

## Cuarta Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión

Abril de 2017, Bogotá, D.C

Organizada por:



Centro de Arbitraje  
y Conciliación



Patrocinado por:



### Información importante sobre el Análisis del Caso

Por favor, recuerde de conformidad con el párrafo 1.7 del Reglamento de la Competencia, el contenido de este documento es estrictamente confidencial y bajo ninguna circunstancia debe estar a la disposición de los equipos participantes o entrenadores durante la Competencia. En caso que los participantes, entrenadores, acompañantes u observadores se encontraran con este documento, deberán abstenerse de examinarlo o utilizarlo.

Los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad sobre todos los aspectos relacionados con el análisis del caso u otros documentos de la Competencia reservados a ellos. Si un árbitro es hallado compartiendo este documento con miembros de equipos participantes, tanto el árbitro como el equipo involucrado serán excluidos de la Competencia.

La organización de la Competencia de Arbitraje agradece cualquier comentario o sugerencia sobre este documento las que pueden ser dirigidas al siguiente correo electrónico: [caii@uexternado.edu.co](mailto:caii@uexternado.edu.co)

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>I. Los principales hechos.....</b>	<b>3</b>
<b>A. Sobre la Federación de Monterroso.....</b>	<b>3</b>
<b>B. El inversionista y su inversión .....</b>	<b>3</b>
<b>C. Los compromisos internacionales asumidos posteriormente por la Federación de Monterroso, la República del Pacífico y el Reino de Westland.....</b>	<b>4</b>
<b>D. La Ley Arnulfo Roca.....</b>	<b>4</b>
<b>E. La investigación tributaria por el no pago de la contribución.....</b>	<b>5</b>
<b>F. La disputa iniciada en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por Reino de Westland frente a la Ley Arnulfo Roca.....</b>	<b>6</b>
<b>G. La búsqueda de una salida negociada .....</b>	<b>6</b>
<b>H. La notificación de la controversia de inversión y la constitución del tribunal arbitral.....</b>	<b>7</b>
<b>II. Los principales argumentos de las partes durante la Audiencia .....</b>	<b>8</b>
<b>A. Cuestiones sobre la jurisdicción.....</b>	<b>8</b>
1. La competencia del tribunal para pronunciarse sobre las medidas objeto de la diferencia en el marco del Acuerdo Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso.....	8
2. La competencia del tribunal para pronunciarse sobre las obligaciones de la Federación de Monterroso en el marco del contrato de inversión. ....	11
3. Los efectos de la controversia ante la OMC sobre la competencia del Tribunal arbitral. ....	13
<b>B. Cuestiones sobre el fondo de la controversia.....</b>	<b>17</b>
1. La expropiación alegada por la demandante.....	17
2. La violación al trato justo equitativo alegada por la demandante en razón de la violación de las expectativas legítimas del inversionistas basadas en la clausula de estabilidad prevista en el contrato de inversión y en razón de la violación de las obligaciones en el marco de otros acuerdos internacionales .....	24
3. La violación a la prohibición de establecer requisitos de desempeño.....	27

I. LOS PRINCIPALES HECHOS

Los hechos que constituyen la base para la presente competencia se encuentran en el Caso Hipotético. Sin perjuicio de ello, a continuación se resumen los principales hechos del caso.

A. SOBRE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO

A finales de los años 90 el Gobierno Nacional diseñó el “Programa de Promoción de Inversión Extranjera de Monterroso” con el fin de sacar al país de una importante crisis económica. Este programa pretendía atraer a firmas extranjeras para que establecieran sus compañías en Monterroso o crearan filiales en el país, aumentando la disponibilidad de divisas para estabilizar en el corto plazo las reservas internacionales y hacer frente a la crisis productiva. Uno de los sectores potenciales identificados fue el sector del tabaco.

B. EL INVERSIONISTA Y SU INVERSIÓN

En el año 2000 Silverport América, sociedad constituida en la República del Pacífico y filial de Silverport empresa tabacalera constituida en el Reino de Westland, luego de un acercamiento con las autoridades del gobierno de Monterroso realizó una importante inversión en el país:

- Compró la empresa nacional de producción de cigarrillos Industria Tabacalera de Monterroso (ITM). En su propuesta de inversión se ampliaría sustancialmente la capacidad instalada de la planta
- Compró la distribuidora de productos de Tabaco Montetabaco, a través de la cual comercializaría los productos de ITM y las marcas de Silverport que serían producidas en Monterroso y las marcas Silverport que serían importadas del exterior. Adicionalmente, la comercializadora se encargaría de realizar la exportación de la producción de ITM.
- ITM suscribió con el gobierno de Monterroso un contrato de inversión por un término de 20 años, que incluía, entre otras cosas, una cláusula de estabilidad general y beneficios tributarios en razón de la inversión. El contrato también contemplaba el arrendamiento de un terreno de 1000 hectáreas a ITM para ser dedicado exclusivamente al cultivo de tabaco y su transformación productiva.
- ITM suscribió un contrato de cosecha de tabaco con 1234 campesinos de la Asociación de Campesinos de Aguacielo (ACA) para comprarles su cosecha por el término de 20 años. El contrato incluía la entrega de anticipos en entrega de

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

insumos, costos de riego, entre otros, así como asistencia técnica y subsidios de educación para los hijos de los campesinos.

- El contrato con ACA y la explotación de la tierra arrendada para producir tabaco constituían estándares de cumplimiento que debía respetar el inversionista para mantener los beneficios del contrato de inversión.

C. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POSTERIORMENTE POR LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO, LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO Y EL REINO DE WESTLAND

Entre los años 2005 y 2006 se negoció de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico. El Tratado entró en vigencia el 19 de febrero de 2010 (60 días después de las notificaciones de haber sido completados los trámites internos de ratificación en cada país).

El 25 de febrero de 2010 Silverport América consultó a la Secretaría del Estado la posible afectación de la relación de inversión existente entre ellos por la entrada en vigencia del Acuerdo de Inversión entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso. La respuesta del Estado fue citar lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la revisión previa al Tratado en el marco del proceso de ratificación, de conformidad con lo cual la constitucionalidad del tratado fue aprobada *“en la medida que se entienda que las relaciones de inversión que con anterioridad a su vigencia se estaban rigiendo por un contrato de inversión seguirán siendo regidas por el tratado en atención al respeto de los derechos adquiridos y que este Tratado deberá ser aplicado en concordancia con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado con anterioridad, especialmente en materia de derechos humanos y salud.”*

A finales de 2006 la Federación de Monterroso ratificó el Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco (CCT). Sin embargo, la ratificación se debió a presiones políticas de países aliados y el gobierno parecía no tener prisa en implementar los compromisos. Westland y la República del Pacífico se hicieron parte del Convenio Contra el Tabaco hasta enero de 2015.

D. LA LEY ARNULFO ROCA

Por iniciativa de la Senadora Roncancia Talero, en el año 2009 el Congreso de Monterroso aprobó una Ley para implementar una serie de medidas que desestimulan la demanda de tabaco.

Al recibir el documento para sanción el 15 de enero de 2010, el Presidente de la Federación de Monterroso objetó el proyecto de Ley por inconveniencia. El Congreso volvió a revisar en pleno el Proyecto y decidió no acoger la objeción. No obstante, se

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

incluyó un régimen de transición de 10 meses para que las medidas fueran legalmente exigibles.

La Ley Arnulfo Roca que fue publicada 10 de febrero de 2010, implicaba:

- a. La prohibición de todo tipo de publicidad para productos de tabaco en radio, prensa y vallas publicitarias.
- b. La prohibición de comercializar variedades diferentes de una misma marca.
- c. La adopción obligatoria de empaquetado uniforme para todas las marcas de cigarrillos, con un mensaje de advertencia que ocupe el 75% de la superficie del empaque.
- d. La adopción de un aporte de 5 dólares por cajetilla producida o importada, ajustable anualmente a razón de una y media veces la variación del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior. Los recursos recogidos por este aporte serían destinados a programas de prevención del tabaquismo y a la financiación del sistema de seguridad social en salud.

Silverport Centroamérica manifestó su inconformidad manifestando que la medida implicaba la destrucción de su propiedad intelectual y el fomento del contrabando. No obstante, advirtió que estaban verificando con su equipo legal si las medidas le serían aplicables a la empresa en virtud del contrato de inversión.

Una vez entró a regir la aplicación obligatoria de la Ley Arnulfo Roca las únicas empresas que no procedieron a modificar sus cajetillas ni sus precios fueron ITM y MonteTabaco. Un competidor presentó una denuncia ante la Inspección de Comercio e Industria por actos violatorios de la libre competencia. La Inspección ordenó a ITM y MonteTabaco ajustarse a los requerimientos de la Ley Arnulfo Roca y adaptar las cajetillas y publicidad a los requerimientos de dicha Ley. No obstante, la Inspección reconoció que la existencia del contrato de inversión con el Estado generaba una situación particular para ITM y que por tanto esta debía ser referida directamente al Consejo de la Producción y la Inversión para ser evaluada. ITM y MonteTabaco cumplieron la orden de la entidad y presentaron la solicitud de abrir una mesa de consulta con el Consejo de la Producción y la Inversión.

E. LA INVESTIGACIÓN TRIBUTARIA POR EL NO PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN

En febrero del 2012 la Agencia de Tributos y Aduanas de la Federación de Monterroso abrió una investigación tributaria por evasión del pago de la contribución prevista en la Ley Arnulfo Roca a ITM-Silverport Centroamérica y a MonteTabaco.

En los descargos, las investigadas manifestaron que no se encontraban en obligación de realizar el pago de dicha contribución en razón de las cláusulas de estabilidad previstas en el contrato de inversión. En mayo de 2012 la Agencia de Tributos y Aduanas formuló cargos a las empresas y las emplazó para realizar el pago de la

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

contribución debida y los intereses de mora correspondientes so pena que la investigación terminara con fallo desfavorable para los investigados con una sanción del 500% sobre la contribución dejada de pagar y la posibilidad de que fuesen revocados las exenciones tributarias previstas en el contrato de inversión por incumplir los términos del mismo.

Ante el riesgo de la posible sanción ITM y MonteTabaco cancelaron la suma correspondiente el 1 de junio de 2012.

F. LA DISPUTA INICIADA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) POR REINO DE WESTLAND FRENTE A LA LEY ARNULFO ROCA

En abril de 2013, del Reino de Westland presentó una solicitud de celebración de consultas con la Federación de Monterroso en el marco de la OMC en relación con las restricciones impuestas por la Ley Arnulfo Roca. Westland afirmó que las medidas de Monterroso parecían ser incompatibles con las obligaciones que corresponden a ese país en virtud de ADPIC, el Acuerdo OTC y el artículo III del GATT de 1994.

El 11 de abril de 2013, la Republica del Pacifico y otros cinco países miembros de la OMC solicitaron ser asociados a las consultas. En octubre de 2013, Westland solicitó el establecimiento de un grupo especial. En reunión del 25 de septiembre de 2014, el OSD estableció un Grupo Especial. La República del Pacifico se reservó sus derechos en calidad de tercero.

En marzo de 2015, Monterroso solicitó al Director General establecer la composición del Grupo Especial y él mismo la estableció en mayo de 2015. En octubre de 2015, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD que el Grupo Especial entregaría su informe definitivo a las partes no antes del primer semestre de 2017.

G. LA BÚSQUEDA DE UNA SALIDA NEGOCIADA

Desde abril de 2011 Silverport América y el gobierno de Monterroso entablaron acercamientos para buscar una solución a la situación. No obstante, después de haberse visto forzado a pagar el valor de la contribución del año 2011 y ver como sus ventas y ganancias caían en 2012 el tono de la conversación se tornó más complejo.

Para el inversionista, el gobierno estaba desconociendo las razones iniciales que lo llevaron a hacer la inversión y las expectativas legítimas. Para el 2014, sus ventas nacionales habían caído 20% por tercer año consecutivo y estaban exportando a pérdidas sus productos en razón del pago de la contribución en las exportaciones. Sus importaciones también habían caído de manera importante. Adicionalmente, eran los únicos actores de la industria con la obligación de comprar la cosecha a 1234 campesinos todos los años y cultivar tabaco en 1000 hectáreas del Estado para su

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

transformación productiva. Según el inversionista, debido al contrato con ACA estaba teniendo que comprar más hojas de tabaco de las necesarias y no podía ajustar el volumen de producción vendiendo la materia prima en el mercado de exportación debido a los requerimientos de transformación productiva del contrato de inversión. De manera que, desde su perspectiva es como si el gobierno tuviera una “doble moral” porque no quiere que sus ciudadanos consuman tabaco pero deja a ITM en callejón sin salida en el que básicamente impone producir y exportar el producto terminado. Esto dejaría ver, según ellos, que las medidas de la Ley Arnulfo Roca realmente parecen una estrategia del gobierno para incrementar su recaudo tributario en medio de su grave déficit fiscal.

Para Silverport América, Monterroso ha desconocido sus obligaciones en el marco del contrato de inversión y sus compromisos internacionales en el marco de la OMC y del Acuerdo de Inversión vigente con la República del Pacífico.

En contraposición, el Secretario de Salud manifestó que el objetivo del gobierno con éstas medidas era simplemente enriquecerse. Nadie está forzando a la empresa a exportar a pérdidas sus cigarrillos y la empresa no está “encartada” con un montón de hojas de tabaco. Las hojas de tabaco tienen otros usos industriales más allá de fabricar cigarrillos.

A finales del 2014 Silverport intentó hacer ver al gobierno que las medidas no habían tenido resultados tangibles sobre el consumo de tabaco desde que se implementaron efectivamente en el 2011.

Para el gobierno la Ley había sido un éxito, pues con ella Monterroso había logrado mostrarse como líder en la implementación de los compromisos del CCT y las cifras del Centro de Estadística Nacional mostraban un descenso en la compra de productos de tabaco del 25% desde 2011. No obstante, según un estudio contratado por Silverport América, el consumo en realidad se habría incrementado en razón del alza del comercio ilegal de tabaco que generó el súbito incremento de precios del producto. Las Cifras del Centro de Estadística Nacional, no consideraban el posible comercio ilegal de tabaco y que el Estado no se pronunció nunca sobre el supuesto comercio ilegal.

H. LA NOTIFICACIÓN DE LA CONTROVERSIA DE INVERSIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Después de dos años de negociaciones, Silverport América presentó la notificación de intención de someter la controversia a arbitraje el 4 de marzo de 2015.

El 6 de agosto de 2015 Silverport América solicitó al Presidente del CIADI la constitución de un tribunal arbitral con fundamento en el Acuerdo de Protección de Inversiones entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso alegando la

violación de este y del contrato de inversión suscrito en el año 2000. El 11 de noviembre de 2015, se constituyó el tribunal arbitral.

II. LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA

El Tribunal, a través de Orden Procesal No. 1, invitó a las partes a presentar en la presente audiencia sus argumentos orales sobre los siguientes puntos.

A. CUESTIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN

1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LAS MEDIDAS OBJETO DE LA DIFERENCIA EN EL MARCO DEL ACUERDO BILATERAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO Y LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO

**Demandante (Silverport Centroamérica) argumenta que el tribunal es competente para conocer la controversia en virtud que la misma surgió con posterioridad a la entrada en vigencia del APRI**

Según el inversionista la controversia habría surgido una vez las autoridades obligaron a ITM y MonteTabaco a adoptar las medidas previstas en la Ley Arnulfo Roca, lo cual ocurrió en el año 2011, con posterioridad a la entrada en vigor del APRI.

**Demandado (Federación de Monterroso) argumenta que la el tribunal no es competente pues la medida (Ley) objeto de la controversia entró en vigor antes de la entrada en vigencia del APRI**

Según el Estado dado que la medida objeto de la controversia entro en vigor el 10 de febrero de 2010, antes de la entrada en vigencia del APRI (el 19 de febrero de 2010), la misma no se encontraría cubierta por el Acuerdo de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 del mismo.

**Normas Relevantes**

Artículo 2 del APRI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso—

*“1. El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de la entrada en vigor del mismo, por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de esta última. No obstante, no se aplicará a medidas o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su vigencia ni a controversias sobre hechos acaecidos antes de su entrada en vigor, incluso si sus efectos perduran después de esta”.*

**Jurisprudencia relevante**

<b>CASO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>DECISION</b>	<b>Ref.</b>
<i>Chevron (I)</i> . Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/251#sthash.ss0JBVQa.dpuf">http://www.italaw.com/cases/251#sthash.ss0JBVQa.dpuf</a>	Texaco invierte en Ecuador a través de contratos de concesión para explotación de petróleo en el Amazonas. Ecuador incumple los contratos y Texaco demanda ante cortes ecuatorianas tal incumplimiento. Mientras los jueces ecuatorianos deciden el caso, entra en vigencia un BIT. Se demanda en arbitraje internacional la mora judicial.	<b>A favor del inversionista</b>	Laudo provision al, parágrafo 180.  Laudo final, parágrafo 87
Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/641#sthash.NVXcc61P.dpuf">http://www.italaw.com/cases/641#sthash.NVXcc61P.dpuf</a>	Un nacional argentino invierte capital en una sociedad española para la construcción de una planta de producción y distribución de producción químicos a través de un contrato joint venture con una empresa estatal de Galicia (SODIGA). El BIT Argentina-España tiene una limitación de la jurisdicción <i>ratione temporis</i> , según la cual el tribunal no es competente para controversias anteriores a septiembre de 1992, fecha de entrada en vigencia, aún cuando los hechos continuaran produciendo sus efectos después de esa fecha	<b>El tribunal declara que tiene jurisdicción <i>ratione temporis</i> pues define que la fecha crítica en que se originó la disputa fue después de la entrada en vigencia del BIT, a pesar que algunos hechos fueron anteriores.</b>	Decisión de Jurisdicción, parágrafos 97 y 98
Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13 - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/954#sthash.L8Mthkga.dpuf">http://www.italaw.com/cases/954#sthash.L8Mthkga.dpuf</a>	A través de un contrato entre Salini y el Ministerio del Agua de Jordania se pretendía la construcción de una represa. Hay desacuerdo sobre la remuneración a favor de Salini. El BIT Italia – Jordania no contienen ninguna disposición restrictiva de la jurisdicción <i>ratione temporis</i> .	<b>El tribunal asume jurisdicción porque la controversia se presentó después de la entrada en vigencia del BIT. El tribunal sigue la regla del artículo 28 de la Convención de Viena. El tribunal</b>	Decisión de Jurisdicción, parágrafos 170-175

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

		<b>distingue entre jurisdicción y aplicación <i>ratione temporis</i> de un tratado</b>	
Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. v. The Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/03/4 (also known as: Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Perú) - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/389#sthash.wytQRidE.dpuf">http://www.italaw.com/cases/389#sthash.wytQRidE.dpuf</a>	<p>Empresas Lucchetti invierte en el Perú a través de la construcción de una planta de producción y comercialización de pasta en Lima.</p> <p>En 1997-1998 Lucchetti recurre ante tribunales peruanos ciertas medidas administrativas que le impedían la operación de la planta, y gana en esa instancia.</p> <p>Lucchetti opera la planta hasta el 2001, año en el que se emiten dos decretos de la Municipalidad de Lima revocando las licencias para construcción y operación de la planta de Lucchetti porque está cerca de humedales.</p> <p>El BIT Chile – Perú entra en vigencia en Agosto de 2001</p> <p>La pregunta es si la disputa se originó antes o después de agosto de 2001.</p>	<p><b>El tribunal determinó que no tenía jurisdicción <i>ratione temporis</i> porque determinó que la disputa que se le presentaba con ocasión de los decretos emitidos en el 2001 era la misma disputa que se había originado en 1997 cuando se resolvió ante los tribunales peruanos, y no era una nueva</b></p>	<p><b>Laudo de 2005. Parágrafos 40 - 62</b></p>
Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/587#sthash.756fqgDQ.dpuf">http://www.italaw.com/cases/587#sthash.756fqgDQ.dpuf</a>	<p>La empresa belga invierte en Egipto a través de un contrato con la Autoridad egipcia del Canal del Suez para realizar algunas reformas al canal.</p> <p>Jan de Nul presenta una controversia contractual en virtud de la cláusula de solución de diferencias que está en el contrato, antes de ir al CIADI, y apela la decisión de la primera instancia.</p> <p>BLEU-Egipto firmaron un bit en 1977 y otro en 2002.</p> <p>La disputa que se ventilaba ante las cortes egipcias era anterior a la entrada en vigencia del BIT firmado en el 2002.</p>	<p>El tribunal asume jurisdicción <i>ratione temporis</i>. Decide que la fecha en que cristalizó la controversia fue cuando las cortes de Egipto decidieron en primera instancia si hubo o no un dolo contractual por parte de la Autoridad egipcia del Canal del Suez, decisión que fue tomada después de que entrara en</p>	<p>Decisión de Jurisdicción de junio de 2006. Parágrafos 116-136</p>

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

		vigencia el BIT del 2002.	
--	--	---------------------------	--

2. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LA FEDERACIÓN DE MONTERROSO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE INVERSIÓN.

**Demandante (Silverport Centroamérica) argumenta que el tribunal es competente para pronunciarse sobre los incumplimientos de contrato de inversión con fundamento en la cláusula de solución de controversias del APRI**

**Demandado (Federación de Monterroso) argumenta que el tribunal no es competente para pronunciarse sobre cualquier incumplimiento derivado del contrato de inversión suscrito entre las partes:**

- Si bien el APRI no contiene una cláusula paraguas si prevé en su art. 2.2. que se aplica a las inversiones cubiertas independientemente de la relación o vínculo jurídico que hayan tenido con el Estado receptor con anterioridad al mismo, con respeto de los derechos adquiridos. Por lo tanto, en caso de contradicción entre este acuerdo y cualquier otro aplicable, prevalecerá este convenio. Así que al existir contradicción entre la cláusula de solución de controversias del acuerdo y la del contrato de inversión debe prevalecer la primera.
- Además, debe tenerse en cuenta la respuesta del gobierno sobre los términos en que se regiría la relación con el inversionista al entrar en vigencia el APRI, en la cual manifestó que de acuerdo con el pronunciamiento se la Corte *“las relaciones de inversión que con anterioridad a su vigencia se estaban rigiendo por un contrato de inversión seguirán siendo regidas*
- El contrato de inversión no prevé a un tribunal CIADI como el competente para resolver las controversias derivadas del mismo.
- El APRI suscrito entre las partes no incluye una cláusula paraguas en virtud de la cual puedan tratarse como violaciones del acuerdo las violaciones derivadas del contrato de inversión.
- De declararse competente, el tribunal arriesga que existan dos pronunciamientos sobre los mismos hechos. Lo anterior porque de conformidad con el contenido del contrato, los tribunales nacionales continuarían teniendo competencia para pronunciarse sobre las controversias derivadas del mismo.

*por el tratado en atención al respeto de los derechos adquiridos.”*

**Normas aplicables:**

-Artículos 25 y 26 del Convenio CIADI.

-APRI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso

- Artículo 2.2 *“(…) Este acuerdo se aplicará, indistintamente, a todas las inversiones e inversionistas de la otra parte que, al momento de la entrada en vigencia de este acuerdo, estén definidos como tales por el artículo primero, independientemente de la relación o vínculo jurídico que hayan tenido con el Estado receptor con anterioridad a este convenio, con respeto de los derechos adquiridos. Por lo tanto, en caso de contradicción entre este acuerdo y cualquier otro aplicable, prevalecerá este convenio.”*
- 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: (...)*
  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”); (...)*
  3. *Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente 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.*
- ART. 16—*Vigencia. Este Acuerdo entrará en vigencia 60 días después de la fecha en la que ambas Partes se hayan notificado entre ellas por escrito sobre el cumplimiento de sus respectivos requerimientos constitucionales en relación con la ratificación del mismo.*

*Este tratado deroga cualquier protección o convenio anterior frente a la misma materia y a los nacionales de las partes que califiquen como inversionistas.*

-Contrato de inversión entre la Industria Tabacalera de Monterroso- Silverport Centroamérica y la Federación de Monterroso

- *CLÁUSULA CUARTA.- DE LA NORMATIVA QUE REGULA LAS INVERSIONES.-Las Partes declaran expresamente que su relación jurídica estará regulada por lo dispuesto en el presente Contrato de Inversión en consonancia con la legislación nacional e internacional pertinente.*
- *CLÁUSULA OCTAVA.-VIGENCIA.-El presente Contrato de Inversión se mantendrá vigente por 20 años, contados a partir de la fecha de su suscripción;*
- *CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- Las partes acuerdan que cuando surja una controversia relativa a la inversión o a la ejecución del Contrato de Inversión, el Inversionista deberá como primera opción, optar por resolver la controversia mediante negociaciones con las entidades directa o indirectamente relacionadas con el conflicto; las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas en un tiempo de 60 días calendario se someterán al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por tanto el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público, será competente para conocer y resolver.*

3. LOS EFECTOS DE LA CONTROVERSIA ANTE LA OMC SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

**Demandante (Silverport Centroamérica) argumenta que la controversia que se está ventilando en el marco de la OMC no afecta la competencia del tribunal.**

**Demandado (Federación de Monterroso) argumenta que el tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre posibles incumplimientos a los compromisos adquiridos por el Estado en el marco de la OMC.**

- A pesar de que ambos procesos se originan en el mismo hecho del Estado (la Ley Arnulfo Roca) no existen procedimientos paralelos.
- No existe identidad de partes, ni identidad de la pretensión entre el procedimiento que se está llevando a cabo en el marco de la OMC y la controversia presentada ante el
- Si bien en este caso no existen en sentido estricto procedimientos paralelos (debido a la ausencia de falta de identidad de partes y de pretensiones), ambas decisiones implican necesariamente una determinación respecto de la conformidad o no de la actuación de Monterroso frente a sus

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

tribunal arbitral.

- El remedio que se dará en el marco de la OMC solo tiene efectos a futuro y será referirá de manera genérica a la adecuación de la conducta del Estado a sus compromisos en el marco de la OMC, mientras que la determinación de este tribunal dará un remedio específico al inversionista por los hechos acaecidos otorgándole una reparación específica.
- De la lectura conjunta de los artículos 12, 13 y 15 del APRI se puede concluir que la voluntad de los Estados contratantes fue que los tribunales tuvieran competencia para pronunciarse sobre este tipo de pretensiones. Así, el artículo 12 establece textualmente que *“deberán tomarse en consideración las obligaciones adquiridas por los Estados Parte en el marco de otros acuerdos internacionales como para armonizar el alcance de las obligaciones previstas en este acuerdo con estos otros compromisos, particularmente aquellos referidos a los derechos humanos y la protección del medio ambiente”* y el artículo 15 determina que *“Un tribunal establecido de conformidad con esta sección decidirá sobre los asuntos en controversia de conformidad con este acuerdo y las reglas de derecho internacional aplicables.”*

compromisos en el marco de la OMC. En consecuencia, que el tribunal se pronuncie sobre estas pretensiones genera el riesgo de una contradicción respecto de la decisión del Grupo Especial, o eventualmente el Órgano de Apelación de la OMC sobre la conformidad o no de las medidas con los Acuerdos de la OMC.

- La Federación de Monterroso solo ha otorgado su consentimiento para resolver cuestiones respecto del cumplimiento o no de los Acuerdos de la OMC en el marco de lo previsto en el Acuerdo de Solución de Diferencias. De igual forma su consentimiento en el marco del APRI con la República del Pacífico se limitó a la determinación de su responsabilidad sobre los estándares de protección previstos en el acuerdo. En esa medida, de declararse competente, el tribunal estaría decidiendo sin el consentimiento de las partes.

**Normas aplicables:**

-APRI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso

- **Artículo 12.- Otras disposiciones.** *Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversionistas de la otra Parte*

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

*Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable. De igual forma deberán tomarse en consideración las obligaciones adquiridas por los Estados Parte en el marco de otros acuerdos internacionales como para armonizar el alcance de las obligaciones previstas en este acuerdo con estos otros compromisos, particularmente aquellos referidos a los derechos humanos y la protección del medio ambiente. (...)*

- **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:  
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. (...)*
- **Artículo 15. — Derecho aplicable.** *Un tribunal establecido de conformidad con esta sección decidirá sobre los asuntos en controversia de conformidad con este acuerdo y las reglas de derecho internacional aplicables. (...)*

ACUERDO DE LA RONDA URUGUAY, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias

- **Artículo 3: Disposiciones generales**
  1. *Los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.*
  2. *El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.*
  3. *Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro.*
  4. *Las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos.*
  5. *Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo*

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.

6. Las soluciones mutuamente convenidas de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados se notificarán al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellas relacionada.

7. Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados. No se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión. El último recurso previsto en el presente Entendimiento para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas.

8. En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.

9. Las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral.

10. Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes. (...)

- **Artículo 11: Función de los grupos especiales**

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

*de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.*

B. CUESTIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

1. LA EXPROPIACIÓN ALEGADA POR LA DEMANDANTE.

**Demandante (Silverport Centroamérica)** argumenta que existen dos medidas expropiatorias en este caso: la imposición de la sobretasa a la venta de cigarrillos y la reglamentación de empaquetado simple que prohíbe el uso de marcas

**Demandado (Federación de Monterroso)** argumenta que las medidas impuestas no constituyen una expropiación en los términos del acuerdo y que en todo caso son medidas contempladas y avaladas por el mismo

- La propiedad intelectual juega un papel crítico en distinguir los productos de los competidores. Con el tiempo, el uso de la propiedad intelectual sobre o en relación con productos de Silverport y de ITM ha contribuido a la generación de un good will de los productos.
  - La legislación de empaquetado genérico priva al inversionista de su propiedad intelectual y el uso comercial de sus marcas. El valor comercial de la propiedad intelectual y el uso comercial de la propiedad intelectual se destruye sustancialmente, sin importar que el título de las marcas no se haya afectado.
  - Producto de las medidas, las ventas y por tanto las utilidades del inversionista se han caído de manera significativa y constante desde su entrada en vigor. Lo anterior, en la medida que la sobretasa ha fomentado el
- El acuerdo excluye expresamente medidas de salud pública como las que se tomaron con la Ley Arnulfo Roca, al establecer que “, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta”.
  - Las medidas tomadas responden al cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Federación de Monterroso en el marco del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco.
  - De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del APRI una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto, u ofrecer dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición,

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

contrabando del producto. En ese sentido, la medida no es proporcional, efectiva ni necesaria para lograr el objetivo que supuestamente se propone.

*expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista.*

- Dadas las condiciones de la inversión, Silverport se está viendo más afectada que los demás actores de la industria, pues la obligación de comprar de hojas de tabaco por encima de lo requerido ante la nueva demanda y el requerimiento de transformar el producto la está llevando a una quiebra inminente consecuencia de las medidas tomadas por el Estado y vistas en conjunto.

### Normas pertinentes

#### **APRI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso**

- **Artículo 9. —Expropiación.**

*1. Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto:*

*(a) por razones de utilidad pública;*

*(b) de una manera no discriminatoria;*

*(c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4; y*

*(d) de conformidad con el principio del debido proceso.*

*(...)*

*5. El presente artículo cubre dos situaciones. La primera situación es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra forma expropiada directamente según lo dispuesto por el derecho internacional.*

*6. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del derecho de dominio.*

*(a) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:*

*(i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se*

*haya producido una expropiación indirecta,*

*(ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas razonables de la inversión, y*

*(iii) el carácter de la medida o de la serie de medidas;*

*(b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.*

- **Artículo 10. —Medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente.** *Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus estándares en medidas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto, u ofrecer dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con la otra Parte. Las Partes harán todo intento de ocuparse del asunto a través de consultas e intercambio de información.*
- **Artículo 12 Otras disposiciones.**
  1. *Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable. De igual forma deberán tomarse en consideración las obligaciones adquiridas por los Estados Parte en el marco de otros acuerdos internacionales como para armonizar el alcance de las obligaciones previstas en este acuerdo con estos otros compromisos, particularmente aquellos referidos a los derechos humanos y la protección del medio ambiente.*

-Contrato de inversión entre la Industria Tabacalera de Monterroso- Silverport Centroamérica y la Federación de Monterroso

**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.-PARÁMETROS APLICABLES AL PROYECTO DE INVERSIÓN.-** *Tomando en cuenta las características del PROYECTO DE INVERSIÓN, así como el sector productivo en el que este se desarrollará, se establece como parámetros que deberán cumplirse y mantenerse durante la vigencia del presente instrumento, los siguientes:*

**11.1.- MONTO DE LA INVERSIÓN.-** *A partir de la fecha de la constitución del INVERSIONISTA como sociedad, el monto de la inversión será de ciento*

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

*cincuenta millones de dólares (USD) y una inversión mínima de cien millones de dólares de dólares (USD). Esta inversión estará dirigida principalmente a la ampliación de la capacidad instalada de la planta del INVIERSIONISTA de manera que para el sexto año de vigencia de dicho contrato la misma sea cinco veces la capacidad instalada presente.*

*11.2.- INCREMENTO DE EMPLEO.- A partir del inicio de la operación efectiva del INVERSIONISTA, productiva y comercial, mantendrá contratado bajo relación de dependencia a un número mínimo de 800 trabajadores directos, para la ejecución de labores permanentes.*

*11.3 CONTRATOS DE PRODUCCIÓN DE AGRICULTURA.- El INVERSIONISTA se compromete a suscribir con la Asociación de Campesinos de Aguacielo un contrato de compra de cosecha de tabaco por un término de 20 años y a ejecutar dicho contrato de conformidad con sus cláusulas.*

*11.4 ARRENDAMIENTO DEL TERRENO EL EDEN.- El INVERSIONISTA se compromete a tomar en arriendo el terreno de propiedad de la Federación de Monterroso, denominado El Edén, cuya extensión es de 1000 hectáreas, por un término de 20 años. El precio anual a pagar por el arriendo de dicho terreno será de 30 dólares por hectárea. Este terreno deberá ser usado exclusivamente para el cultivo de tabaco.*

*11.5 TRANSFORMACIÓN PRODUCTIVA.- El INVERSIONISTA se compromete a realizar transformación productiva de las hojas de tabaco cosechadas por los campesinos de la ACA así como aquellas cosechadas por el INVERSIONISTA en el terreno que será objeto de arrendamiento por parte del mismo. En todo caso el inversionista no podrá exportar ni vender para exportar dicha materia prima sin transformar.*

### Jurisprudencia relevante sobre derecho del Estado a regular en material de salud

CASO	DESCRIPCIÓN	DECISIÓN
William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canadá, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04 - See more at:	El gobierno canadiense busca la protección del medio ambiente a través de la negación a la empresa norteamericana Bilcon de un proyecto de construcción de una cantera marina para hacer minería en una zona de Canadá.	A favor del inversionista

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

<a href="http://www.italaw.com/cases/1588#sthash.qFN9wBIN.dpuf">http://www.italaw.com/cases/1588#sthash.qFN9wBIN.dpuf</a>		
<b>Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12 - See more at:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/851#sthash.VXxiM40b.dpuf">http://www.italaw.com/cases/851#sthash.VXxiM40b.dpuf</a>	El gobierno australiano impone a los productores y comercializadores de tabaco la obligación de empacar las cajetillas de cigarrillos de acuerdo a determinadas especificaciones gubernamentales con miras a proteger la salud de los consumidores.	Tribunal declara no tener competencia para conocer la controversia.
<b>Glamis Gold, Ltd. v. The United States of América, UNCITRAL - See more at:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/487#sthash.zHOF4FKi.dpuf">http://www.italaw.com/cases/487#sthash.zHOF4FKi.dpuf</a>	El Estado de California emite regulaciones sobre minería a cielo abierto para proteger la salud de sus habitantes, y esta regulación afecta a la empresa canadiense Glamis Gold.	A favor del Estado
<b>Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6 (formerly Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG &amp; Co. KG v. The Federal Republic of Germany) - See more at:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/1148#sthash.Z4WIWJSo.dpuf">http://www.italaw.com/cases/1148#sthash.Z4WIWJSo.dpuf</a>	El gobierno alemán de Hamburgo, exige el cumplimiento de ciertos requisitos para la construcción de una planta de energía a base de carbón para la protección de la salud humana.	Acuerdo de las partes
<b>Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2 - See more at:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/1625#sthash.N3xV2K5Y.dpuf">http://www.italaw.com/cases/1625#sthash.N3xV2K5Y.dpuf</a>	El inversionista ostenta patentes de dos productos farmacéuticos esenciales para la salud, que luego le son canceladas por el gobierno de Canadá.	No se ha decidido

Jurisprudencia relevante sobre la viabilidad de catalogar medidas tributarias como expropiación.

CASO	DESCRIPCIÓN	DECISION
OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OCCIDENTAL	Durante 2000-2001, el Estado ecuatoriano le devuelve al inversionista lo pagado por impuestos de IVA relacionados con el desarrollo de su	El tribunal determina que la no devolución del IVA era una violación al TRATO

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

<p><b>EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (CLAIMANTS) - AND - THE REPUBLIC OF ECUADOR (RESPONDENT) (ICSID Case No. ARB/06/11)</b></p>	<p>actividad económica en el sector de los hidrocarburos.</p> <p>Sin embargo, a mediados del 2001 la autoridad tributaria ecuatoriana emite resoluciones que niegan nuevas devoluciones de IVA al inversionista, y que reclama el reembolso de las que ya le habían sido devueltas, puesto que el contrato estatal de concesión para explotación de hidrocarburos firmado entre el Estado y el inversionista ya contenía tal monto del IVA significando una doble erogación del Estado por un mismo concepto.</p>	<p>JUSTO Y EQUITATIVO, pues se trataba de un incumplimiento de un contrato de inversión que tenía el inversionista con el Estado, y eso estaba contemplado en el artículo 10(2) del BIT Ecuador – EE.UU</p>
<p><b>PERENCO ECUADOR LTD. - AND - THE REPUBLIC OF ECUADOR AND EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) (ICSID Case No. ARB/08/6)</b></p>	<p>Perenco inició un arbitraje contra Petroecuador y el Estado ecuatoriano el 30 de abril de 2008. Perenco sostiene que la empresa estatal y el Estado han vulnerado sus derechos bajo los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos relativos a dos bloques en la región amazónica.</p> <p>Perenco efectuó bajo reserva los pagos establecidos por la Ley 42 de 2006, hasta finales de abril de 2008, mientras continuaba en negociaciones con Petroecuador y el Estado por incumplimientos en el contrato de participación.</p>	<p>El tribunal declaró que no hubo expropiación por que no existió una pérdida sustancial para el inversionista.</p> <p>Sin embargo señaló que la Ley 42 imponía una serie de pagos con efectos equivalentes a un impuesto (medida tributaria), y que estas medidas no estaban excluidas del alcance de la cláusula sobre expropiación</p>
<p><b>ENCANA CORPORATION v. REPUBLIC OF ECUADOR- LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION</b></p>	<p>EnCana, es una empresa canadiense de petróleo y de gas. En 1995, las subsidiarias de EnCana firmaron contratos para la exploración y explotación de petróleo y gas con Petroecuador, una entidad enteramente propiedad de Ecuador.</p> <p>El problema en EnCana fueron las devoluciones del IVA, al que tenía presuntamente derecho en virtud de las Leyes y reglamentos del Ecuador. Cuando se firmaron los contratos de participación, los exportadores de bienes en Ecuador que había pagado IVA por la importación de “una entrada de la materia prima empleada en la fabricación de los productos de exportación” fueron elegibles para recibir un reembolso del IVA.</p>	<p>El tribunal declaró que no hubo una expropiación, pues aunque sí había medidas tributarias, éstas no limitaban sustancialmente el valor de la inversión.</p> <p>El tribunal asumió una postura restrictiva a la hora de calificar medidas tributarias como expropiatorias, bajo la creación de una especie de test.</p>

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

	Ecuador expidió la llamada Ley Interpretativa de 2004, que explícitamente negaba a las compañías petroleras la devolución del IVA.	
<b>Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/857#sthash.JQX6S2tw.dpuf">http://www.italaw.com/cases/857#sthash.JQX6S2tw.dpuf</a>	Plama Consortium invierte en una sociedad de capital constituida en Bulgaria, y que es propietaria de una refinería de petróleo. El inversionista demanda ciertas medidas tomadas por el Estado ante arbitraje, bajo el BIT Chipre – Bulgaria y bajo el tratado la Carta de Energía.	El Estado gana. Por una jugada deshonesta del inversionista que le hizo generar ganancias contables ficticias, se generaron unos impuestos sobre la renta que lo terminaron afectando gravemente. El tribunal declara que no hay expropiación, porque la legislación tributaria era clara antes de las operaciones que realizó el inversionista.
<b>LINK-TRADING JOINT STOCK COMPANY V. DEPARTMENT FOR CUSTOMS CONTROL OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA, UNCITRAL.</b>	Una empresa norteamericana creada para contrato de joint venture se dedica a la importación de productos de consumo en la Zona Económica Libre de Chisinau y reventa a los clientes al por menor. El inversionista presenta reclamaciones derivadas de los cambios en las tarifas de un impuesto y las exenciones del IVA introducidas por la Ley del presupuesto de Moldavia de 1998, que supuestamente destruyó la viabilidad económica de los negocios del reclamante.	El tribunal consideró que el cambiar el régimen tributario de una zona franca puede llevar a constituir una expropiación y pasó a la etapa de méritos. Sin embargo, el tribunal señaló que no había expropiación.
<b>Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3</b> - See more at: <a href="http://www.italaw.com/cases/508#sthash.vuambX64.dpuf">http://www.italaw.com/cases/508#sthash.vuambX64.dpuf</a>	El inversionista es propietario de una subsidiaria en Burundi cuyo objeto es la producción y comercialización de metales preciosos. Esta sociedad se establece en una zona libre de impuestos, y tiene derecho a ciertas exenciones tributarias que luego le son retiradas.	El tribunal considera que las medidas tributarias pueden ser una expropiación si se cumplen los requisitos de cualquier acto expropiatorio. Las partes concilian el caso.
<b>Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No.</b>	El demandante es accionista de una sociedad constituida en México que está en el negocio de la producción para exportación de cigarrillos. El gobierno se niega a otorgar a la	El tribunal decide que hubo una expropiación indirecta, pero en relación con el tema tributario se va por la

## DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

<b>ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico) - See more at:</b> <a href="http://www.italaw.com/cases/435#sthash.cUzmxPdo.dpuf">http://www.italaw.com/cases/435#sthash.cUzmxPdo.dpuf</a>	empresa del demandante unos beneficios tributarios que tienen los exportadores de productos manufacturados.	violación de la cláusula de trato nacional. El caso lo gana el inversionista.
--	---	---

2. LA VIOLACIÓN AL TRATO JUSTO EQUITATIVO ALEGADA POR LA DEMANDANTE EN RAZÓN DE LA VIOLACIÓN DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DEL INVERSIONISTAS BASADAS EN LA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD PREVISTA EN EL CONTRATO DE INVERSIÓN Y EN RAZÓN DE LA VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL MARCO DE OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES

**Demandante (Silverport Centroamérica) argumenta la violación al estándar de TEJ en razón del desconocimiento de la cláusula de estabilidad prevista en el contrato de inversión.** **Demandado (Federación de Monterroso) argumenta que a la luz del APRI la cláusula de estabilidad no resulta aplicable**

- De acuerdo con el contenido del contrato de inversión el Estado se comprometió a mantener las condiciones jurídicas y económicas pactadas en el contrato.
- De acuerdo con lo previsto en los artículos 2 y 12 del APRI y a la decisión del tribunal constitucional el estándar de TEJ se aplicaría a la relación de inversión con respeto a los derechos adquiridos, entre los cuales debe entenderse necesariamente la estabilidad.
- Más allá de si actualmente es aplicable o no la cláusula de estabilidad, la misma debe ser entendida por el tribunal como la concreción de las legítimas expectativas del inversionista, que se vieron defraudadas con la implementación de la Ley Arnulfo Roca.
- Independientemente de la existencia o no de la cláusula de estabilidad, las actuaciones del Estado constituyen una violación al
- El alcance de la cláusula de estabilidad en el contrato de inversión no puede ser, a la luz del texto del APRI, la de impedir que el Estado establezca medidas razonables para proteger la salud pública.
- El inversionista renunció a la estabilidad de acuerdo con la cláusula decima quinta del contrato al haber procedido al pago de la contribución.
- De acuerdo con el artículo 2 del APRI de surgir contradicción entre el contrato de inversión y el APRI prevalecerá el último. En este caso, la cláusula de estabilidad está en contradicción con los artículos 10 y 11 del mismo.
- De acuerdo con el art. 12 del APRI las condiciones más favorables pactadas con el inversionista solo serán aplicables *“siempre que se encuentren conformes con las obligaciones de derecho internacional adquiridas por el*

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

TJE en la medida que el Estado desconoció sus obligaciones en virtud de otros acuerdos internacionales. En consecuencia la violación de las obligaciones de Monterroso en el marco de los acuerdos OTC y TRIPS constituyen necesariamente una violación al TJE.

*Estado Parte*”. En esa medida no resulta aplicable la cláusula de estabilidad respecto de la Ley Arnulfo Roca ya que la misma busca cumplir los compromisos internacionales adquiridos en el marco de la OMS.

- El TJE no incluye de ipso facto la posibilidad de que se concluya que existe una violación al mismo en razón de un presunto desconocimiento de otras obligaciones internacionales ajenas al APRI.

### Normas pertinentes

#### *Artículo 2 (...)*

*2. Este acuerdo se aplicará, indistintamente, a todas las inversiones e inversionistas de la otra parte que, al momento de la entrada en vigencia de este acuerdo, estén definidos como tales por el artículo primero, independientemente de la relación o vínculo jurídico que hayan tenido con el Estado receptor con anterioridad a este convenio, con respeto de los derechos adquiridos. Por lo tanto, en caso de contradicción entre este acuerdo y cualquier otro aplicable, prevalecerá este convenio.*

#### *Artículo 6. —Nivel mínimo de trato.*

*1. Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad de acuerdo con el derecho internacional.*

*2. La obligación en el párrafo 1 de otorgar “trato justo y equitativo” incluye pero no necesariamente se limita a (i) la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos; (ii) la obligación de no otorgar un trato a las inversiones cubiertas que sea manifiestamente arbitrario; (iii) la obligación de no violar de manera flagrante el debido proceso; (iv) la obligación de no otorgar un trato manifiestamente abusivo que suponga el continuo acoso y coacción injustificados; (v) la obligación de no infringir las legítimas expectativas del inversionista con base en las representaciones inducidas por las medidas adoptadas por el Estado parte.*

#### *Artículo 12.- Otras disposiciones.*

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable. De igual forma deberán tomarse en consideración las obligaciones adquiridas por los Estados Parte en el marco de otros acuerdos internacionales como para armonizar el alcance de las obligaciones previstas en este acuerdo con estos otros compromisos, particularmente aquellos referidos a los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversionistas de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo, siempre que se encuentren conformes con las obligaciones de derecho internacional adquiridas por el Estado Parte.

-Contrato de inversión entre la Industria Tabacalera de Monterroso- Silverport Centroamérica y la Federación de Monterroso

**CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA.- ESTABILIDAD.-**

El Gobierno se compromete a garantizar, durante la duración del presente contrato, que el INVERSIONISTA gozará de la estabilidad de las condiciones generales, jurídicas, económicas, financieras y fiscales en las que se va a operar.

Particularmente, durante la vigencia del presente Contrato de Inversión, se mantendrán invariables para el INVERSIONISTA, las normas legales, reglamentarias y resoluciones generales, que tengan relación directa con los incentivos detallados en la cláusula anterior, en tanto en 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.

**CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- RENUNCIA A LA ESTABILIDAD -** 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.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA SEPTIMA.- GENERALIDADES.-** Las partes acuerdan de manera expresa que:

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

16.1- Si en cualquier momento, durante la vigencia de este Contrato de Inversión, alguna de sus estipulaciones se considera que es, o se torna, ilegal, inválida o inejecutable: (a) Esta circunstancia no afectará la legalidad, validez o ejecutabilidad de este Contrato de Inversión o de las restantes estipulaciones del mismo, y (b) Las Partes sustituirán dicha estipulación con otra estipulación, válida, legal y ejecutable. Esta regla no aplica para las disposiciones de carácter tributario, en especial sobre las relativas a los incentivos durante el plazo del presente Contrato de Inversión.

3. LA VIOLACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE ESTABLECER REQUISITOS DE DESEMPEÑO

**Demandante (Silverport Centroamérica) argumenta que la exigencia de exportar la materia prima transformada y la de utilizar productos de origen nacional constituyen violaciones al artículo 11 del APRI**

**Demandado (Federación de Monterroso) argumenta que la exigencia de transformación productiva y las obligaciones de cosechar tabaco en la tierra arrendada por ITA y de comprar a los miembros del ACA su cosecha no constituyen el establecimiento de requisitos de desempeño en los términos del APRI**

- El condicionamiento de los beneficios tributarios del contrato de inversión al cumplimiento de los estándares previstos en la cláusula décima del mismo constituyen una violación a lo previsto en el artículo 11 del APRI en la medida que exigen *“la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales.”*
- De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 del APRI. *“Este tratado deroga cualquier protección o convenio anterior frente a la misma materia y a los nacionales de las partes que califiquen como inversionistas.”* En consecuencia, no deberían aplicarse los estándares del contrato de inversión como lo ha venido haciendo el Estado.
- La compra de la cosecha a los miembros de ACA no puede entenderse cobijada por el art. 11 del APRI en la medida que el numeral 3 del mismo artículo señala que *“Este artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas.”*
- La exigencia de exportar el tabaco una vez ha sufrido una transformación productiva no cabe dentro de ninguna de las causales de restricciones cuantitativas previstas en el artículo 11 del APRI.
- Los estándares de la inversión previstos en la cláusula 10 del Contrato de Inversión fueron la razón que llevó al Estado a otorgar los beneficios tributarios previstos en dicho contrato. Desconocer los mismos implicaría un desequilibrio injustificado a favor del inversionista quien recibiría los

beneficios tributarios sin aportar al desarrollo sostenible del país anfitrión. En consecuencia, si de acuerdo con la argumentación del inversionista se entiende derogado lo previsto en el contrato también habrían quedado derogados entonces los beneficios tributarios.

## Normas pertinentes

### **APRI entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso**

#### **Artículo 11. — Requisitos de desempeño.**

1. Ninguna parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de una inversión de un inversionista de una parte, imponer ni hacer cumplir cualquier requisito o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso de los que se enuncian a continuación o utilizarlos como condicionamiento para recibir una ventaja o que se continúe recibiendo una ventaja:

a) la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; o

b) que las compras o la utilización de productos de importación por una empresa se limite a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte.

c) la importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, en general o a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte;

d) la importación por una empresa de productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, limitando el acceso de la empresa a las divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; o

2) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en el párrafo 1 se interpretará en el sentido de impedir a una parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental, que sean;

(i) necesarias para asegurar el cumplimiento de Leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este acuerdo;

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

- (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
  - (iii) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.
4. Este artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas.

Contrato de inversión entre ITM y la Federación de Monterroso

**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.-PARÁMETROS APLICABLES AL PROYECTO DE INVERSIÓN.-** Tomando en cuenta las características del PROYECTO DE INVERSIÓN, así como el sector productivo en el que este se desarrollará, se establece como parámetros que deberán cumplirse y mantenerse durante la vigencia del presente instrumento, los siguientes:

11.1.- MONTO DE LA INVERSIÓN.- A partir de la fecha de la constitución del INVERSIONISTA como sociedad, el monto de la inversión será de ciento cincuenta millones de dólares (USD) y una inversión mínima de cien millones de dólares de dólares (USD). Esta inversión estará dirigida principalmente a la ampliación de la capacidad instalada de la planta del INVIERSIONISTA de manera que para el sexto año de vigencia de dicho contrato la misma sea cinco veces la capacidad instalada presente.

11.2.- INCREMENTO DE EMPLEO.- A partir del inicio de la operación efectiva del INVERSIONISTA, productiva y comercial, mantendrá contratado bajo relación de dependencia a un número mínimo de 800 trabajadores directos, para la ejecución de labores permanentes.

11.3 CONTRATOS DE PRODUCCIÓN DE AGRICULTURA.- El INVERSIONISTA se compromete a suscribir con la Asociación de Campesinos de Aguacielo un contrato de compra de cosecha de tabaco por un término de 20 años y a ejecutar dicho contrato de conformidad con sus cláusulas.

11.4 ARRENDAMIENTO DEL TERRENO EL EDÉN.- El INVERSIONISTA se compromete a tomar en arriendo el terreno de propiedad de la Federación de Monterroso, denominado El Edén, cuya extensión es de 1000 hectáreas, por un término de 20 años. El precio anual a pagar por el arriendo de dicho terreno será de 30 dólares por hectárea. Este terreno deberá ser usado exclusivamente para el cultivo de tabaco.

11.5 TRANSFORMACIÓN PRODUCTIVA.- El INVERSIONISTA se compromete a realizar transformación productiva de las hojas de tabaco cosechadas por los campesinos de la ACA así como aquellas cosechadas por el INVERSIONISTA en el terreno que será objeto de arrendamiento por parte del mismo. En todo

ANALISIS DEL CASO: SILVERPORT AMÉRICA c. LA FEDERACION DE MONTERROSO

DOCUMENTO EXCLUSIVO PARA ÁRBITROS

*caso el inversionista no podrá exportar ni vender para exportar dicha materia prima sin transformar.*

CONFIDENCIAL