

Philip Morris vs. Uruguay

Conclusiones del Arbitraje del Tribunal Internacional

En febrero de 2010, tres compañías subsidiarias de Philip Morris Internacional (PMI)¹, iniciaron una demanda internacional² frente al Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionista (CIADI), un panel arbitral del Banco Mundial. PMI alegó que dos medidas de control de tabaco de la regulación de Uruguay violaban un Tratado Bilateral de Inversiones con Suiza³. PMI llevó el reclamo luego de que las disputas legales en las cortes domésticas uruguayas presentadas por sus subsidiarias fallaran. El panel de tres árbitros publicó su decisión el 8 de julio de 2016, desestimando todos los reclamos de PMI y compensando a Uruguay por sus costos legales (7 millones de dólares).

Las dos “Medidas Impugnadas” requieren:

1. Advertencias sanitarias grandes, que cubran el 80% del frente y el dorso de los paquetes de cigarrillos; y
2. Que cada marca de cigarrillo se limite a una sola variante o tipo de marca (eliminando familias de marcas, para abordar la evidencia de que algunas variantes pueden confundir a los consumidores e implicar falsamente que algunos cigarrillos son menos dañinos que otros), conocida como Requerimiento de Única Presentación (RPU)⁴.

Los reclamos: Los Tratados de Inversión Bilaterales (TBI) son acuerdos entre dos Estados, que tienen por objetivo fomentar la Inversión Extranjera Directa al proveer ciertas protecciones y garantías para los inversores del otro Estado. Estos tratados permiten a los inversores extranjeros iniciar demandas de arbitraje internacional para discutir regulaciones gubernamentales. PMI argumentó que las advertencias sanitarias dejaban espacio insuficiente en los paquetes para el uso de su marca e imagen comercial como fueron diseñadas, y que la RPU significaba que no podían comercializar ciertas marcas como Marlboro Gold. PMI, entonces, argumentó que Uruguay había infringido los términos del TBI.

1. Las Medidas Impugnadas *expropiaban* los derechos de propiedad de PMI en su marca comercial sin compensación;
2. Las Medidas Impugnadas eran arbitrarias porque no estaban fundadas en evidencia para demostrar que funcionarían y entonces no daban a PMI un *Trato Justo y Equitativo*;
3. Las Medidas Impugnadas no cumplían con las *Expectativas Legítimas* de PMI de un ambiente con regulación estable ni permitían tener ganancia con el uso de los activos de su marca;
4. Las cortes uruguayas no habían lidiado apropiada o justamente con las disputas legales de PMI y por ende había *Denegación de Justicia*.

Philip Morris solicitó una orden para revocar las Medidas Impugnadas y una compensación de \$25 millones de dólares.

LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Esta decisión tan esperada abordó un número de aspectos legales fundamentales en relación al equilibrio entre los derechos de los inversores y el margen disponible para que los Estados

regulen en la salud pública. A pesar de que no hay un sistema de antecedentes vinculantes en el arbitraje internacional, el desarrollo de la jurisprudencia de un tratado de inversión implica que cada decisión tiene un valor más amplio y puede ser muy importante⁵.

Esta decisión subrayó la importancia la Convención Marco para el Control de Tabaco (CMCT) de la OMS en el establecimiento de los objetivos de control de tabaco. Asimismo, destacó su valor de referencia para la utilización de evidencia de base para desarrollar medidas de control de tabaco, a la vez que confirmó que los Estados no necesitan recrear evidencia local. Abordó el amplio “margen de apreciación” y deferencia provisto a la soberanía estatal en la adopción de medidas o decisiones concernientes a la salud pública. El tribunal además identificó que un Estado no debe probar una relación causal directa entre la medida y cualquier resultado observado de salud pública –sino que es suficiente que las medidas sean un intento de abordar una problemática de salud pública y sean tomadas de buena fe.

La decisión establece un estándar extremadamente alto para los inversores extranjeros que quieran llevar una disputa sobre inversiones a arbitraje cuando se trate de una medida de salud pública no discriminatoria que tenga un legítimo objetivo y sea tomada de buena fe.

Cuando la decisión sea citada directamente, el número párrafo será colocado entre corchetes [¶]. Se agrega énfasis con subrayado.

La importancia legal del CMCT de la OMS (relevante para todas las medidas de control de Tabaco)

El tribunal dio permiso para que la OMS y el Secretariado del CMCT, así como la OPS, envíen escritos como *amicus curiae*. El documento de la OMS/Secretariado del CMCT establecía que:

“La medida adoptada por Uruguay se adoptó a la luz de un conjunto sustancial de pruebas de que las advertencias sanitarias con imágenes de gran tamaño constituyen un medio efectivo para informar a los consumidores de los riesgos vinculados con el consumo de tabaco y desalentar su consumo. Existe asimismo un conjunto sustancial de pruebas de que prohibir las variantes de una marca constituye un medio eficaz para evitar marcas engañosas de los productos de tabaco.” [¶38]

El documento de OPS establecía que:

“Las medidas de control del tabaco del Uruguay constituyen una respuesta razonable y responsable a las estrategias de publicidad, comercialización y promoción engañosas empleadas por la industria tabacalera, se basan en pruebas fehacientes, y han demostrado ser efectivas para reducir el consumo de tabaco.” [¶43]

El Tribunal halló que las Medidas Impugnadas tenían base en y fueron apoyadas en las obligaciones y recomendaciones del CMCT y esto fue clave en su determinación de que las Medidas Impugnadas no eran arbitrarias (y que no violaban la cláusula de *Trato Justo y Equitativo* del TBI)

- El Tribunal destacó que la Ley 18.256 de Control de Tabaco⁶, bajo la cual las Medidas Impugnadas fueron aprobadas, expresamente establecen que son adoptadas de acuerdo a las obligaciones de Uruguay en virtud del CMCT. El Tribunal continuó diciendo que: “Se debe destacar que la RPU y la Regulación del 80/80 se han adoptado en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud

pública.” [¶302]

- El Tribunal estableció que: “Para un país con recursos técnicos y económicos limitados, tal como Uruguay, la adhesión al CMCT y su participación en el proceso de cooperación científica y técnica y de presentación de informes e intercambio de información representó un medio importante, si no indispensable, para adquirir el conocimiento científico y la experiencia de mercado relevantes para la correcta implementación de sus obligaciones en virtud del CMCT...” [¶393]
- Y subrayó que el CMCT es un tratado basado en evidencia tal que “en dichas circunstancias no era un requisito que Uruguay realizara estudios adicionales o recabara más evidencia en respaldo de las Medidas Impugnadas.” [¶396]

Derechos del Estado para regular para salud pública, la evidencia requerida y el margen de apreciación (relevante para todas las medidas de salud pública)

El “derecho a regular” en el interés público y el alcance o flexibilidad dada a los Estados en virtud del régimen internacional de inversiones es objeto de debate. El Tribunal dio firmes determinaciones que los Estados tienen permitido un amplio “margen de apreciación” y que tienen una gran deferencia en relación a las medidas de salud pública; además hizo referencias a lo que los Estados deben “probar” en relación a las medidas de salud pública.

- “Es cierto que es difícil y podría ser imposible demostrar el impacto individual de las medidas como la RPU o la Regulación del 80/80 en forma aislada. Las investigaciones motivacionales en relación con el consumo de tabaco son difíciles de realizar (como lo han reconocido los peritos de ambos lados). Además, las Medidas Impugnadas se introdujeron como parte de un amplio plan para el control del tabaco y es difícil desglosar sus distintos componentes. Sin embargo, el hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores, y que estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del Tribunal, esto es suficiente para desestimar el reclamo planteado en virtud del Artículo 5(1) del TBI.” [¶306]
- “La observación de carácter general se relaciona con el “margen de apreciación” que debe ser reconocido en las autoridades regulatorias cuando generan determinaciones de políticas públicas. Según las Demandantes, el “margen de apreciación” no se aplica en el presente procedimiento ya que es un concepto aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar la redacción específica del Artículo 1 del Protocolo del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], no de una disposición análoga perteneciente al TBI.” [¶398] “El Tribunal concuerda con la Demandada en que el “margen de apreciación” no se circunscribe al contexto del TEDH, sino que “se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de TBI”, al menos en ámbitos tales como el de la salud pública.” [¶399]
- “La responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos se debe respeto al “ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe...lo que involucra

numerosos factores complejos”. Tal como sostuviera otro tribunal constituido en un caso de inversión, “[l]a única pregunta que debe responder el Tribunal... es si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha legislación.” [¶399]

- “Al fin y al cabo el Tribunal no cree que sea necesario decidir si la RPU tuvo realmente los efectos que pretendía el Estado, sino que lo relevante es determinar si constituyó una medida “razonable” cuando fue adoptada. Independientemente de que la RPU fuera eficaz o no para abordar las percepciones públicas que el tabaco es saludable o de si las empresas pretendían, o pretendieron en el pasado, engañar al público sobre este asunto, es suficiente sostener, a la luz del estándar aplicable, que la RPU constituyó un intento de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe.” [¶409]

Expropiación (relevante para el empaquetado genérico)

El Tribunal desestimó el reclamo de expropiación por dos motivos. El primero es que las medidas no tuvieron efecto sustantivo en privar a los reclamantes del valor de sus inversiones *en general* (porque ellos tuvieron la posibilidad de continuar su negocio de venta de tabaco en Uruguay) – y adicionalmente porque las regulaciones eran un ejercicio válido del derecho del Estado para regular en miras al bien común (poder de policía).

Valor de la propiedad del reclamante

- “El Tribunal considera que a fin de determinar si la RPU tuvo un carácter expropiatorio en el presente caso, el negocio de Abal debe considerarse en su conjunto, puesto que la medida afectó a sus actividades en su totalidad.” [¶283]
- En la opinión del Tribunal, respecto de un reclamo basado en la expropiación indirecta, no habrá expropiación *mientras persista un valor suficiente tras la implementación de las Medidas Impugnadas*. Tal como confirmaran las decisiones en materia de tratados de inversión, la pérdida parcial de las utilidades que hubiese generado la inversión en el supuesto que la medida no se hubiese adoptado, no le confiere a la medida un carácter expropiatorio.” [¶286]

Uso del “poder de policía” (o el derecho del Estado para regular en el interés público)

- “En la opinión del Tribunal, la adopción de las Medidas Impugnadas por parte de Uruguay constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado” [¶287] “*La protección de la salud pública se ha reconocido como una manifestación esencial del poder de policía del Estado por mucho tiempo*” [¶291]
- “*Se debe destacar que la RPU y la Regulación del 80/80 se han adoptado en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública.*” [¶302]

Los derechos de uso de marca comercial de las compañías tabacaleras (relevantes para el empaquetado genérico)

En sus disputas legales a las leyes estrictas de empaquetado, incluyendo las advertencias sanitarias grandes, la RPU y el empaquetado genérico, las compañías tabacaleras discuten que el registro de una marca comercial les provee con el derecho a usar esas marcas comerciales, aun cuando ese uso sea contrario al interés público. Este planteo fue analizado y desestimado en el caso de la Corte Suprema de Reino Unido sobre empaquetado genérico⁷, y es parte de la disputa en contra el empaquetado genérico de Australia en la Organización Mundial de Comercio⁸.

- “El Tribunal señala que *nada en el Convenio de París establece en forma expresa que una marca otorgue el derecho positivo al uso*” [¶260] “*ninguna parte del Acuerdo ADPIC⁹, suponiendo que fuera de aplicación, establece un derecho de uso*” [¶262] “Las Demandantes aducen también que una marca es un derecho de propiedad para el derecho uruguayo, que por ende le otorga un derecho de uso. Nuevamente, *nada en su argumento fundamenta la conclusión de que una marca otorga un derecho inalienable de usar la marca.*” [¶266]
- “La titularidad de una marca, en ciertas circunstancias, sí otorga un derecho de uso de la marca. *Se trata de un derecho de uso que existe frente a terceros, un derecho exclusivo, pero relativo. No es un derecho absoluto que pueda oponerse al Estado en su calidad de regulador.* (...) Las fuentes legales citadas por las Demandantes no avalan de ninguna manera la conclusión de que una marca equivalga a un derecho absoluto e inalienable de uso que de algún modo esté protegido o garantizado contra las regulaciones que puedan limitar o restringir ese uso. Además, tal como señalara la Demandada, esta no es la primera vez que la industria tabacalera ha sido sujeta a regulaciones que afectan el uso de las marcas.” [¶267-268]
- “El Tribunal entiende que conforme al derecho uruguayo o a los convenios internacionales de los que Uruguay es parte, *el titular de una marca no goza de un derecho absoluto de uso, libre de toda regulación, sino de un derecho exclusivo de excluir a terceros del mercado de modo que sólo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio, sujeto a la potestad regulatoria del Estado.*” [¶271]

Expectativas legítimas de un ambiente regulatorio estable (relevante para todas las medidas de salud pública)

Parte del reclamo de PMI de que no se le dio un *Trato Justo y Equitativo* fue basado en que ellos tenían la expectativa legítima de que el ambiente regulatorio no cambiaría dramáticamente, y que en particular, si ellos tuvieran permitido registrar sus marcas comerciales legalmente, entonces podrían esperar que su uso para el propósito registrado no sería limitado.

- “Los fabricantes y distribuidores de productos nocivos, tales como los cigarrillos, no pueden tener expectativas de que no se impongan regulaciones nuevas y más onerosas” [¶429]

- “Por el contrario, a la luz de las articulaciones ampliamente aceptadas sobre la preocupación internacional por el efecto nocivo del tabaco, la expectativa sólo podría haber sido contar con una regulación cada vez más estricta de la venta y el uso de los productos de tabaco. Tampoco es una objeción válida a una regulación el hecho de que sea pionera.”[¶430]

Denegación de justicia

Las subsidiarias de PMI presentaron una serie de disputas legales en contra de las Medidas Impugnadas en las cortes domésticas de Uruguay, las cuales fallaron en su totalidad. En el caso arbitral, PMI reclamó que dos cortes diferentes dieron razones contradictorias para la constitucionalidad del requerimiento del 80%. También reclamó que la corte estudiando los reclamos de PMI en contra la RPU se basó demasiado demasiado en otra sentencia que había desestimado un reclamo de British American Tobacco en contra la misma medida. El tribunal sostuvo que las decisiones domésticas, “podían parecer inusuales, incluso sorprendentes”, pero que:

- “...los tribunales arbitrales no deberían actuar como un tribunal de apelaciones para hallar una denegación de justicia, menos aún como organismos encargados de mejorar la arquitectura judicial del Estado.”[¶528]
- En general, cuando consideran las impropiedades procesales, los tribunales arbitrales han adoptado un estándar alto para la denegación de justicia “Para que exista una denegación de justicia en virtud del derecho internacional deben existir “pruebas claras de ... un indignante fracaso del sistema judicial” o una demostración de “injusticia sistémica”...” [¶500]

Opinión disidente

El árbitro citado por PMI, Gary Born, disintió en dos asuntos: (1) el reclamo de denegación de justicia en relación a los procesos de las cortes uruguayas; y (2) que la RPU no fue requerido o contemplado por el CMCT y que en el contexto de los hechos y el registro de evidencia, la RPU fue arbitraria y desproporcionada de manera manifiesta y por ende no acordaba con el *trato justo y equitativo*. El árbitro disidente adoptó la postura de que “La prueba documental es clara al demostrar que no hubo discusión o consideración interna de significancia alguna en cuanto a la regulación de la presentación única en el ámbito del Ministerio de Salud Pública (o en cualquiera otra entidad de gobierno de Uruguay)” [¶123]

Sin embargo, en su fallo disidente establece que “acuerdo con casi todas las conclusiones de la decisión del Tribunal”. Él estuvo de acuerdo con que las advertencias sanitarias del 80% no infringían los términos del TBI. También acordó con los principios legales fundamentales que impactan en la habilidad del Estado para adoptar medidas de salud pública. Gary Born no estuvo de acuerdo con los otros dos árbitros en la manera en que esos principios fueron aplicados al caso de la RPU pero no discrepó con la formulación de los principios en sí mismos. Mientras que su postura no prevaleció, esto enfatiza que las medidas de salud pública serán más robustas frente a reclamos legales, si los

gobiernos hacen un esfuerzo tan fuerte como sea posible para justificar y presentar evidencia y fundamentos.

Uso de este documento:

Este documento apunta a proveer un corto resumen de algunos aspectos claves que tienen una amplia relevancia en la legislación internacional de control de tabaco o las medidas de salud pública adoptadas por gobiernos soberanos y a brindar orientaciones sobre secciones de una sentencia larga que puede ser observada con más detalle si es requerido. No es un análisis legal definitivo, ni provee un resumen integral del fallo.

References

¹ 1. Philip Morris Products S.A. (Filial suiza de Philip Morris International), 2. Abal Hermanos S.A. (una compañía uruguaya de productos de tabaco) 3. FTR Holdings S.A. (un conglomerado suizo que posee a Abal Hermanos S.A. – reemplazado en el reclamo por Philip Morris Brand Sarl)

² Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) contra Republica Oriental del Uruguay (Caso CIADI N.º ARB/10/7). El pedido de arbitraje, la opinión de un experto, la sentencia de jurisdicción y ordenes procesales están disponibles en inglés en: <http://www.italaw.com/cases/460>

³ El Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras entre Suiza y Uruguay de 1991, puede encontrarse en inglés en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3121>

⁴ Ordenanza 514 del Ministerio de Salud Pública, con fecha del 18 de agosto de 2008.

⁵ Antecedente en el Arbitraje de in Tratado de Inversión “Analysis of a Developing Jurisprudence”. Jeffery P. Commission, *Journal of International Arbitration* 24(2): 129–158, 2007.

⁶ Ley 18.256, con fecha de 6 de marzo de 2008 (C-33).

⁷ R (British American Tobacco & Ors) v Secretary of State for Health [2016] EWHC 1169 (Admin).

<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/bat-v-doh-judgment.pdf>

⁸ Resumen del gobierno de Australia de su disputa, disponible en inglés en: <http://dfat.gov.au/international-relations/international-organisations/wto/wto-dispute-settlement/Pages/wto-disputes-tobacco-plain-packaging.aspx>

⁹ El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) es un tratado internacional administrado por la Organización Mundial de Comercio (OMC) que establece estándares mínimos para muchas formas de propiedad intelectual que aplica para nacionales de otros países miembros de la OMS.