

**IV COMPETENCIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN,
BOGOTÁ D.C.**

MEMORIAL PARTE DEMANDADA

EQUIPO N° 11¹

Caso CIADI No. ARB/000/00

SILVERPORT AMÉRICA

(Demandante)

c.

FEDERACIÓN DE MONTERROSO

(Demandada)

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dolores Ortiz, presidenta

Antonio Rapiño, árbitro

Beatriz Claro, árbitro

¹ Por el presente certificamos que esta memoria ha sido escrita en su totalidad por los miembros de este equipo

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	ii
LISTA DE ABREVIATURAS	iv
BIBLIOGRAFÍA	vi
A. Laudos y decisiones:	vi
B. Doctrina:	viii
C. Tratados, Informes y Convenios Internacionales:	x
HECHOS	1
PRIMERA PARTE: ARGUMENTOS DE ORDEN PROCESAL	4
CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:	4
I. NO EXISTE CONSENTIMIENTO OTORGADO POR LAS PARTES PARA ACUDIR A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI	4
II. EL INVERSIONISTA CARECE DE <i>IUS STANDI</i> PARA INICIAR EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 7	7
III. LA PRESENTE DISPUTA ES DE CARÁCTER CONTRACTUAL, Y ESTE TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE INVERSIÓN	10
A. La presente disputa es de carácter contractual	10
B. La inexistencia de una cláusula paraguas implica para el CIADI la imposibilidad de conocer de la presente controversia:	14
C. En el presente caso las disposiciones del contrato, relativas a la solución de controversias son prevalentes:	16
IV. EL TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ADPIC POR PARTE DE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO:	17
A. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC tiene jurisdicción exclusiva frente a las posibles vulneraciones al ADPIC:	17
B. No es posible entender que el TBI celebrado entre las partes modifica la obligación que tienen las mismas de acudir al Órgano de Solución de Controversias de la OMC:	18
ARGUMENTOS DE ORDEN SUSTANCIAL:	21
V. LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO HA INCUMPLIDO NINGUNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD CONTRACTUAL	21
A. En el presente caso no existe ninguna cláusula paraguas que cree la posibilidad al Estado de violar una obligación internacional contenida en el APPRI a partir de una disposición contractual	21
B. Las medidas fiscales protegidas por la cláusula de estabilidad son taxativas y no involucran tributos de otro tipo	23

C.	El inversionista renuncio a la cláusula de estabilización por declarar y pagar los impuestos.	27
VI.	LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO INFRINGIÓ LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A SILVERPORT	29
A.	La Federación de Monterroso no vulneró las legítimas expectativas de Silverport	30
B.	Las medidas adoptadas por Monterroso son el resultado de la planificación y cumplimiento de compromisos internacionales, no son arbitrarias.....	38
VII.	LAS MEDIDAS TOMADAS POR LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO CONSTITUYEN EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LA SUPUESTA INVERSIÓN DE SILVERPORT AMÉRICAS:	41
A.	Las medidas tomadas por el Estado no fueron discriminatorias:	41
B.	El fin de las medidas es el bienestar público:.....	42
C.	Las medidas son razonables para la consecución del objetivo propuesto:	42
VIII.	PETITORIO.....	44

LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
¶/¶¶	Párrafo/párrafos
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, contenido en el Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
APPRI	Acuerdo entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico para la Promoción y Protección de las Inversiones, firmado entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico, suscrito por las partes en el año 2010.
Art. / Arts.	Artículo/ artículos
CIADI/Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados firmado en Washington, D.C., en 1965.
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada en Viena en 1969.
CMCT	Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, firmado en Ginebra en 2003.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
ESD - Entendimiento	Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, contenido en el Anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

lit.	Literal
núm.	Numeral
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Controversias de la OMC
p./pp.	Página/páginas
RAE	Real Academia de la lengua española
TBI	Tratado Bilateral de Inversión

BIBLIOGRAFÍA**A. Laudos y decisiones:**

Tribunal	Caso
	Caso CIADI (1983)
CIADI	<i>Amco Asia Corporation y otros C. la República de Indonesia</i> . Decisión sobre jurisdicción
	ARB/00/5 (2001)
CIADI	<i>Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana Venezuela</i> . Decisión sobre jurisdicción.
	ARB/97/3 (2002)
CIADI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina</i> . Decisión sobre la anulación
	ARB (AF)/99/1 (2002)
CIADI	<i>Marvin Roy Feldman Karpa c. United Mexican States</i>
	ARB/02/6 (2003)
CIADI	<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. VS República de Filipinas</i> . Decisión del Tribunal a las objeciones de jurisdicción.
	ARB/02/18 (2004)
CIADI	<i>Tokio Tokelés v. Ucrania</i> . Decisión de Jurisdicción.
	ARB/03/7 (2005)
CIADI	<i>Camuzzi International S.A. c. La República de Argentina</i>
	ARB/02/3 (2005)
CIADI	<i>Aguas de Tunari v. República de Bolivia</i> . Decisión sobre jurisdicción
	ARB/01/3 (2007)

Enron Corporation y Ponderosa Assets c. La Republica de Argentina.

	ARB/03/9 (2008)
CIADI	<i>Continental Casualty Company c. República de Argentina</i>
	ARB/03/15 (2011)
CIADI	<i>El Paso Energy International Company c. La República de Argentina.</i> Decisión sobre jurisdicción.
	ARB/10/2 (2013)
CIADI	<i>Convial Callao S.A. y CCI c. Perú. Convial Callao S.A. y CCI c. Perú.</i>
	ARB/12/22 (2015)
CIADI	<i>Venoklim Holding B.V c. República Bolivariana de Venezuela.</i>
	ARB/10/7 (2016)
CIADI	<i>Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay.</i>
CNUDMI - UNCITRAL	(2006). <i>Saluka Investments c. República Checa.</i> Laudo Parcial.
CNUDMI - UNCITRAL	(2016) <i>International Thunderbird Gaming Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos</i>
Informe del Grupo Especial - OSD-OMC	WT/DS332/AB/R (3 de diciembre de 2007) <i>Brazil - Measures affecting imports of retreaded tyres</i>
Informe del Grupo Especial - OSD-OMC	WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS291/R (29 de septiembre de 2009) <i>European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products</i>
	WT/DS241/R

Informe del

Grupo (23 de abril de 2013) Argentina - Derechos antidumping
Especial - definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil
OSD-OMC

Órgano de WT/DS308/AB/R

Apelación - (6 de marzo de 2006) Mexico - Tax measures on soft drinks
OSD-OMC

B. Doctrina:

Autor	Obra
Allen, B., & Soave, T.	(2014). Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration. <i>LCIA Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration</i> , 1-58.
Álvarez Gutiérrez, F. J.	(2003). El tabaquismo como problema de salud pública. En M. Barrueco, M. Á. Hernández Mezquita, & M. Torrecilla, <i>Manual de Prevención y Tratamiento del Tabaquismo</i> (págs. 27-68). Madrid: Ergón.
Ávila, F.	(2015). Sin perjuicio de. Obtenido de ambitojuridico.com: https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/sin-perjuicio-de
Carmody, C.	(2006). WTO Obligations as Collective. <i>The European Journal of International Law</i> , 419-443.
Castro, J., & Bohanes, J.	(2004). Solución de Diferencias en la OMC. Obtenido de CAM Santiago - Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Publicaciones.: www.camsantiago.com/articulos_online/43_10%2024%20Presentation.ppt

Esguerra (2011). Las cláusulas de jurisdicción exclusiva en los tratados de libre Comercio suscritos por Colombia. Un intento insuficiente frente a la A. jurisdicción de la OMC. Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías - GECTI, 1-40.

Gaillard, E. “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, Revue de l’Arbitrage, p. 868, note 43

Hollis, D. B. (2012). The Oxford Guide to Treaties. Oxford.

Marceau, G. (2001). Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions - the relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties. Journal of World Trade, 1081-1131.

Pérez pacheco, Y. (2005). Consentimiento estatal al arbitraje CIADI. Lecciones y Ensayos, Nro. 91, 2013. pp. 19-57

Pérez Escalona, S. (2010) Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional. Universidad de la Rioja.

Real Academia Española. (2014) Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Obtenido de: <http://www.rae.es/rae.html> <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Schreuer, C. (2009). Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures. En C. Rogers, & R. Alford, The Future of Investment Arbitration (págs. 183-198). Nueva York: Oxford University Press.

Schreuer, C. (2004). “Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in the Road” pp. 231-256

Soler Reyes, M. (2005). El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos. Facultad de derecho, Universidad de Chile. Pp. 6 - 70

Vives Chillida, J. (1998): El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, España.

C. Tratados, Informes y Convenios Internacionales:

Autor del Informe	Título
Directores Ejecutivos del Banco mundial	(1965). Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. En: Convenio CIADI. Washington, D.C., EE.UU. 2006
Organización Mundial de la Salud.	(Julio de 2015). Centro de Prensa: El Tabaco, nota descriptiva no. 339. Obtenido de Sitio de la OMS Organización Mundial de la Salud: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/

HECHOS

FECHA	DESCRIPCIÓN	CASO
1999 +/-	El Estado de Monterroso crea el Programa de Promoción de Inversión Extranjera de Monterroso – “PPIED” que pretendía hacer frente a la crisis productiva del país mediante inversiones extranjeras que establecieran sus compañías en el país o por medio de la compra de empresas nacionales para el establecimiento de filiales, identificando el tabaco como sector clave para la implementación de esta estrategia.	§ 4
Enero de 2000	El Estado decidió buscar un inversionista extranjero aliado, para que tomara las riendas de la Industria Tabacalera de Monterroso (ITM). Silverport América adquiere todos los activos de ITM por el valor de 450 millones de dólares, posteriormente adquiere el 100% de las acciones de MonteTabaco por un valor de 200 millones de dólares.	§ 9 y 10
Marzo 15 de 2000	ITM – Silverport Centroamérica suscribe un contrato de inversión con la Secretaría de Desarrollo Industrial de la Federación de Monterroso por un término de 20 años, que contemplaba dentro de su proyecto la ampliación de planta de producción de ITM, el arrendamiento de unas tierras propiedad de la Federación de Monterroso y un contrato para el cultivo de hojas de tabaco.	§ 11
Marzo 20 de 2000	ITM suscribe con la ACA un contrato de compra de la cosecha de tabaco durante un término de 20 años.	§ 12
Diciembre 20 de 2009	Entra en vigencia el TBI tras la terminación de los procesos internos de aprobación	§ 13
Febrero 10 de 2010	Se expide la Ley Arnulfo Roca que impone restricciones a la publicidad, producción, comercialización y exportación de productos del tabaco.	§ 25

Febrero 25 de 2010	Silverport América consulta a la Secretaría del Estado sobre la afectación a la inversión existente entre ellos por la entrada en vigencia del TBI celebrado entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso.	§ 14
Marzo 10 de 2010	La Secretaría del Estado responde a la solicitud de Silverport América estableciendo que la inversión no se verá afectada en la medida en que se seguirá rigiendo por el vínculo contractual en atención a los derechos adquiridos.	§ 15
Enero de 2011	Pablo Cervantes, director ejecutivo de “Tabaco y Son” presenta una denuncia ante la Inspección de Comercio e Industria contra ITM y MonteTabaco por actos violatorios de la libre competencia.	§ 27
Febrero 08 de 2011.	La Inspección de Comercio e Industria ordena a ITM y MonteTabaco ajustar sus precios para que reflejaran el aporte contenido en la Ley Arnulfo Roca.	§ 28
	ITM y MonteTabaco cumplen con lo ordenado por la Inspección de Comercio e Industria y solicitan la apertura de una mesa de consulta con el Consejo de la Producción y la Inversión.	§ 29
Abril de 2011	Tras la solicitud de Silverport América, se inician acercamientos con la Federación de Monterroso, en búsqueda de una salida negociada del conflicto.	§ 39
Febrero 12 de 2012.	La Agencia de Tributos y Aduanas de la Federación de Monterroso notifica a ITM-Silverport Centroamérica y a MonteTabaco de la apertura de una investigación tributaria, por el no pago de la contribución de la Ley Arnulfo Roca.	§ 30
Mayo 20 de 2012.	La Agencia de Tributos y Aduanas emplaza al pago de la contribución con los respectivos intereses de mora antes de 30 días so pena de una sanción del 500% y la pérdida de exenciones tributarias.	§ 32

Marzo 04 de 2015. Tras el fracaso de las negociaciones, Silverport América notifica su intención de someter la controversia a arbitraje.

§ 44

PRIMERA PARTE: ARGUMENTOS DE ORDEN PROCESAL

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:

1. El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción ni competencia para conocer y resolver la controversia que se presenta entre la Federación de Monterroso y Silverport América. La estructura que se seguirá en el presente escrito será, en términos generales, la estructura planteada por la contraparte.
2. Este Tribunal no tiene jurisdicción, puesto que, no existe un consentimiento válidamente otorgado por las partes para someter esta controversia a arbitraje ante el Centro Internacional de Inversiones – CIADI. Además, Silverport América carece de *ius standi* para iniciar el presente procedimiento arbitral; la presente disputa es de carácter contractual, y este tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de la Federación de Monterroso en el marco del contrato de inversión; y finalmente, este Tribunal no tiene competencia para pronunciarse frente a la supuesta vulneración del ADPIC por parte de la Federación de Monterroso.
3. Posteriormente, y de manera subsidiaria, esta representación presentará sus objeciones frente a las supuestas vulneraciones de garantías sustanciales alegadas por la contraparte. Así, se demostrará que la Federación de Monterroso no vulneró el estándar de trato justo y equitativo, no frustró las legítimas expectativas de Silverport América y no expropió de forma indirecta su supuesta inversión.

I. NO EXISTE CONSENTIMIENTO OTORGADO POR LAS PARTES PARA ACUDIR A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI.

4. Este tribunal no tiene jurisdicción ni competencia para conocer de la presente controversia puesto que no existe consentimiento válidamente otorgado por parte del Estado para acudir a la jurisdicción del CIADI.
5. El informe de los directores ejecutivos acerca de la Convención de Washington, señala que el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del

CIADI, debe darse por escrito y existir en el momento en el que se presenta la solicitud al centro (Directores Ejecutivos, 1965; ¶¶ 23-24).

6. En el memorial de demanda, se señala que el Estado otorgó su consentimiento válidamente a través de una oferta arbitral que consta en el TBI, oferta que fue aceptada por Silverport América, con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la secretaria del CIADI y con la cual se perfecciona el consentimiento. (¶59, memoria parte demandante).
7. No obstante, el Estado nunca realizó una oferta de consentimiento para acudir a la jurisdicción arbitral, por lo tanto, la aceptación por parte del inversionista no pudo efectuarse de forma válida.
8. El consentimiento que otorga el Estado para acudir al CIADI se manifiesta en dos niveles, el primero se da con la firma o adhesión al Convenio CIADI y, el segundo, con la manifestación de voluntad de llevar un determinado conflicto al Tribunal Arbitral del CIADI. (Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana Venezuela. Decisión sobre jurisdicción, septiembre 27, 2001. Caso CIADI No. ARB/00/5). Tal como señala Soler Reyes (2005) no ocurre lo mismo con el inversionista extranjero, que no es parte del Convenio de Washington, quien otorga el consentimiento en único momento, posterior al consentimiento otorgado por el Estado.
9. Cuando el inversionista acepta la oferta de arbitraje realizada por el Estado, es necesario que tenga en cuenta las condiciones y limitaciones al consentimiento para recurrir a un arbitraje del CIADI, contenidos en el TBI o TLC, los requisitos de la ley que formula una oferta abierta a los inversionistas o, los términos del convenio arbitral, en el que se exprese tal oferta. (Pérez Pacheco, 2013)
10. En el presente caso, el primer párrafo del art. 13 del TBI suscrito entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico, relativo a la solución de controversias entre un inversionista y un Estado Parte, señala que:

Artículo 13. — Solución de controversias entre un inversionista y un Estado Parte.

“**Sin perjuicio de lo dispuesto** por las partes en otros convenios, tratados o acuerdos de cualquier naturaleza, y lo dispuesto, **en cada caso, por un Estado Parte y un nacional de la otra** que cumpla con los requisitos para ser considerado inversionista, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

(...)” [negrilla fuera del texto original].

11. El aparte señalado condiciona la oferta general de consentimiento de los Estados parte para acudir al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En ese sentido, se establece que, si existe un acuerdo de cualquier naturaleza entre un Estado parte y un nacional de la otra parte, se debe atender a lo dispuesto en tal acuerdo; y, en tal caso, las partes no estarán habilitadas para someter sus diferencias a la jurisdicción de un tribunal arbitral.
12. La expresión “sin perjuicio de”, es una locución adverbial, que según la RAE significa “dejando a salvo”, y que en términos de Fernando Ávila (2015) Es una secuencia que significa ‘sin daño’ o ‘sin pérdida’ de otro derecho, quiere decir que no se puede ir contra esa otra obligación.
13. En este caso, existe un acuerdo celebrado entre la Federación de Monterroso y Silverport América, contenido en el contrato de inversión suscrito por las partes, a través del cual, se acuerda que cuando surja una controversia relativa a la inversión, la controversia será resuelta por un tribunal provincial de la federación de Monterroso (Clausula vigésima sexta, contrato de inversión suscrito por las partes).
14. Tal disposición debe ser atendida por este tribunal, en atención al principio de buena fe, al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al principio de *Pacta Sunt Servanda* y al hecho de que el consentimiento del Estado receptor es una decisión libre y, en todo momento, será éste quien decida cuáles son las controversias que serán sometidas a la jurisdicción del CIADI y cuáles quedan excluidas. (Pérez Pacheco, 2013).
15. Al respecto, en tribunales arbitrales como el del caso Amco Asia Corporation y otros v. La República de Indonesia, se afirma que:

“Como cualquier otra convención, una convención de arbitraje no debe ser interpretada de manera restrictiva, ni, de hecho, de manera amplia o liberal. Debe interpretarse de una manera que conduzca a averiguar ya respetar la voluntad común de las partes: tal método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental *Pacta Sunt Servanda*, principio común, de hecho, a los sistemas de Derecho interno y al derecho internacional”. (Amco v. Indonesia, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, Caso CIADI) [Traducción realizada por el autor].

16. En este sentido, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 13 del TBI, en cual, los Estados parte señalaron que las disposiciones allí contenidas, relativas a la solución de controversias, se deben aplicar “sin perjuicio de” lo dispuesto en cada caso por un Estado parte y un inversionista, en un acuerdo de cualquier naturaleza.
17. Tal disposición, como se señaló previamente, excluye para el inversionista la oferta general contenida en el TBI, en tanto existe un acuerdo suscrito por las partes de la presente controversia que dispone un mecanismo de solución de controversias distinto al previsto en el TBI.
18. Al no existir una oferta por parte del Estado para acudir al arbitraje CIADI, el inversionista no pudo haber “aceptado” de forma válida tal oferta y, por tanto, no puede acudir a la jurisdicción de este tribunal arbitral, pues en el presente caso, no se cumple el requisito esencial de consentimiento de las partes, contenido en el art 25(1) del convenio CIADI.
19. En conclusión, este tribunal debe declinar la jurisdicción y competencia para conocer y resolver la presente disputa, pues como se argumentó de forma previa, no existe consentimiento de las partes para acudir a la jurisdicción CIAD

II. EL INVERSIONISTA CARECE DE *IUS STANDI* PARA INICIAR EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

20. Como se procede a señalar, Silverport América carece de *ius standi* para acudir ante este tribunal en tanto no se constituye como inversionista en términos del APPRI, por ser una empresa controlada de forma efectiva por la empresa matriz Silverport Westland, empresa que se constituye como el real inversionista y es nacional del Reino de Westland, país con

el que, hasta la fecha, la Federación de Monterroso no ha suscrito ningún tratado de protección de inversiones.

21. Señala el demandante que bajo la luz del art. 1 del TBI, “Empresa de una Parte” debe entenderse como “[u]na empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte...” y que por lo tanto Silverport debe entenderse como Nacional de la República del Pacífico atendiendo al criterio de incorporación, teniendo en cuenta que Silverport Centroamérica se constituyó como filial de Silverport Westland bajo las leyes de la República del Pacífico.
22. La contraparte desconoció que en el mismo art. 1 del TBI se define como inversión de un inversionista de una parte “una inversión de propiedad de un inversionista de dicha parte o controlada directa o indirectamente por él”, y que por ello se entiende que se debe dar prevalencia de la aplicación de la teoría de control efectivo para determinar la nacionalidad del inversionista (art. 1 TBI. Suscrito por las partes)
23. Si bien la teoría de la incorporación adoptada por el demandante, lleva inicialmente a concluir que la empresa se constituyó en la República del pacífico, se debe dar prevalencia a lo dispuesto en el TBI, ateniendo a la inclusión del término de “control directo o indirecto” del inversionista, teniendo en cuenta que la intención de las partes fue dar prevalencia a esta teoría ya planteada por el tribunal CIADI en el caso Venoklim c. Venezuela, que se pronunció al respecto concluyendo que: “poco importa dónde haya sido incorporada la persona jurídica; lo verdaderamente significativo para calificar a una persona jurídica de inversionista extranjero es la “propiedad” o el “control” que esa persona extranjera ejerza sobre la inversión”. (Venoklim Holding b.v. c. República Bolivariana de Venezuela. 2015. Caso CIADI ARB/12/22)
24. El término “control” puede ser entendido en interpretaciones variables, por lo cual el Artículo 31(2) de la Convención de Viena dispone que en caso de confusión o diversas interpretaciones, se debe establecer el “sentido corriente” de un vocablo o frase para dar claridad en caso de interpretaciones ambiguas y ayudar a los tribunales en este tipo de controversias acerca de la interpretación de los tratados.

25. La frase “controlada directa o indirectamente” puede ser objeto de confusión. El diccionario de la Real Academia Española define el término control como: “dominio, mando, preponderancia”, por lo que se puede entender que el objeto de las partes al establecer este término dentro del TBI, fue dar especial preponderancia en cuanto a la nacionalidad, a aquel inversionista que ejerza el dominio, mando o preponderancia real de la inversión.
26. En este orden de ideas, resultaría evidente que, si se toma el término “control directo o indirecto” en el sentido estricto de la palabra, sería Silverport Westland quien ejerce el control real de la inversión, en tanto es este quien posee el dominio, mando o preponderancia de la inversión, tal como se puede evidenciar desde la constitución de la inversión y el desarrollo de la misma. (¶7, hechos del caso)
27. Así mismo, Silverport Westland quien ejerce el control real económico, de dirección y accionario de la filial en la Federación de Monterroso y por lo tanto el real inversionista, es quien debe ejercer legítimamente los derechos emanados del control de dicha inversión, siendo que esto ha sido confirmado por el tribunal CIADI quien en el caso Aguas del Tunari c. Bolivia estableció que “el sentido corriente de la palabra “control” parecería abarcar tanto el ejercicio real de las potestades o facultades de dirección como los derechos que emanan de la titularidad de acciones. (Aguas de Tunari v. República de Bolivia. Decisión sobre jurisdicción. 2005. Caso CIADI ARB/02/3)
28. En cuanto a la determinación del control de Silverport Westland, es evidente que la casa matriz ordenó la constitución de la filial en Centroamérica, con el fin principal de lograr un puente en la expansión de mercados que aún no habían sido explorados por Silverport, y por lo cual resultaba que la Federación de Monterroso era ideal para el cumplimiento de ese objetivo, situación que el tribunal también ha considerado como elemento del control efectivo. En el pronunciamiento IADI sobre jurisdicción del caso Tokio Tokelés c. Ucrania concluyó que: “la inversión por parte del inversionista no se hubiera realizado, si no fuera determinante la decisión de este de establecer una Empresa en Ucrania y dedicarle a ella recursos de la casa matriz, sin esperar un retorno o ganancia que se viera reflejada en el inversor inicial.” (Tokio Tokelés v. Ucrania. Decisión de Jurisdicción. 2004. Caso CIADI ARB/02/18)

29. Respeto de la integralidad del término “control directo o indirecto” señala la autora Susana Pérez Escalona (2010) que “se valorara no sólo el control directo sino también el indirecto, valorando no sólo el porcentaje de titularidad del capital social, sino también los acuerdos sociales adoptados en el seno de la sociedad” (Perez, 2010), lo que llevaría al levantamiento del velo corporativo y que nuevamente nos llevaría como resultado a Silverport Westland como el real inversionista, en tanto la constitución de Silverport Centroamérica se realizó de acuerdo a los lineamientos dados por la matriz en Westland y son estos los que rigen el desarrollo de la inversión.
30. Teniendo en cuenta las anteriores razones, carece de jurisdicción este tribunal, en cuanto la nacionalidad real del inversionista no es objeto del TBI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso, y además no existe un TBI hasta la fecha en vigencia entre el Reino de Westland y la Federación de Monterroso.

III. LA PRESENTE DISPUTA ES DE CARÁCTER CONTRACTUAL, Y ESTE TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE INVERSIÓN.

31. Este tribunal no tiene competencia para dirimir la presente controversia puesto que: a) se trata de una disputa de carácter contractual, b) No existe una cláusula paraguas que permita al tribunal resolver las controversias contractuales; y, c) Las disposiciones del TBI no afectan lo señalado por el contrato, específicamente en lo relativo a la solución de controversias.

A. La presente disputa es de carácter contractual.

32. En principio, es menester notar que la competencia del Tribunal radica en la naturaleza de los reclamos, esto es, el Panel podrá dirimir una controversia en cuanto esta haya surgido en el marco de un TBI y no cuando se pretenda internacionalizar un conflicto puramente contractual. Lo anterior, toda vez que “Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado” (Compañía de Aguas del

Aconquija S.A y Vivendi Universal c. La República de Argentina. Decisión sobre la anulación. 2002. Caso CIADI No. ARB/97/3. ¶ 113), en este sentido, una vulneración del clausulado de un contrato no supone el incumplimiento de un Tratado de Inversión, como se señaló en el caso Convial Callao S.A. y CCI v. La República del Perú.

33. Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado
34. Ahora bien, ciertamente existen vulneraciones contractuales que pueden terminar por otorgar jurisdicción al Tribunal para resolver una controversia, como se reconoció en el precitado caso. No obstante, para que haya lugar a ello, ha de ser necesario que se haga un señalamiento del estándar internacional que se considera vulnerado, pues de no ser así, cualquier caso podría ser conocido por un Tribunal del CIADI por el mero hecho de que una parte considere que la vulneración de las obligaciones contractuales ha trascendido a una trasgresión del Tratado de Inversión.
35. Así las cosas, debe reconocerse que el art. 13 del TBI permite acudir a arbitraje únicamente bajo el cumplimiento de las reglas contenidas en su tenor literal, a saber:

Artículo 13. — Solución de controversias entre un inversionista y un Estado Parte.

Sin perjuicio de lo dispuesto por las partes en otros convenios, tratados o acuerdos de cualquier naturaleza, y lo dispuesto, en cada caso, por un Estado Parte y un nacional de la otra que cumpla con los requisitos para ser considerado inversionista, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente.
2. Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un período de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas, podrá ser remitido a las cortes o

tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional. En el último caso, el inversionista tendrá la opción de escoger entre alguno de los siguientes:

- (a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias, Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (“Convenio de Washington”); y
 - (b) Un tribunal ad-hoc que, a menos de un acuerdo distinto entre las partes de la disputa, deberá establecerse bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
3. Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocable al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior.
 4. Una vez que el inversionista haya remitido la disputa, ya sea a un tribunal nacional o a cualquier mecanismo de arbitraje internacional previsto en el párrafo 2 anterior, la escogencia del procedimiento será definitiva.
 5. Un inversionista no podrá remitir una disputa para su solución de acuerdo a este artículo si ha transcurrido más de seis años desde la fecha en que el inversionista adquirió por primera vez, o debió adquirir conocimiento de los eventos que llevaron a dicha disputa.
36. Al respecto, el numeral primero, señala que será procedente la aplicación del artículo siempre que una medida de una parte implique el incumplimiento de una obligación del TBI, de manera que no ha de ser susceptible de conocimiento de este Panel cualquier asunto relacionado con la estabilidad de la inversión, en tanto el Tratado no incluye una cláusula de este tipo.
37. En el mismo sentido, es resaltable que la contraparte no desarrolla una verdadera interpretación sistemática del artículo previamente citado, por cuanto pretende que el ordinal tercero sea la ruta habilitante para acudir al arbitraje por referirse a éste mecanismo

como apto para la resolución de cualquier disputa de inversión. De modo que pasa por alto que el mandato de tal ordinal únicamente aplica de conformidad con lo postulado por el ordinal segundo.

38. Por lo tanto, solo podrán ser objeto de arbitraje, en virtud de la facultad otorgada a las partes para seleccionar el foro al que deseen asistir, aquellas disputas de inversión de las que tratan los ordinales primero y segundo del artículo 13, esto es, las derivadas de un incumplimiento del Tratado y no de cualquier otro acuerdo o contrato. De suerte que no se puede afirmar, so pretexto del consentimiento diferido, que Monterroso ha aceptado dirimir cualquier disputa por la vía del arbitraje a preferencia del inversionista como aduce el demandante.
39. En suma, el TBI otorgó la posibilidad de acudir a arbitraje únicamente para dirimir disputas referentes a inversión que devengan de la vulneración del Tratado mismo. Adicionalmente, no es dable aducir que existe un consentimiento diferido para acudir a arbitraje por cuanto:

Las cláusulas de jurisdicción contenidas en los contratos y en los tratados de inversión son negociadas en cada caso por distintas partes y cumplen funciones diferentes: la protección de los derechos contractuales versus la protección de los derechos y garantías otorgadas por los tratados de garantías de inversiones. (Camuzzi International S.A. c. La República de Argentina. 2005. Caso CIADI No. ARB/03/7. ¶ 61).

40. De modo que no resulta extraño que la cláusula correspondiente del TBI se haya referido exclusivamente a las obligaciones emanadas del mismo Tratado, por lo que no es dable a este Tribunal pronunciarse en cuanto a la estabilidad aducida por el inversionista por tratarse de una obligación meramente contractual, cuyo incumplimiento debe reprocharse ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, conforme a lo estipulado en el Contrato de Inversión.
41. Con todo, es necesario notar que el eje central de la reclamación de la contraparte son las distintas modificaciones que trajo consigo la Ley Arnulfo Roca, por constituirse como una presunta vulneración a la cláusula de estabilidad contenida en la décima cuarta cláusula del Contrato de Inversión.

42. De esta suerte, habiendo dejado en claro que esta cláusula no hace parte del TBI y que cualquier vulneración a una obligación externa al mismo no será susceptible de arbitraje acorde con una interpretación sistemática del Tratado y específicamente de su artículo 13, no es posible que el Tribunal conozca de la reclamación del inversionista.

B. La inexistencia de una cláusula paraguas implica para el CIADI la imposibilidad de conocer de la presente controversia:

43. Como se señala en los apartes anteriores, el TBI no contempla la posibilidad de que los reclamos contractuales referidos (específicamente con relación a la cláusula de estabilidad) puedan ser conocidos por un Tribunal CIADI, ni la Federación de Monterroso consintió en que las controversias que se suscitaran producidas del contrato fueran a este foro en ningún otro acuerdo.

44. El Contrato estipula claramente que los reclamos que se susciten de este deberán ser conocidos por los foros locales de la Federación y la forma de elevarlos sería con la existencia de una de las denominadas “cláusulas paraguas”, también conocidas como “efecto espejo” en distintos laudos del CIADI. No obstante, en el Tratado no existe ninguna cláusula de este tipo.

45. Al respecto, doctrinantes como Emmanuel Gaillard (2003), señalan:

“Un examen histórico de los orígenes de las cláusulas de observancia de las empresas - "cláusulas con efecto espejo" - muestran "de la manera más clara" que la intención de los Estados que negocian y redactan tales cláusulas es permitir que un incumplimiento contractual se caracterice efectivamente como el incumplimiento de una obligación contractual internacional por el Estado receptor. El efecto de la cláusula es reflejar al nivel del derecho internacional lo que se analiza al nivel del derecho privado aplicable como simple violación contractual.” (Traducción realizada por el autor. Negrilla fuera del texto original)

46. En este mismo sentido Schreuer (2004), sostuvo:

“Se han agregado cláusulas paraguas a algunos TBIs para mejorar la protección adicional al inversor, más allá de los estándares internacionales tradicionales. A menudo se les conoce como "cláusulas paraguas" porque ponen compromisos contractuales bajo el paraguas protector del TBI”. (Traducción realizada por el autor).

47. Contrario sensu, si un Estado no consiente que una controversia contractual sea conocida por un Tribunal CIADI, ni contempla en un TBI que estos reclamos se entenderán amparados por una cláusula paraguas o efecto espejo y que por ende podrán ser elevados dichos reclamos al plano internacional, solo se puede afirmar que la conclusión de la contraparte carece de sustento en la medida en que refirió en el párrafo 71 de su escrito de demanda.

48. En dicho aparte se señaló que con base en lo dispuesto por el Tribunal del caso Vivendi c. Argentina “el hecho que el Contrato (...) remitía las diferencias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo no afectaba la jurisdicción del Tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI”. Sin embargo, en la decisión de anulación de dicho caso el Tribunal también señaló que:

“Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa [...]”; “[...] son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión por el derecho propio del contrato (¶¶ 95 y 96).

49. Es decir, contrario a lo alegado por el inversionista, en el citado caso Vivendi encontraba que los derechos emanados de un TBI le eran aplicables y que existía efectivamente una violación a los estándares de protección contenidos en los mismos.

50. Ahora bien, como se puede ver en el ¶81 de la demanda, los reclamos se basan en la cláusula décimo cuarta contenida en el contrato de inversión, es decir, en la supuesta violación a la estabilidad otorgada en el contrato de inversión, sin demostrar que aun si dicho

incumplimiento existiera constituiría la violación a un estándar de protección contenido en el TBI.

51. En conclusión, los reclamos se realizan con base en el contrato y no en el TBI, por lo que no pueden ser conocidos por este Centro, pues como ya se demostró, la Federación de Monterroso no consintió que el TBI fuera aplicable a las controversias de la inversión en cuestión, como consecuencia de una cláusula paraguas o efecto espejo; a la vez que se demostró que estos reclamos contractuales no pueden ser elevados al plano internacional, teniendo en cuenta que la contraparte no fundamentó cómo el supuesto incumplimiento constituye una violación de los estándares de protección contenidos en el TBI.

C. En el presente caso las disposiciones del contrato, relativas a la solución de controversias son prevalentes:

52. Por otro lado, el numeral 2 del art. 2 del TBI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso, señala que en caso de contradicción entre dicho acuerdo y otro aplicable permanecerá el primero. Posteriormente, el art. 13 dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto por las partes en otros convenios, tratados o acuerdos de cualquier naturaleza, y lo dispuesto en cada caso por un Estado parte y un inversionista, se podrá someter la reclamación a arbitraje, haciendo remisión posterior al CIADI.

53. De acuerdo a lo anterior, es claro que el art. 2 del TBI le da primacía a dicho tratado frente a otros ya existentes cuando haya contradicciones, por lo que no habiendo tal disparidad no hay lugar a ningún tipo de primacía. En el mismo sentido, es claro que el artículo 13 del TBI dispone que sin desmedro de lo dispuesto por un Estado parte y el inversionista en otros acuerdos de cualquier naturaleza, el CIADI no conocerá cuando las partes hayan seleccionado en otra norma otro foro porque el TBI respeta y avala lo pactado previamente en otros Tratados o Contratos de Inversión en materia de jurisdicción al haber introducido el término “sin desmedro”.

54. Así las cosas, es pertinente señalar que hay un Contrato de Inversión entre Monterroso e ITM – Silverport Centroamérica celebrado antes del TBI (año 2000), que en su cláusula vigésima sexta estipuló que las controversias de inversión se solucionarían en el derecho

interno de la Federación de Monterroso. Así, como el artículo 13 del TBI dispone que la jurisdicción del CIADI procederá sin desmedro de lo acordado previamente en la materia y que su contenido, habilita a las partes para acudir a arbitraje únicamente cuando se vulneren obligaciones del Tratado, es claro que no hay contradicción que configure la aplicación preferente del TBI, de manera que debe primar la voluntad de las partes referida a someter sus controversias a la jurisdicción interna.

55. Lo anterior se ha reafirmado en casos como *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. La República de Filipinas*, donde varios árbitros han sostenido que, en los casos de selección de foros concurrentes, debe primar el del contrato por sobre el de un tratado por ser el primero más específico, lo cual, no afecta el consentimiento de los contratantes, sino que lo ratifica, al haber un acuerdo directo entre uno y otro en el cual de manera voluntaria decidieron someterse a determinada jurisdicción.

56. Así las cosas, es erróneo el señalamiento de la contraparte en cuanto señala que, de acuerdo a los niveles de consentimiento en el arbitraje de inversión, el Estado acept  la jurisdicción del CIADI en el TBI y el inversionista hizo lo propio en la solicitud de arbitraje. Igualmente, incurre en un error al sostener que, si bien algunos laudos del CIADI disponen que la selección de foro del contrato prima sobre la del tratado, no pueden acoger eso por contrariar la autonomía de la voluntad.

IV. EL TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ADPIC POR PARTE DE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO:

A. El  rgano de Solución de Diferencias de la OMC tiene jurisdicción exclusiva frente a las posibles vulneraciones al ADPIC:

57. El artículo 42 del Convenio CIADI, en su numeral primero, establece la posibilidad que las partes tienen de acordar el derecho aplicable por el Tribunal. En el presente APPRI, es el artículo 15 el que define el derecho aplicable, y establece que los conflictos entre las partes deben resolverse de conformidad con las reglas de derecho internacional aplicables,

obligación también contenida en el artículo 31, numeral 3, literal c del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

58. Una de estas normas de derecho internacional es el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, contenido en el anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, por ser las partes del TBI también partes de la OMC, cuyo artículo 23, numeral 1, establece que los Miembros se comprometen a recurrir, de manera exclusiva, a sus normas y procedimientos para reparar toda reclamación respecto incumplimiento de alguna de las obligaciones de los acuerdos contenidos en su Apéndice 1, entre éstos, el ADPIC.
59. Sin embargo, y a pesar de dicha prohibición, el fundamento principal de la supuesta vulneración a los derechos de los inversionistas es la vulneración del ADPIC, tal y como es posible percibir en el escrito de demanda de la contraparte, y de forma particular, en los párrafos 36 y 96 del mismo; y en ese sentido, el Tribunal no tendría competencia para pronunciarse frente a tales vulneraciones.
60. Las mismas deberían ser conocidas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, y atendiendo a dicha circunstancia, el 4 de abril de 2013 el Reino de Westland inició consultas con la Federación de Monterroso en el marco de la OMC (¶34, hechos del caso), y la República del Pacífico, junto con otros 5 países miembros de la OMC, solicitaron ser asociados a las consultas el 11 de abril del mismo año (¶36, hechos del caso). Por tanto, el órgano competente ya está conociendo de los reclamos puestos de presente por el inversionista, y podrá pronunciarse frente a “[las medidas] que distorsionaron el mercado en detrimento de Silverport”, principal preocupación del inversionista (¶96, memoria parte demandante).

B. No es posible entender que el TBI celebrado entre las partes modifica la obligación que tienen las mismas de acudir al Órgano de Solución de Controversias de la OMC:

61. Ahora bien, el Entendimiento es un tratado multilateral, y el artículo 41 de la Convención de Viena prevé, en su numeral 1, la posibilidad de que dos de las partes modifiquen un

tratado multilateral únicamente en sus relaciones mutuas mientras (lit. a) tal posibilidad esté prevista en el tratado o (lit. b) mientras no esté prohibida por el mismo, a condición de que (i) no afecte el derecho que corresponde a las demás partes del tratado o el cumplimiento de sus obligaciones y (ii) no se refiera a ninguna disposición “cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”. (Hollis, 2012)

62. Para considerar la posibilidad de que exista una modificación de alguna obligación multilateral, es necesario analizar en cada caso en concreto si dicha obligación es susceptible de modificación y bajo qué términos, teniendo en cuenta elementos como la naturaleza de la obligación misma, el objeto y fin del tratado, y la forma en la que dicha modificación afectaría las obligaciones y derechos de los demás miembros del tratado, con el fin de saber si es susceptible de modificación. (Esguerra Cifuentes, 2011)
63. En el presente caso, el artículo 23, numeral 1, del Entendimiento no es susceptible de modificación y, por tanto, no sería posible que las partes en la presente controversia atribuyeran competencia al tribunal arbitral para conocer sobre una posible vulneración a lo establecido en el APPRI. Para probar la anterior afirmación, se analizarán los elementos mencionados respecto de los elementos que es necesario tener en cuenta frente a la modificación de un tratado multilateral.
64. El profesor Gerald Fitzmaurice, las obligaciones contenidas en un tratado multilateral pueden ser recíprocas o integrales. (Marceau, 2001) Éstas últimas sólo tienen sentido en el contexto del cumplimiento correspondiente de las obligaciones de todas las partes del tratado, y una violación de este tipo no sólo afecta a una parte sino también perjudica todo el régimen del tratado. (Esguerra Cifuentes, 2011)
65. En ese mismo sentido, y frente al tratado en discusión, el profesor Chios Carmody (2006) argumenta que las obligaciones de jurisdicción en torno a la OMC son colectivas por naturaleza, situación que se deriva de los objetivos de formación del GATT (Carmody, 2006), y que además surge del reconocimiento de que el sistema de solución de controversias sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados (ESD – art. 3 núm. 2).

66. De la misma forma, la jurisprudencia del OSD-OMC ha entendido el acceso a la jurisdicción no sólo como un derecho sino como una obligación de los Estados Miembro, obligación tendiente a fortalecer el sistema multilateral de comercio. (Esguerra Cifuentes, 2011)
67. Ejemplo de esto es lo mencionado por el Órgano de Apelación en el caso México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras medidas, caso que establece, por un lado, que “el objetivo del sistema de solución de diferencias de la OMC consiste en resolver el asunto debatido en casos concretos y hallar una solución positiva a las diferencias” y por otro, que “si un grupo especial de la OMC decidiese no ejercer su jurisdicción en un asunto concreto, su decisión entrañaría la reducción de los derechos que corresponden al Miembro reclamante en virtud del ESD y de otros acuerdos abarcados de la OMC” (¶41) (Mexico - Tax measures on soft drinks, 2006). Los tribunales en los casos EC – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil y Brazil - Measures affecting imports of retreaded tyres han llegado a conclusiones similares. Esguerra Cifuentes, 2011) (European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, 2009),(Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, 2003) y (Brazil - Measures affecting imports of retreaded tyres, 2007)
68. Por tanto, es posible concluir que el Tribunal no es competente para conocer de cualquier alegación cuyo fundamento legal sea uno de los tratados de la OMC, de manera particular, el ADPIC, en virtud de lo dispuesto por el artículo 23, numeral 1, del Entendimiento. Ahora, y aún si fuera posible entender que el APPRI es un pacto en contrario frente a dicha disposición, la misma no es susceptible de ser modificada por las partes, por su naturaleza.
69. Este Tribunal, entonces, debe declarar que no tiene competencia para conocer de la controversia que se presenta entre las partes, en atención a los argumentos anteriormente esbozados.
70. Se demostró la falta de consentimiento por parte del Estado para someter la controversia a arbitraje, situación que excluiría la jurisdicción del CIADI. Así mismo, se demostró que la disputa es de carácter meramente contractual y que Silverport América no es un

inversionista en los términos del APPRI, por tanto, el Tribunal Arbitral no es competente para conocer de la presente controversia.

71. Finalmente, se puso de presente la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva, que exige someter toda controversia en virtud de los ADPIC a la decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Esto implica que el Tribunal Arbitral no se puede pronunciar sobre dichas medidas.

ARGUMENTOS DE ORDEN SUSTANCIAL:

72. En caso de que, a pesar de lo anteriormente expuesto, el Tribunal considere que tiene competencia para pronunciarse frente a los hechos que son objeto de la presente controversia, esta representación controvertirá los argumentos esbozados por la contraparte en su escrito de demanda frente a las obligaciones sustanciales del Estado.
73. De modo que la Federación de Monterroso en ningún momento incumplió las obligaciones internacionales establecidas en el TBI. Por el contrario, adoptó una posición totalmente válida y legítima en virtud de sus deberes como Estado, limitándose a actuar dentro de las facultades otorgadas en el respectivo acuerdo y bajo el cumplimiento de sus obligaciones en materia tanto nacional como internacional. Se demostrará, entonces, que la mencionada actuación del Estado es acorde a lo establecido en el TBI; que no fue violatoria del estándar de trato justo y equitativo; y que no expropió la inversión de Silverport América.

V. LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO HA INCUMPLIDO NINGUNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD CONTRACTUAL

- A. En el presente caso no existe ninguna cláusula paraguas que cree la posibilidad al Estado de violar una obligación internacional contenida en el APPRI a partir de una disposición contractual.**

74. En el presente caso no es posible afirmar la violación de ningún estándar de protección internacional a cargo del Estado, porque la obligación mencionada, (i) no se encuentra respaldada de manera concreta y directa por alguna obligación de carácter internacional – tal como puede observarse en el APPRI suscrito entre la Federación de Monterroso y la

- República del Pacífico-; y (ii) el mismo no cuenta con una cláusula paraguas ni algún otro tipo de autorización expresa que genere un escenario en el cual el Estado vulnera sus obligaciones internacionales.
75. Por regla general en los arbitrajes de inversión se ha entendido que no le es posible al inversionista alegar como violaciones del tratado, reclamaciones de tipo contractual, teniendo en cuenta que ni el contrato ni el tratado tienen una cláusula paraguas que permita elevar dicha reclamación como violación a obligaciones internacionales.
76. En el presente caso las supuestas violaciones de tipo contractual que pretende hacer valer el inversionista, sin la existencia de una cláusula paraguas, permitirá a la luz de los estándares internacionales una reclamación derivada del contrato de inversión, la cual no logra elevarse a obligaciones internacionales, y como ya se afirmó en la parte procesal, se tiene que acudir a la jurisdicción interna como foro para resolver la controversia.
77. Ahora bien, excepcionalmente se ha permitido alegar dichas reclamaciones contractuales como violatorias de una obligación internacional del Estado, aún en ausencia de cláusula paraguas, únicamente cuando la actuación del Estado puede ser tan grave que implique a su vez la violación de carácter contractual y la violación de una obligación internacional.
78. Para que la doble violación derivada de un mismo hecho pueda ocurrir se necesita que la alegación del inversionista cuente con imputación fáctica clara de la gravedad del actuar del Estado, que en su actuar involucre un grado de discrecionalidad como Estado soberano y que se pruebe cual es el estándar de protección contenido en el APPRI que ha sido infringido.
79. En este sentido, casos como caso *Convial Callao c. La República del Perú*, el tribunal consideró que pese a no existir una cláusula Paraguas en el tratado entre Perú y Argentina, el inversionista cumplió con demostrar que: “las alegadas violaciones del Tratado no se limitan a ser artificialmente enunciadas, sino que las demandantes pretenden fundamentarlas con pruebas fácticas y argumentos jurídicos de derecho internacional” (*Convial Callao S.A. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, ¶ 449 P. 133).
80. Además, el tribunal en el mismo caso estableció que: “las Demandantes no se limitaron a una mera invocación del Tratado para dar un ropaje internacional a reclamos puramente contractuales. Como base fáctica de sus pretensiones, las Demandantes invocan varios hechos que atribuyen al Perú y que, si bien en su mayoría se relacionan con el Contrato,

podrían constituir al mismo tiempo violaciones del Tratado” (Convial Callao S.A. c. La República del Perú, Caso CIADI No. ARB/10/2, ¶ 448 P. 133).

81. En el presente caso, no se ha cumplido con los requisitos exigidos en casos anteriores, para que la violación contractual pueda derivar en una violación del APPRI, aún sin cláusula paraguas, porque en primer lugar la actuación de la Federación de Monterroso no surge de una arbitrariedad del Estado, sino de una decisión justificada en la protección del interés público de protección a la salud, que el Estado no puede dejar de aplicar, inclusive teniendo en cuenta el artículo 10 del APPRI, además no se establece un nexo causal claro entre la actuación del Estado y la vulneración de uno de los compromisos internacionales asumidos en virtud del acuerdo.
82. De esta manera, resulta evidente que al no existir cláusula paraguas que permita la violación de una obligación internacional a partir de una controversia contractual, la Federación de Monterroso no ha violado ninguna obligación contenida en el APPRI, o que haya cometido una actuación que tenga como consecuencia la violación de estándares de protección internacionales.

B. Las medidas fiscales protegidas por la cláusula de estabilidad son taxativas y no involucran tributos de otro tipo.

83. Subsidiariamente, es importante señalar que, aun si el Tribunal Arbitral desestimara las objeciones procesales en cuanto a esta materia y admitiese el conocimiento de esta controversia de naturaleza contractual, en el presente caso no se configura un desconocimiento de la cláusula de estabilidad, puesto que las medidas adoptadas en el marco de la expedición de la Ley Arnulfo Roca nada tienen que ver con los compromisos adquiridos por el Estado en este sentido.
84. Para realizar un análisis adecuado de la cláusula décimo cuarta del contrato, referente a la estabilidad fiscal, es necesario remitirse a la cláusula décimo tercera del mismo, pues su contenido es necesario para explicar la estabilidad fiscal y tributaria. Así, la cobertura de la cláusula de estabilidad se supedita a que “las normas tengan relación directa con los incentivos detallados en la cláusula décimo tercera”. La citada cláusula contiene un listado taxativo que no incluye el tributo en el que el inversionista basa sus pretensiones.

85. De esta manera, asumir que la cláusula de estabilidad opera frente a la totalidad del régimen jurídico de la Federación de Monterroso, conduciría a afirmar que la obligación radica en garantizar la estabilidad jurídica absoluta, es decir, el compromiso del Estado se concreta en el congelamiento total de su ordenamiento jurídico.
86. Lo anterior genera un desconocimiento total de la facultad regulatoria del Estado, debido a que no se puede pretender que el Estado, en virtud de un tratado bilateral de inversión, vea afectada su soberanía y pierda toda potestad de regular, especialmente en un tema fundamental para una nación como lo es la materia fiscal.
87. Al respecto encontramos que el Tribunal en el caso Enron c. Argentina estableció acertadamente que: “el requisito de estabilización no significa el congelamiento del ordenamiento jurídico o la desaparición del poder regulatorio del Estado” (Enron Corporation y Ponderosa Assets vs La República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/01/3. 22 de mayo de 2007. p. 261).
88. Adicionalmente, el Tribunal en el caso Continental c. Argentina estableció que:
- “Un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación (...) Inferir esa estabilidad a partir del Preámbulo del TBI sería contrario a una interpretación eficaz del Tratado; estaría fuera de lugar y, de hecho, no sería razonable, que un inversionista extranjero se basara en esa inferencia” (Continental Casualty Company vs República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/9. 5 de septiembre de 2008. p. 258).
89. Lo anterior aplica de igual manera en términos de la cláusula de estabilidad contractual, que nunca podrá asumirse como la inmutabilidad total del régimen vigente en el Estado receptor, pues tal interpretación resulta desmedida, no sólo a la luz de la facultad soberana de los Estados, sino de la realidad que permea la actuación de los mismos.
90. De este modo, es indudable que lo que se convino en el contrato fue una suerte de estabilización de las condiciones concretas en virtud de las cuales el inversionista decidió invertir, que no son otras que las exenciones tributarias contempladas en la cláusula décimo tercera del contrato; conclusión que surge de la mención expresa de dichos incentivos y de la imposibilidad de pactar la estabilidad jurídica absoluta.

91. Así, es claro que se trata de una cuestión taxativa, y en ese sentido, la cláusula de estabilidad sólo opera frente a los incentivos concretos que se establecen en el contrato, que nada tienen que ver con el tributo establecido mediante la Ley Arnulfo Roca.
92. De igual forma, si el inversionista quisiera extender la interpretación de la cláusula décimo cuarta del contrato de inversión con el fin de vincular otro tipo de tributos como los que fueron creados a partir de la Ley Arnulfo Roca, es menester aclarar que, además de que recaen sobre conceptos diferentes, de acuerdo con la ley se trata de una tipología de impuestos diferentes.
93. Esto en tanto que, la cláusula décimo cuarta se refiere expresamente a “los incentivos detallados” en la cláusula de estabilidad o a los que “tengan relación directa” con los anteriores, tal como consta en la citada cláusula del contrato:
94. “Particularmente, durante la vigencia del presente Contrato de Inversión, se mantendrán invariables para el INVERSIONISTA, las normas legales, reglamentarias y resoluciones generales del, que tengan relación directa con los incentivos detallados en la cláusula anterior, en tanto y cuanto el INVERSIONISTA sea sujeto pasivo de la obligación tributaria y cumpla con las condiciones y supuestos establecidos por la norma legal vigente a la fecha de suscripción de este contrato.”
95. De modo que no puede entenderse como una cláusula amplia que cubre todo el ámbito fiscal, sino que, por el contrario, busca ser lo más precisa posible y limitar la estabilidad a los tributos relacionados con lo dispuesto en la cláusula décimo tercera, donde únicamente se aplican incentivos tributarios a impuestos ubicados en la clasificación de impuestos directos.
96. Profundizando en lo recién mencionado, al analizar la cláusula décimo tercera del contrato los incentivos tributarios prometidos por el Estado hacen referencia a impuestos directos los cuales están destinados a gravar directamente el patrimonio de la persona o la empresa dependiendo de sus ingresos o capacidad adquisitiva, claro ejemplo de este tipo de impuestos es el impuesto a la renta o a la salida de divisas de un país, que son los impuestos sobre los cuales la Federación de Monterroso se comprometió a otorgar un incentivo específico, sin embargo el impuesto creado con la expedición de la Ley Arnulfo Roca no se encuentra expresamente consagrado en el artículo 13 de incentivos tributarios y tampoco es una especie de impuesto directo, como se demostrará a continuación.

97. El impuesto creado con la ley Arnulfo Roca, no está dirigido a gravar el patrimonio directo de la empresa ni sus ingresos, por el contrario es un impuesto que afecta la circulación de bienes y servicios, lo que realmente se ha gravado es un producto en el mercado, este tipo de impuestos han sido denominados por la doctrina como impuestos indirectos, caracterizados se grava es un bien o servicio, sin importar la economía o capacidad adquisitiva de las personas, en los cuales existe un sujeto pasivo de la obligación - comprador final- y un agente retenedor del impuesto -empresa o vendedor- todas lo deben pagar al acceder a dicho bien, y por ende el pago final del impuesto se traslada al consumidor final en el mercado.
98. De acuerdo con lo anterior, es claro que no se puede extender la interpretación de la cláusula décimo tercera del contrato de inversión para entender como un objetivo específico del Estado con el inversionista, garantizar que impuestos como el creado por la ley Arnulfo Roca, no se podían establecer, por el contrario si se llega adoptar la interpretación del inversionista se estaría permitiendo sobredimensionar el alcance de la cláusula de estabilidad, para llegar a conclusiones no acordadas y por tanto no permitidas por el contrato.
99. De esta manera, considera esta representación que la cláusula décimo cuarta debe ser analizada en primer momento a partir de una interpretación literal del texto, el cual expresamente menciona que en el caso de los incentivos tributarios se mantendrán invariables las condiciones generales del contrato de inversión, especialmente los incentivos detallados en la cláusula décimo tercera y en los cuales el inversionista sea sujeto pasivo de la obligación tributaria, algo que claramente no ha sido violado a partir de la regulación expedida, en la cual el inversionista simplemente retiene los pagos pero no es sujeto pasivo de la obligación tributaria.
100. En segundo lugar, la interpretación literal de la cláusula se debe aunar con el sentido otorgado por las partes en el contrato, de acuerdo con esto, es claro que al redactar la cláusula décimo tercera y décimo cuarta las partes tuvieron en cuenta que la Federación de Monterroso no se puede comprometer a mantener invariable de manera absoluta todo su régimen tributario, el cual le permite subsistir al Estado y cumplir con sus obligaciones, por ende las partes en este tema específico recurrieron a la redacción de una cláusula especial

que detalla los únicos incentivos otorgados y que serían beneficiados con la regulación tributaria.

101. Se concluye entonces, que la redacción de la cláusula de estabilidad, advierte de manera expresa en su redacción que en materia tributaria específicamente se beneficiarán los incentivos detallados en la cláusula décimo tercera del contrato de inversión. Entender un alcance diferente a dicha cláusula puede llevar hasta el punto de pretender -como lo hace el demandante- que se garantice una invariabilidad perpetua del régimen jurídico de la Federación de Monterroso, transgrediendo la soberanía y el poder regulatorio del Estado.

C. El inversionista renunció a la cláusula de estabilización por declarar y pagar los impuestos.

102. Ahora bien, de manera subsidiaria, es importante resaltar que, si el tribunal llegara a una conclusión diferente y considerara que la estabilidad en el tema tributario y fiscal no se reduce a una lista taxativa –como se consagra en la cláusula décimo tercera-, de igual forma el inversionista ya no se encuentra protegido por la disposición del contrato relativa a la estabilidad, debido a que con sus actuaciones renunció a la misma.

103. Para demostrar lo anterior, es necesario recordar que en el contrato de inversión, específicamente en su cláusula décimo quinta, se le otorga al inversionista la posibilidad de renunciar a la cláusula de estabilidad para acogerse al régimen vigente, estipulando que: “El inversionista, podrá renunciar a la estabilidad detallada en la cláusula anterior, para acogerse al tratamiento vigente a la fecha de su renuncia, mediante la declaración y pago del impuesto respectivo, de conformidad con las normas que se encuentren vigentes”.

104. De modo que el inversionista, desde el momento que inició a recaudar la contribución establecida en la ley Arnulfo Roca, optó por hacer uso de dicha facultad; renunciando a la estabilidad y obligándose, consecuentemente, a asumir los pagos correspondientes en materia tributaria.

105. Así, al realizar un análisis de los hechos del caso, de acuerdo con el ¶ 26, la ley Arnulfo Roca fue promulgada el 10 de febrero de 2010; sin embargo, no se hizo exigible sino hasta el 10 de diciembre del mismo año, debido al periodo de 10 meses de transición en los que esa medida no era exigible.

106. En ese momento, el inversionista se negó a ajustar sus precios para cobrar el impuesto respectivo al considerar que no le era aplicable, pero de acuerdo con el ¶28 y el ¶29 de los hechos del caso, tan sólo dos meses después de la entrada en vigencia de la ley, decidió ajustar sus precios para reflejar el valor del impuesto, debido a una orden de la Inspección de Industria y Comercio, que encontró que estaba incurriendo en actos violatorios de la libre competencia.
107. Desde el instante en que Silverport ajustó los precios, aumentó el valor de sus productos y se benefició ampliamente de ello, puesto que recibió 30 centavos de dólar por cajetilla producida durante diez meses y un poco más de 30 por más de un mes debido al ajuste correspondiente según la variación del IPC –tal como lo establece la Ley Arnulfo Roca y de lo cual se tiene constancia en el ¶ 24 de los hechos del caso.
108. Sin embargo, en ningún momento objetó o atacó la adopción de dicha medida ante otra autoridad o ante la rama judicial. Lo cual evidencia su consentimiento ante la obligación tributaria que implicaba dicho recaudo.
109. De manera que se puede afirmar que, en la práctica, desde el 8 de febrero de 2011, Silverport le estaba transfiriendo el valor del impuesto a los Monterrosinos, sin pagar ese dinero al Estado, aun cuando la contribución era cancelada por los ciudadanos y Silverport actuaba como un simple agente retenedor de esos dineros y debía trasladarlos al Estado.
110. Sin embargo, una vez vencido el plazo para cancelar el impuesto -de acuerdo con el párrafo 30 de los hechos del caso, debía cancelarse antes del 30 enero del año fiscal siguiente- la Agencia de Tributos y Aduanas el 12 de febrero inicia una investigación para esclarecer lo ocurrido, debido que Silverport le está cobrando el impuesto a los ciudadanos y no está trasladando el dinero al Estado, sino que lo está conservando, en ese momento Silverport decide pagar el dinero que ha cobrado durante la vigencia del año fiscal 2011.
111. Silverport, al ajustar sus precios y cobrar el impuesto, sabía que ese dinero adicional corresponde al impuesto y que por tanto debía pagarlo al Estado; es decir que implícitamente Silverport renunció a la cláusula de estabilidad en el momento que acató la decisión de la Inspección de Industria y Comercio sin interponer recurso alguno o atacar su legalidad ante la jurisdicción interna.
112. De acuerdo con lo anterior, entender que Silverport aumentó el valor de los cigarrillos cobrando el valor del impuesto y aceptar que posteriormente decida no pagar la

correspondiente contribución al Estado, sería permitir que el inversionista se pueda beneficiar de su actuar contrario a derecho, infringiendo así las normas tributarias y legales del país receptor de la inversión.

113. Además, Silverport no puede recaudar el monto del impuesto a los consumidores y argüir al Estado que no debe pagarlo, puesto que resulta completamente violatorio del principio de *non venire contra factum proprium*, máxime cuando no discutió ni mostró el más mínimo rechazo al momento de subir los precios de sus productos. De modo que termina siendo totalmente injustificable para el inversionista sustraerse de su conducta y actuar en contra de sus propios actos y para beneficiarse de ello y producir efectos lesivos a la Federación de Monterroso y sus ciudadanos.
114. En casos como *International Thunderbird Gaming c. México*, el Tribunal consideró que no es posible permitirle a una inversionista beneficiarse con una reclamación cuando de antemano sabe que su actuar es ilícito, “A juicio del Tribunal, no sería apropiado que un tribunal (...) permitiera a una parte tratar de reivindicar igualdad en cuanto a la no aplicación de la ley en el contexto de una actividad que una Parte Contratante considera ilícita” (*International Thunderbird Gaming c. Estados Unidos de Mexicanos*, Caso CNUDMI, p. 183, Página 65).
115. En conclusión, la cláusula de estabilidad no fue incumplida con la promulgación de la ley Arnulfo Roca, y aun en caso de que el tribunal considerara que se pudo ver afectada, no genera la vulneración de una obligación o un estándar de protección internacional. Así como tampoco puede ser objeto de reclamación, en virtud de que, con sus actos, el inversionista renunció a la cláusula de estabilidad. Motivos por los cuales no es necesario entrar a realizar un análisis de fondo.

VI. LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO INFRINGIÓ LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A SILVERPORT

116. La Federación de Monterroso no infringió la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a Silverport, pues como se expondrá a continuación el inversionista no tenía una legítima expectativa surgida de las actuaciones del Estado, las medidas adoptadas por la federación de Monterroso están justificadas en la protección de un interés esencial del

Estado y fueron adoptadas con total precaución y planeación, contrario a lo que el demandante plantea en su memorial

117. Resulta importante señalar que de acuerdo con el APPRI el estándar de nivel mínimo de trato se encuentra desarrollado de manera clara, estableciendo una cláusula cerrada que, dentro de los estándares considerados por las partes como integrantes del estándar, se encuentra la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a los inversionistas de la otra parte contratante.
118. De acuerdo con la discusión del caso Neer, el estándar de nivel mínimo de trato hace referencia a un mínimo de actos que el Estado no puede vulnerar y que hacen referencia a la imposibilidad de actuar de manera tal que se afecte gravemente al inversionista.
119. Así mismo, diferentes tribunales han establecido que, de acuerdo con el derecho internacional, resulta violatorio del mínimo trato una vulneración flagrante al debido proceso o la adopción de medidas claramente discriminatorias o arbitrarias que frustren cualquier legítima expectativa que se hubiera creado en favor del inversionista; de manera que, según el demandante, son estos supuestos los que deben verificarse.
120. Ahora bien, en concordancia con lo expuesto en los párrafos precedentes, debe esta representación afirmar que yerra el demandante al afirmar en los párrafos 92, 93, 94, 95 y 99 del memorial presentado, que la Federación de Monterroso vulneró sus expectativas legítimas en materia tributaria y marcaria e impuso medidas abusivas de carácter “intempestivo”, como se procederá a demostrar en los siguientes párrafos.

A. La Federación de Monterroso no vulneró las legítimas expectativas de Silverport

121. La Federación de Monterroso no vulneró las legítimas expectativas de Silverport, pues la Ley Arnulfo Roca no introdujo medidas que afectasen verdaderas expectativas razonables del inversionista, y en esa medida, no se trasgredió el estándar de trato justo y equitativo consagrado en el ya referido TBI.
122. En efecto, a pesar de que el demandante afirma en los párrafos 94, 95 y 96 de su memorial que las medidas adoptadas por la Federación de Monterroso a través de la Ley Arnulfo Roca, resultan violatorias del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el art. 6 del TBI suscrito, pues vulneraron las legítimas expectativas del inversionista, al importar una modificación abrupta y total del entorno jurídico en materia tributaria y marcaria; lo

cierto es que la Federación de Monterroso no ha incurrido en violación alguna de las obligaciones internacionales adquiridas, pues las medidas adoptadas no sólo fueron razonables, sino que no desconocen compromisos asumidos por el Estado para con el inversor.

123. Como bien lo estableció el Tribunal del caso *El Paso c. Argentina* la fórmula en virtud de la cual el estándar de trato justo y equitativo supone la estabilidad del marco jurídico y de negocios, no implica otra cosa que la total invariabilidad de las leyes, cuestión que, como ya se dejó claro en el acápite anterior, no se ajusta con la realidad y excede el objeto de los TBI, los cuales no persiguen “que los Estados garanticen que las condiciones jurídicas y económicas en las que se realiza una inversión se mantendrán inalterables ad infinitum” (*El Paso Energy International Company c. La República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/15. 31 de octubre de 2011. ¶350*)
124. Así entonces, el estándar de trato justo y equitativo, antes que la inmutabilidad, comprende la razonabilidad de las medidas que el Estado adopta en ejercicio de su soberanía, pues conforme a esta “el inversor extranjero puede esperar que no se modifiquen las normas sin justificación económica, social o de otra índole” (*El Paso Energy International Company c. La República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/15. 31 de octubre de 2011. ¶ 372*).
125. De manera que, la violación del estándar tiene lugar cuando precisamente la medida resulta irrazonable o injustificada.
126. Ahora bien, es importante señalar que, en todo caso, los Tribunales han establecido que, al margen de la razonabilidad de la medida, es decir, con independencia de si es o no razonable, también se vulnera el estándar cuando la medida adoptada frustra las expectativas legítimas del inversionista, sin perjuicio de que se evalúe el contexto, las razones y los efectos de la modificación unilateral, junto con la relevancia y pertinencia del interés público perseguido (*Continental Casualty Company c. La República de Argentina. CASO CIADI No. ARB/03/9. 5 de septiembre de 2008*)
127. Sin embargo, es importante resaltar que “las expectativas legítimas dependen de compromisos y declaraciones de naturaleza específica del Estado receptor” (*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay. CASO CIADI No. ARB/10/7. 8 de julio de 2016. ¶426*); y de esta manera, “no todos los elementos en los que a los inversores les gustaría confiar a la hora de maximizar

sus beneficios, si de hecho pueden considerarse expectativas, pueden ser considerados legítimas y razonables” (El Paso Energy International Company c. La República de Argentina. CASO CIADI No. ARB/03/15. 31 de octubre de 2011. ¶ 355).

128. En este mismo sentido, el Tribunal arbitral del caso Convial Callao S.A. c. Perú, determino que las “reglas de derecho interno generales no pueden, a priori, crear expectativas específicas”, lo cual refuerza la necesidad de una obligación concreta emanada de un compromiso específico (Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú. CASO CIADI No. ARB/10/2. 21 de mayo de 2013. ¶ 597).

129. De esta manera, el concepto de legítimas expectativas se circunscribe a una acepción objetiva, que responde a la consideración conjunta de los compromisos específicos a favor del inversor y el derecho legítimo del Estado a regular, tal y como lo plantea el Tribunal en el caso Saluka:

“A fin de determinar si la frustración de las expectativas del inversor extranjero está justificada y fue razonable, debe considerarse también el derecho legítimo del Estado receptor a regular, con posterioridad, las cuestiones nacionales teniendo en cuenta el interés público” (Saluka Investments B.V. c. La República Checa. Caso UNCITRAL. ¶ 305)

130. Con base en lo anterior, debemos concluir que solo cuando las obligaciones resultantes de un compromiso específico asumido por el Estado se violan, y la violación es de tal carácter que supera el poder ordinario y legítimo del Estado, se puede predicar de manera consecuente la violación del estándar.

131. Ahora bien, en su memorial, específicamente en los párrafos 90-96, el inversionista afirma erróneamente que en el presente caso se verifica la vulneración de sus legítimas expectativas en materia tributaria y en materia marcaria.

132. En primer lugar, es claro que, en el caso concreto, Silverport asemeja el estándar de trato justo y equitativo a la invariabilidad definitiva y absoluta del régimen jurídico, pues en el párrafo 94 del memorial de demanda, señala de manera expresa la imprescindibilidad de un “entorno jurídico estable” en el marco de la celebración de un contrato de inversión; y, adicionalmente, señala que la mera modificación del mismo es causa suficiente para afirmar la violación del estándar de trato justo y equitativo.

133. Frente a ello, lo primero que debe establecerse, es que tal y como se afirmó *supra*, es indiscutido en el marco del derecho de inversiones el derecho de los Estados de regular y hacer uso de su poder soberano. De esta manera, la obligación que comprende el trato justo y equitativo no puede nunca elevarse a efectos de negar la potestad regulatoria ordinaria del Estado, y en ese sentido, la Federación de Monterroso no está obligada a preservar un entorno jurídico de manera absoluta e inmodificable, contrario a lo que señala el demandante.
134. En este orden de ideas, y en concordancia con lo expuesto, la obligación que resulta del estándar es la no alteración injustificada del régimen y la misma ha sido plenamente cumplida por la Federación de Monterroso.
135. La Federación de Monterroso, atendiendo a fenómenos de indiscutible interés público, y teniendo en cuenta los compromisos internacionales previamente asumidos, que se derivan de la ratificación del CCT, los cuales exigen y hacen apremiante la posición activa del Estado en la protección de la salud pública ante la amenaza que para la misma supone el consumo del tabaco, expidió la Ley Arnulfo Roca, con miras a proteger el bienestar de sus ciudadanos.
136. Dejando ello sentado, es claro que el Estado actuó en el marco de su legítima soberanía, pues no se trata de una regulación desprovista de motivación o justificación, y en ese sentido, debe descartarse la violación del trato justo y equitativo, en tanto dicho estándar “está encaminado a garantizar que la realización ordinaria, conforme a la ley, de la actividad empresarial por parte del inversionista extranjero no se vea afectada, sin razones justificadas, por el Gobierno u otras autoridades del país receptor” (Continental Casualty Company c. La República de Argentina. CASO CIADI No. ARB/03/9. 5 de septiembre de 2008. ¶ 254) tal y como se percibe en el presente caso.
137. Ahora bien, es importante resaltar en cuanto a la Ley Arnulfo Roca como medida abrupta, que aunque ello no implica, como lo hace ver Silverport, la violación del trato justo y equitativo, pues como se ha expuesto es la razonabilidad y proporcionalidad los criterios clave a evaluar; aun si ello fuera razón suficiente, no tiene cabida en el presente asunto, pues la adopción de dicha medida se antecede de (i) la adopción del CCT por la OMS, (ii) de la implementación de estrategias y medidas alrededor del mundo en contra del Tabaco en países como Australia que, junto con otras medidas, implementó el empaquetado

- genérico de cajetillas de cigarrillo, mediante el denominado *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, y Uruguay, que adopto similar medida, junto con otras igualmente restrictivas en materia de publicidad, promoción y patrocinio, e información al consumidor de los riesgos y la afectación a la salud que supone el consumo de tabaco, mediante la Ley 18.256; y (iii) de la ratificación del CCT por la Federación de Monterroso; de manera que, es imposible sostener que la legislación en cuestión resulta sorpresiva o inesperada.
138. Por otro lado, es menester pronunciarnos respecto a la supuesta violación de legítimas expectativas que afirma el demandante.
139. En cuanto al régimen tributario, es importante señalar que en el memorial el demandante, en el párrafo 92, no alude a otra cosa sino a una estrategia que él mismo califica como “genérica”, cual es el Plan de Promoción de la Inversión, el cual coincide con una política pública que, aún si se asimilara a una disposición legal, no puede considerarse una fuente de expectativas legítimas y razonables dada su naturaleza, que impide predicar la adopción de compromisos específicos por parte del Estado de conformidad con lo ya señalado.
140. De cualquier modo, si tuviésemos en cuenta las cláusulas contractuales (en las que se insertan compromisos en el marco del Programa de Promoción de Inversión Extranjera de Monterroso), las cuales no fueron argüidas por la demandante; arribamos a idéntica conclusión, cuál es la no violación del estándar.
141. Tal y como se explicó en el acápite anterior, las obligaciones contractuales no guardan relación con las medidas adoptadas mediante la Ley Arnulfo Roca, en tanto la cláusula de estabilidad opera, de manera exclusiva, frente a las exenciones y reducciones tributarias de la cláusula No. 13, las cuales nada tienen que ver con la imposición del impuesto en el marco de la estrategia contra el tabaco; y aun si la tuviesen, dicha garantía de estabilidad fue objeto de renuncia por parte del demandante.
142. Finalmente, la demandante afirma que las medidas de empaquetado uniforme y comercialización, constituyen una violación al trato justo y equitativo al mermar el valor de las marcas (§ 95), el cual, según señala, reside en la potencialidad de estas de distinguirse de otras.
143. Al respecto, cabe señalar en primer lugar, que el inversionista no cuenta con una legítima expectativa al supuesto derecho de uso de su marca, pues ello no se desprende de ningún compromiso asumido por el Estado, ni siquiera de manera genérica; de manera que, no tiene

cabida el análisis del estándar pues (i) la medida es justificada, razonable y proporcional a sus fines; y (ii) no hay un derecho adquirido que se vea contrarrestado por esta y que en ese sentido amerite el análisis de la misma.

144. En cualquier caso, es importante explicitar, que aun si la legislación de la Federación de Monterroso en cuanto al derecho marcario constituyera una potencial expectativa legítima y razonable para el inversionista a la luz de lo planteado por los Tribunales constituidos en casos de inversión en materia de especificidad; el régimen vigente y aplicable en la Federación de Monterroso, está encabezado por lo dispuesto en los acuerdos de la OMC (lo cual será analizado de manera eminentemente subsidiaria, solo en el entendido de que el Tribunal no considere que, conforme a los argumentos ya esgrimidos, no deba conocer de este asunto por ser competencia precisamente de la Organización Mundial del Comercio), y la Decisión Andina 486 de 2000, instrumentos que no prevén el derecho de uso que el demandante afirma tener.

145. En primera instancia es menester señalar que el sistema adoptado por la Comunidad Andina, es el sistema atributivo en virtud del cual “el derecho se adquiere por el registro, de manera que solo en ese momento se constituye el derecho y se le atribuye su propiedad a determinado titular” (OMPI, 2002), lo cual se desprende claramente del artículo 154 de la Decisión 486, el cual establece que “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

146. En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reafirmado la adopción de un sistema “registral” en el campo del derecho marcario, de manera que:

“En el régimen comunitario andino (...) [se] consagra el sistema atributivo según el cual sólo goza de los derechos inherentes a la marca quien las inscriba en el registro autorizado correspondiente” (Interpretación Prejudicial 12- IP-95, 1997, p.185).

“La concesión del registro es entre nosotros el modo de adquirir el dominio de una marca mediante acto administrativo unilateral del Estado por el cual se reconoce que su titular ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley para ejercer los atributos que la marca implica” (Interpretación Prejudicial 5-IP-94, 1997, p. 44)

147. Así, si se quisiese hacer un reclamo en virtud de la normativa marcaria que rige en la Federación de Monterroso, en términos de la violación de un derecho emanado de esta, es

- claro que solo puede predicarse respecto a marcas registradas, y no a cualquier clase de marca como lo hace el demandante en el memorial (¶ 95).
148. Ahora bien, como se desprende de la mera lectura, además del sistema atributivo, el artículo 154 de la Decisión 486 claramente determina que el derecho que se deriva del registro de la marca es el del uso exclusivo de esta.
149. El uso exclusivo de una marca, tal y como quedo sentado en el caso Philip Morris c. Uruguay no implica otra cosa que una facultad o “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” (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay. CASO CIADI No. ARB/10/7. 8 de julio de 2016. ¶ 271).
150. En este mismo sentido, Fischer estableció que una marca única y exclusivamente confiere a su titular “el derecho a impedir que otros utilicen su marca o marcas que puedan confundirse con la suya” (Citado en Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay. CASO CIADI No. ARB/10/7. 8 de julio de 2016. ¶ 266), y conforme a ello, el registro “de ningún modo implica una autotirzacion o calificación para la realización de la actividad específica para la que se solicite el registro” (Prof. Fischer citado en Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay. CASO CIADI No. ARB/10/7. 8 de julio de 2016. ¶ 269)
151. Así, en ultimas, lo que se verifica a la luz de la normativa vigente es “un derecho de uso que existe frente a terceros, un derecho exclusivo, pero relativo” (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay. CASO CIADI No. ARB/10/7. 8 de julio de 2016. ¶ 267), pues lo que deviene del mismo es que se “faculta al titular del derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, entre otros, la importación o exportación de productos con el signo distintivo” (Buitrago Díaz, 1998, p. 163)
152. El régimen marcario Monterrosino confiere entonces “el derecho al uso exclusivo, no todo derecho al uso sino solo el ejercido con miras a su exclusividad” (Buitrago Díaz, 1998, p. 163)

153. De esta manera, el derecho de uso se establece sólo en tanto persigue la garantía real y efectiva de la exclusividad y, por lo tanto, no puede entenderse, bajo ninguna circunstancia, como un derecho de uso en estricto sentido, oponible al Estado en su calidad de regulador.
154. Todo lo anterior es reforzado en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o ADPIC, pues en el Artículo 16, relativo a los derechos conferidos al titular de una marca, únicamente se alude a la ya mencionada facultad exclusiva de “impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión”
155. Adicional a ello, es importante señalar que este entendimiento es ampliamente difundido y se ha interpretado de manera uniforme, por diversos autores y a la luz de diversas normativas alrededor del mundo.
156. Fernández Novoa (2009), el autor más importante y reconocido en derecho de marcas en países hispanohablantes, además de considerar que el objeto del derecho en cabeza del titular de la marca reside en “la facultad de impedir cualquier uso del signo que ponga en peligro la función fundamental de la marca” (p. 488), lo que sin lugar a dudas reafirma que el derecho consiste en la exclusión de terceros; al referirse a la Directiva 89/104/CEE de manera clara establece que los derechos derivados de esta consisten en el denominado ius prohibiendo.
157. Es claro entonces no resulta insular ni novedoso el entendimiento que se desprende de lo establecido tanto por la Comunidad Andina de Naciones como por la Organización Mundial del Comercio en materia de derechos derivados de las marcas.
158. Por último, es importante señalar que aun si, en contravía de lo anteriormente expuesto, se considerase que existe un derecho de uso emanado de la normativa vigente y aplicable, el Artículo XX de los GATT señala de manera expresa que “ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:
- (...)
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”

159. En igual sentido, el Artículo 8 de los ADPIC, es claro en establecer, que “Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población(...)”
160. En el presente caso es claro que la adopción de medidas, como ha venido señalándose, responde claramente a intereses superiores que coinciden con los fines del estado, y que no son otros que la protección y promoción de la salud pública; de manera que, es indudable la legitimidad de la adopción de las medidas en este sentido.
161. Con base en lo anterior, es claro que contrario a lo que afirma Silverport en los párrafos 95 y 96 del memorial de demanda, ni por la naturaleza misma de la fuente de la cual se derivan las supuestas expectativas del inversionista, ni por el contenido mismo de la normativa, el cual alude exclusivamente a un derecho en sentido negativo, es posible creer que Silverport tenía un derecho adquirido en el sentido de hacer uso –en sentido positivo– de sus marcas, pues además de que la normativa es de carácter general y no tiene la virtualidad de crear legítimas y razonables expectativas, la misma solo otorga el derecho de excluir a terceros y no el de uso absoluto oponible de manera indeterminada.

B. Las medidas adoptadas por Monterroso son el resultado de la planificación y cumplimiento de compromisos internacionales, no son arbitrarias

162. La ley Arnulfo Roca no constituye una violación al trato justo y equitativo en tanto no es una disposición arbitraria ni intempestiva en la medida que respondía a obligaciones internacionales adquiridas, cuya finalidad es la protección a la salud pública.
163. En primer lugar, se hará una definición de lo que debe ser entendido por medida arbitraria e intempestiva y en un segundo momento se evidenciará porqué las disposiciones adoptadas por la Federación de Monterroso a través de la Ley Arnulfo Roca no constituyen en ningún escenario estipulaciones de este tipo.
164. En diferentes casos como *Elsi c. Italia* se ha entendido que las medidas son arbitrarias, por carecer de fundamento jurídico y revocar derechos del inversionista, producto de la simple voluntad del Estado, sin ninguna justificación; o tal como lo cita la parte demandante, hace referencia a: “que se encuentra sujeto a libre voluntad o al capricho antes que, a la ley y la razón” (§ 98, del memorial de demanda)

165. La Federación de Monterroso ratificó en 2006 el Convenio Marco para el Control del Tabaco cuyo objetivo es “proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional.” (Art. 3, CMCT)
166. En busca de materializar dicho objetivo, el CMCT trae consigo una serie de recomendaciones a adoptar por parte de los Estados, tales como las contenidas en los arts. 6 al 14 referentes al precio y cuestiones fiscales para reducir la demanda de tabaco, la reglamentación de la información divulgada por los productos de tabaco, el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco, la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, entre otras; medidas tales adoptadas por la Federación de Monterroso, lo que a todas luces da cuenta de que las disposiciones contenidas en la ley Arnulfo Roca no se sujetaron a la voluntad o al capricho antes que a la ley, sino que por el contrario, respondía a sus obligaciones internacionales adquiridas.
167. Del mismo modo, el control del tabaco mediante la implementación de leyes antitabaco no es algo nuevo. Por el contrario, se ha convertido en una tendencia internacionalmente adoptada.
168. De acuerdo con lo anterior a modo de ejemplo, cabe resaltar los casos de México con la Ley General para el Control del Tabaco, ley expedida tan solo 4 años después de su ratificación del CCT, Uruguay cuya Ley 18.256 para el Control del Tabaquismo fue promulgada año y medio después de su firma y ratificación del CMCT y Argentina, que con la Ley 26.687 Antitabaco da cumplimiento a lo firmado en el CMCT, estos países que han encaminado sus legislaciones antitabaco para que contengan el mismo tipo de medidas adoptadas por la Federación de Monterroso. Sin embargo, también podemos encontrar casos como el de España, que aún sin haber ratificado el CMCT hacen parte de esta tendencia desde a través de la Ley 28 de 2005 y la Ley 42 de 2010.
169. Lo anterior da cuenta, tal como se señala en el caso Philip Morris c. Uruguay, de que “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”, por lo que era previsible para el inversionista un posible cambio regulatorio en el campo de su inversión.
170. De igual manera, otros tribunales han confirmado la posibilidad de los Estados para ejercer su poder regulatorio en temas impositivos, como en el caso *Marvin Feldman c. Los Estados Unidos Mexicanos*, han señalado que: “los impuestos establecidos de buena fe y no discriminatorios no crean responsabilidad”. (*Marvin Feldman c. México* caso N° ARB (AF)/99/1, página 44. ¶ 106).
171. Así mismo, no es posible sostener que la Ley tenía el carácter de intempestiva puesto que el Congreso otorgó 10 meses tras la publicación de la misma para que lo dispuesto pudiera ser exigible, por lo cual, para el momento en que la disposición le fue exigible, el inversionista pudo adaptarse a lo ordenado por la disposición o en cualquier caso prever que la misma le sería aplicable.
172. Adicionalmente, desde el momento que se ratificó el CMCT en el año 2006, se generó la obligación del Estado de adaptar de manera progresiva su legislación con el fin de cumplir los compromisos adquiridos. Sin embargo, la Federación de Monterroso, procurando ajustar su legislación interna con los compromisos internacionales, sin violar las obligaciones internacionales asumidas en virtud de otros tratados, planeó durante más de cuatro años las mejores medidas que se podían implementar, en concordancia con los compromisos previos, igualmente las empresas ya sabían que con la adopción del CMCT, la federación de Monterroso debía desarrollar una regulación al respecto
173. En síntesis, la medida adoptada por la Federación de Monterroso cumple de manera contundente con una clara justificación, sin ser arbitraria o caprichosa, (i) se adoptó siguiendo las directrices del CMCT ratificado por la Federación de Monterroso en el año 2006, y en ese sentido, su finalidad no es otra que la protección de la salud pública y el cumplimiento de las obligaciones internacionales; y (ii) se aplicó a todo el sector tabacalero, sin excepción, en el marco de la estrategia contra el tabaco.
174. Por todo lo anteriormente señalado, resulta evidente que la medida legislativa adoptada por la Federación de Monterroso no fue arbitraria, en tanto no sólo responde de manera íntegra al contenido del CMCT, suscrito por el Estado; sino que propende, ni más ni menos, por la protección a la salud pública. Así mismo, no es posible sostener que la medida fue intempestiva, puesto que para el inversionista era totalmente previsible que algunos de los

elementos regulatorios del sector en el cual se encontraba desarrollando su inversión, pudiera ser modificados en virtud de una tendencia legislativa internacional.

175. En conclusión, es evidente que la Federación de Monterroso no vulneró el estándar de trato justo y equitativo, y en esa medida, no incumplió las obligaciones internacionales que contrajo en virtud del TBI, pues no sólo la medida adoptada responde de manera clara e íntegra al poder regulatorio que le es propio y persigue un interés supremo; sino que no frustró las legítimas y razonables expectativas del inversionista, ni actuó de manera arbitraria de conformidad como ya lo expuesto.

VII. LAS MEDIDAS TOMADAS POR LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO NO CONSTITUYEN EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LA SUPUESTA INVERSIÓN DE SILVERPORT AMÉRICAS:

176. El art. 9 del TBI, en su núm. 6, lit. b) establece que aquellas medidas no discriminatorias de una parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar públicos como la salud no constituyen expropiación indirecta, mientras las mismas no sean demasiado estrictas a la luz de su objetivo.

177. Esta representación sostiene que las medidas tomadas por la federación de Monterroso frente a la publicidad del tabaco, al empaquetado uniforme y al aumento de impuestos del mismo (a) no son discriminatorias, (b) tienen como fin el bienestar público y (c) son razonables respecto del objetivo planteado, puesto que buscan proteger la salud de sus habitantes respecto de los riesgos del tabaco, reconocido mundialmente como un problema de salud pública (Álvarez Gutiérrez, 2003). En ese sentido, **no es posible alegar que existió una expropiación indirecta**, pues las partes del tratado, en ejercicio de su soberanía, decidieron dar una protección especial al bienestar público.

A. Las medidas tomadas por el Estado no fueron discriminatorias:

178. Christoph Schreuer señala que, para que sea posible alegar la existencia de una discriminación en contra de un inversionista, se requiere, cuando menos, de un punto de comparación. (Schreuer, 2009)

179. En el presente caso, la legislación aplicable a la producción y distribución del tabaco es de obligatorio cumplimiento para todos los actores del mercado, independientemente de

cualquier criterio diferenciador, como podría ser su nacionalidad. Permitir un tratamiento diferente a uno de los inversionistas, como pretende la representación de la demandante, podría constituir una discriminación respecto de las demás compañías tabacaleras e incluso vulneraría la libre competencia en la Federación de Monterroso.

B. El fin de las medidas es el bienestar público:

180. Las medidas implementadas por la Federación de Monterroso buscan reducir las muertes y las enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco. Por tal razón, es evidente que el único fin que el Estado ha perseguido con la implementación de la Ley Arnulfo Roca es el bienestar público de la población monterrosina.

181. Según la OMS, el tabaco es una de las mayores amenazas para la salud pública que ha tenido que afrontar el mundo. Mata cerca de 6 millones de personas al año. De esos 6 millones, por lo menos 5 millones son consumidores directos, y más de 600.000 víctimas fueron fumadores pasivos, los consumidores de tabaco que mueren prematuramente privan a sus familias de ingresos, aumentan el costo de la atención sanitaria y dificultan el desarrollo económico. (Organización Mundial de la Salud, 2015)

182. Es por esto que la Federación de Monterroso decidió ratificar en el año 2006 el CMCT (¶17, hechos del caso) y posteriormente promulgó la Ley Arnulfo Roca para cumplir con las obligaciones adquiridas bajo este Convenio, buscando con ello reducir las muertes relacionadas por el consumo del tabaco.

C. Las medidas son razonables para la consecución del objetivo propuesto:

183. Finalmente, es posible deducir que las medidas tomadas por la Federación de Monterroso fueron razonables y necesarias para proteger el bienestar público; en este caso, la salud de sus habitantes.

184. Según la OMS, la prohibición general de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco permitiría reducir el consumo de tabaco en un 7%, aproximadamente, como media, si bien en algunos países se podría lograr una disminución de hasta el 16%. (Organización Mundial de la Salud, 2015)

185. Los impuestos al tabaco son el medio más eficaz para reducir el consumo especialmente entre los jóvenes y los pobres. Un 10% de aumento de esos impuestos reduce el consumo

de tabaco aproximadamente un 4% en los países de ingresos altos y un 5% en los países de ingresos bajos o medios. (Organización Mundial de la Salud, 2015)

186. Así, es posible concluir que las medidas establecidas en la Ley Arnulfo Roca son razonables, pues las mismas son las indicadas para reducir las enfermedades y muertes ocasionadas por el consumo del tabaco.
187. Además de esto, como lo establece el tribunal en el caso *Malvin Roy Feldman Karpa v. Los Estados Unidos Mexicanos*, los gobiernos deben tener libertad para actuar en el pro del interés de público, ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y afirma también el tribunal que el derecho internacional consuetudinario reconoce que no toda actividad gubernamental que le dificulta a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio de legislación constituyen una expropiación”(*Marvin Feldman c. Los Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB (AF)/99/1*)
188. Es claro entonces que la Federación de Monterroso cumple con los requisitos establecidos en el art. 9, núm. 6, lit. b) del TBI entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico, requisitos necesarios para que las medidas tomadas por nuestra representada no constituyan una expropiación indirecta.

VIII. PETITORIO.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que declare que no es competente para conocer de la presente controversia, pues:

- i. No existe consentimiento por parte del Estado para acudir ante este Centro respecto de la controversia alegada.
- ii. La controversia entre las partes no es de carácter internacional.
- iii. Silverport América no es un inversionista en los términos del APPRI.
- iv. Las actividades comerciales de Silverport América no constituyen una inversión.
- v. El OSD-OMC tiene jurisdicción exclusiva para conocer de toda controversia que surja respecto de cualquier obligación en virtud de la OMC.

Subsidiariamente, y en caso de que el Tribunal se declare competente, se solicita respetuosamente que se pronuncie en el siguiente sentido:

- vi. Que se declare que la Federación de Monterroso no incumplió su obligación de otorgar un trato justo y equitativo al inversionista.
- vii. Que se declare que el Estado no expropió la inversión de Silverport América.
- viii. Que se condene al demandante, Silverport América, a soportar todas las costas del arbitraje, incluyendo los costes del procedimiento, los honorarios del Tribunal Arbitral, así como los gastos de defensa de la parte demandante.