas “fueron proporcionales al objetivo que pretendían alcanzar, aparte de su impacto adverso limitado en el negocio (del inversor).” Tras sostener que las medidas fueron tomadas por Uruguay con el fin de proteger la salud pública en cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales, afirmó que habían sido adoptadas de buena fe y no eran discriminatorias, arbitrarias o innecesarias. En particular, el enfatizó que las dos medidas impugnadas eran medidas de salud pública dirigidas a la reducción del tabaquismo y que podían

contribuir a su logro. Señaló además que el impacto en la inversión había sido menor en su inversión.

Bibliografía

BJORKLUND, A. K., “The emerging civilization of investment arbitration,” *Penn State Law Review*, vol. 13, 2009, núm. 4, pp. 1269-1300.

BOATWRIGHT, P., CAGAN, J., KAPUR, D., SALTIEL, A., “A step-by-step process to build valued brands,” *Journal of Product & Brand Management*, vol. 18, 2009, pp. 38- 49.

DOLZER, R. Y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford, University Press, 2008.

HAIGH, D., “Brand valuation: what it means and why it matters, brands in the boardroom”, *IAM Supplement*, vol. 1, 2006, disponible en: www.brandfinance.com/Uploads/pdfs/BrandValuation_Whatandwhy.pdf. Consultado por última vez el 19/07/2021.

LENCUCHA, R., LABONTE, R. DROPE, J., “Tobacco plain packaging: too hot for regulatory chill,” *The Lancet*, Vol. 385, 2015, núm. 9979, p. 1723, May 02, 2015, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/275656059_Tobacco_plain_packaging_too_hot_for_regulatory_chill, consultado por última vez el 19/07/2021.

MITCHELL, A.D. Y STUDDERT, D.M., “Plain Packaging of Tobacco Products in Australia a Novel Regulation Faces Legal Challenge,” *JAMA*, vol. 307, 2012, núm. 3, pp. 261-262.

ORTINO, F., *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

REINISCH, A. “The Role of Precedent in ICSID Arbitration,” *Austrian Arbitration Yearbook*, 2008, pp. 495-510.

ROBERTS, M.J. Y SAMUELSON, L., “An empirical analysis of dynamic, nonprice competition in an oligopolistic industry,” *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, 1988, núm. 2, pp. 200-220.

WEILER, T., “Philip Morris vs. Uruguay. An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law,” Report # 1 for Physicians for a Smoke Free Canada, Todd Weiler, Investment Treaty Counsel, 28 July 2010. Disponible online: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/2010-07-28_-_expert_opinion.pdf consultado por última vez el 19/07/2021.