

Los tratados comerciales y de inversión: obstáculos para las medidas nacionales de salud pública y de control del tabaco

Por Carlos Correa, Nirmalya Syam y Germán Velásquez

Un tribunal arbitral deberá emitir pronto una decisión de jurisdicción en relación con la demanda interpuesta por Philip Morris contra el Gobierno del Uruguay. La empresa tabacalera se ampara en un tratado bilateral de inversión (TBI) entre el Uruguay y Suiza para impugnar los requisitos de embalaje y etiquetado para cigarrillos impuestos por el Uruguay a fin de reducir el consumo de tabaco. En febrero de 2010, Philip Morris también inició procedimientos arbitrales semejantes en Australia, aduciendo que el proyecto de ley relativo al empaquetado genérico del tabaco de 2011 (*Tobacco Plain Packaging Bill*) viola el TBI firmado en 1993 entre ese país y Hong-Kong. Otras empresas tabacaleras también han impugnado infructuosamente las normas australianas sobre el empaquetado genérico de cigarrillos ante el Tribunal Supremo de Australia. El Tribunal australiano desestimó las demandas y sostuvo que las leyes australianas eran constitucionales y no violaban los derechos de marca puesto que la legislación reglamentaba e imponía controles sobre el embalaje y la presentación de productos derivados del tabaco y « [...] no beneficiaba ni favorecía los intereses de propiedad del Commonwealth ni de cualquier otra persona». ¹ Honduras, la República Dominicana y Ucrania también presentaron sendas reclamaciones contra Australia en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en relación con el uso de marcas en los embalajes de cigarrillos.

Los litigios contra Australia y el Uruguay generan profunda preocupación tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo en relación con la aplicación de medidas impuestas por

motivos de salud pública. Las consideraciones de salud pública revisten particular importancia en el contexto del control del tabaco puesto que en virtud del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT OMS), las Partes en el Convenio tienen una obligación específica relacionada con el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco. Según lo dispuesto por el artículo 11 1) a) del Convenio, cada Parte deberá adoptar y aplicar de conformidad con su legislación nacional medidas eficaces para garantizar que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros.

Los litigios recientes ponen de relieve la necesidad de proceder con cautela al negociar nuevos TBI para asegurarse de que ninguna disposición sustantiva vaya en contra del CMCT OMS. En este sentido cabe preguntarse asimismo si los tribunales para la solución de controversias en materia de inversión previstos por los TBI o por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC son instancias adecuadas para dirimir litigios sobre las medidas de control del tabaco que están en conformidad con las disposiciones del CMCT OMS.

Un gran número de países en desarrollo como el Uruguay han suscrito TBI y otros acuerdos para

proteger la inversión extranjera directa (IED) que han traído consigo importantes restricciones a la soberanía de los países receptores. A finales de 2011 se habían firmado en el mundo 2.833 TBI. La protección jurídica para los inversores extranjeros prevista en los TBI y otros acuerdos (como los capítulos en los tratados de libre comercio (TLC) negociados con los países desarrollados) suele considerarse necesaria para atraer la IED. Sin embargo, cabe preguntarse si en realidad han sido eficaces a la hora de generar corrientes de inversión y promover la obtención de beneficios para el desarrollo.

Es más, «los TBI han resultado ser mucho más “nocivos” de lo que parecían: muchos países en desarrollo han sido condenados por los tribunales internacionales de arbitraje a pagar millones de dólares por supuestas violaciones a estos tratados». La mayor parte estos fallos arbitrales se basaron en interpretaciones demasiado amplias de estas normas y conceptos jurídicos⁴ inducidas por varias características típicas de los TBI:

En primer lugar, los TBI dan en general una definición demasiado amplia del término «inversión», que abarca casi cualquier clase de activo empresarial como bienes muebles e inmuebles, acciones en las compañías, reclamaciones pecuniarias, derechos contractuales, derechos de propiedad intelectual, concesiones, licencias y derechos similares. Esta definición es más amplia que la de la IED puesto que incluye igualmente las inversiones de cartera.

En segundo lugar, se concede la protección sobre la base de normas jurídicas ambiguas como el «trato justo y equitativo» y la «expropiación indirecta», razón por la cual los tribunales tienen gran facultad decisoria para juzgar las medidas de los gobiernos. Los BIT otorgan poderes a estos tribunales (formados por árbitros designados especialmente para cada caso y que no están sujetos a ninguna autoridad jurisdiccional) para reprobado políticas de interés público adoptadas sobre la base de unos «derechos de los inversores» definidos vagamente.

En tercer lugar, los TBI contienen generalmente una cláusula de la «Nación más favorecida» (NMF) que asegura que las inversiones de los nacionales de una parte contratante reciban un trato igual de favorable al que el país receptor concede en el marco de otros TBI a los inversores de cualquier otro país. Esto significa que los inversores que en el marco de los TBI con sus países de origen reciben una protección limitada, pueden invocar el grado de protección más elevado que concede el país receptor en el marco de cualquier TBI.

En cuarto lugar, y lo que es más significativo, los TBI prevén el derecho de los inversores a demandar directamente al Estado en donde ha tenido lugar la inversión. Este sistema es radicalmente diferente al mecanismo de solución de diferencias entre Estados creado en el marco de la OMC. La solución de litigios en el marco de los TBI tiene lugar generalmente por medio de tribunales arbitrales que no están basados en el sistema de las partes contratantes de conformidad con las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o, lo que es más común, bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)⁵. El total de casos conocidos con base en tratados fue de 450 a finales de 2011. Ese mismo año, el número de solución de litigios entre inversores y Estados aumentó en 46 casos,⁶ lo que supuso el pago de compensaciones de miles de millones de dólares de los Estados Unidos a los inversores supuestamente afectados. El aumento del número de casos sometidos a arbitraje y las condenas a los países a pagar indemnizaciones millonarias sin derecho a apelar la sentencia, ha exacerbado el descontento y ha generado iniciativas para excluir las cláusulas de arbitraje internacional de los TBI y para que los Estados se retiren del Convenio del CIADI⁶.

Así, los inversores pueden impugnar los supuestos efectos de políticas públicas fundamentales que a su juicio perjudican considerablemente sus perspectivas comerciales y exigir una indemnización por ello, como lo ilustra el caso interpuesto contra las medidas de salud pública adoptadas por el Uru-

guay¹⁰.

Medidas de control del tabaco en el Uruguay

El Uruguay es uno de los 173 países signatarios del CMCT OMS cuyo objetivo, enunciado en el artículo 3, 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 a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco». De conformidad con el artículo 5 del Convenio, «Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multi-sectoriales integrales del control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido». El artículo 11 prevé la adopción de medidas específicas con relación al «empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco» detalladas en las «Directrices para la aplicación del artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco “empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco”»¹¹.

De conformidad con las disposiciones del CMCT OMS, el Uruguay reforzó sus políticas contra el tabaco entre 2008 y 2009. Philip Morris ha alegado que tres de las medidas adoptadas por el Gobierno uruguayo violan el TBI suscrito entre el Uruguay y Suiza. Dichas medidas son las siguientes:

- El artículo 1 de la Ordenanza 514 de agosto de 2008 del Ministerio de Salud Pública dispuso que en los paquetes de cigarrillos figure una de las nuevas series de pictogramas creados por el Ministerio de Salud Pública que representan con imágenes impactantes los efectos del tabaco para la salud. Según una declaración emitida por Philip Morris, los pictogramas que debían incluirse obligatoriamente en los paquetes de cigarrillos «contenían imágenes chocantes y sensacionalistas

[...] como la de un bebé grotescamente desfigurado». «No nos oponemos al uso de advertencias gráficas, pero creemos que las imágenes deberían representar fielmente los efectos del cigarrillo». ¹² Varios países desarrollados y en desarrollo han adoptado medidas similares. Por ejemplo, en América Latina, desde que entró en vigor el CMCT OMS en 2005, nueve países han impuesto el uso de advertencias gráficas y seis han adoptado leyes cuya aplicación está pendiente¹³.

- El artículo 3 de la Ordenanza 514 del Ministerio de Salud Pública dispuso que cada marca comercial de productos de tabaco «deberá tener una única presentación» a fin de que los productores no comercialicen más de un producto bajo una sola marca. El objetivo de esta medida es evitar crear la falsa impresión (que ha resultado ser común en el Uruguay¹⁴) de que los cigarrillos «lights» o «suaves» son menos nocivos para la salud que otros. Este requisito impedía a Philip Morris comercializar diferentes tipos de cigarrillos (con «Red», «Gold», «Blue» y «Green»). La empresa adujo que «la eliminación arbitraria de las marcas [...] ha llevado a los consumidores a cambiar por marcas locales o de contrabando» cuando no encuentran sus productos preferidos a la venta legalmente en el Uruguay. ¹⁵ Varios países han aplicado restricciones a las marcas. Por ejemplo, en América Latina, 17 países han prohibido las descripciones de marcas.¹⁶

- Mediante el Decreto 287/009 de junio de 2009 se aumenta el tamaño de las advertencias sanitarias obligatorias en los paquetes de cigarrillos, llevándolas del 50% al 80% de la superficie de ambas caras de cada empaque. Según la declaración de Philip Morris, «Aunque estamos a favor de una normativa que exija incluir advertencias sanitarias destacadas, la imposición de advertencias sanitarias del 80% resulta que sea virtualmente imposible para la empresa mostrar sus marcas legalmente protegidas» ¹⁷. Sin embargo, la medida adoptada por el Uruguay es compatible con las normas del CMCT OMS. De acuerdo con el artículo 12 de las «Directrices para la aplicación del artículo 11 del Convenio Marco de la OMS» mencionadas antes, «Habida cuenta de las pruebas existentes en el sentido de que la eficacia de las advertencias y mensajes aumenta con el tamaño

de los mismos, las Partes deberían considerar la posibilidad de utilizar advertencias y mensajes que ocupen más del 50% de las superficies principales expuestas y deben proponerse que abarquen la mayor parte posible de dichas superficies».

La respuesta del Uruguay a la demanda de Philip Morris se centra en la falta de jurisdicción del CIADI para decidir sobre el caso, más que en la sustancia de este. Los argumentos del Uruguay son sólidos.

El TBI entre el Uruguay y Suiza contiene una disposición inusual en los TBI: el artículo 2 1) dispone que «Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores».

Esta disposición define las esferas en las que no pueden reivindicarse los derechos de los inversores. Esta formulación difiere considerablemente de las disposiciones habituales en los TBI que prevén la adopción de «medidas no precluidas», que generalmente contemplan excepciones en casos en los que algunas medidas son «necesarias» para «preservar el orden público». El TBI celebrado entre el Uruguay y Suiza hace referencia específicamente a la «salud pública» (es obvio que las medidas contra el tabaco entran en esta categoría), reconoce a las partes contratantes el «derecho de cada una de ellas de no permitir» ciertas actividades (es decir, no se formula como una excepción), no prevé una «prueba de necesidad» y define el alcance de las medidas fuera del TBI de conformidad con el objetivo buscado (seguridad, orden público, salud pública o moralidad). Por consiguiente, las medidas adoptadas en el marco del artículo 2 1) están fuera del ámbito de aplicación del TBI y no pueden ser objeto de demanda de un inversor contra un Estado según el principio de «trato justo y equitativo» ni de otras disciplinas que contenga el tratado.

Además, el TBI que Philip Morris escogió para

impugnar las medidas contra el tabaco adoptadas por el Uruguay exige que los inversores demandantes sometan las controversias a «los tribunales competentes» de la parte contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión; solo si dentro de un plazo de 18 meses contados desde el inicio del proceso legal no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un tribunal arbitral (artículo 10 2)). Philip Morris no desconoce este requisito ni aduce haberlo cumplido. La empresa se basa en una cláusula de la NMF incluida en ese mismo TBI para invocar otros TIB que otorgan un trato «más favorable». Sin embargo, como se formula en artículo 3 2) del TBI entre el Uruguay y Suiza, la cláusula de la NMF se aplica a cuestiones de fondo relacionadas con «tratamiento justo y equitativo» y no a las competencias jurisdiccionales.

Existen otros argumentos (como que las inversiones de Philip Morris no son objeto de protección puesto que los costos superan considerablemente los beneficios para el país anfitrión, la primacía del CMCT OMS sobre los TBI, etc.), que el tribunal puede considerar para concluir que carece de jurisdicción sobre la controversia. En todo caso, el derecho de proteger la salud pública reconocido de manera explícita y el incumplimiento de los requisitos de procedimiento, parecerían ser suficientes para llegar a esa conclusión.

Sin embargo, es poco probable que la decisión en este caso se refiera a la cuestión esencial de fondo que se plantea en este y en otros casos similares; es decir, si los derechos de los inversores pueden prevalecer sobre el derecho de los Estados a adoptar medidas para proteger la salud pública, en particular cuando estas medidas son han sido adoptadas de conformidad con un convenio internacional¹⁸. Sin embargo, aunque carezca de valor de precedente, dicha decisión será importante para evaluar la injerencia real de los TBI en la elaboración de políticas internas de los países en ámbitos como la salud pública, entre otros.

UAunque el Uruguay gane el caso, la simple existencia de esta demanda indica que la injerencia de los TBI con la elaboración de políticas internas puede ser considerable¹⁹. Asimismo, pone de relieve la

necesidad de garantizar que si se negocian nuevos TBI, sus disposiciones sustantivas no sean contrarias al CMCT OMS. Los países en desarrollo que han suscrito TBI deberían comenzar un proceso de revisión y eventualmente, de renegociación o denuncia del tratado. En caso de un posible conflicto, puede invocarse la supremacía del CMCT OMS sobre los TBI con base en un principio del derecho internacional consuetudinario según el cual el tratado anterior se aplica en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior²⁰. Aunque pueden surgir problemas de índole jurídica como la manera de hacer frente a los efectos del fin de la aplicación de las disposiciones de los TBI, es importante actuar antes de que surjan problemas imprevistos. La cooperación Sur-Sur puede ser crucial en este proceso, no solo para compartir experiencias y conocimientos, sino para reforzar el poder de negociación de los países y evitar el riesgo de ser tildados de países en donde las inversiones no son objeto de protección.

Notas

¹ [High Court of Australia, Summary of Pronouncement of Orders: IT International SA v Commonwealth of Australia; British American Tobacco Australasia Limited & Ors v Commonwealth of Australia](#) [2012] HCA 30 (15 de agosto de 2012).

² Véase UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo, pág. 102.

³ Federico M. Lavopa, Lucas E. Barreiros y Victoria Bruno, *How to kill a BIT and not die trying: legal and political challenges of denouncing or renegotiating bilateral investment treaties*, Documento de trabajo No. 2012/49, Tercera conferencia mundial bienal de la Universidad Nacional de Singapur, Facultad de Derecho Internacional de la Universidad de Singapur, Centro de Derecho Internacional, 12 a 14 de julio de 2012, pág. 2.

⁴ Id.

⁵ El CIADI fue creado en 1965 en virtud del Convenio del CIADI, tratado multilateral internacional elaborado por los directores ejecutivos del Banco Mundial. Véase [https://icsid.worldbank.org/ICSID/](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home)

[FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home).

⁶ Véase UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo, pág. 86.

⁷ Véase por ejemplo, Third World Network (TWN), *India: Investment treaties stifle public policy objectives*, (25/4/12), disponible en <http://twn.my/title2/FTAs/info.service/2012/fta.info.223.htm>. Lavopa, Barreiros y Bruno indicaron que entre 1997 y 2012 se interpusieron 48 demandas contra la Argentina en virtud de las normas del Convenio del CIADI por supuestas violaciones a los TBI y que « algunos estudios estimaban que la Argentina tendría que pagar cerca de 50.000 millones de dólares de los Estados Unidos en indemnizaciones si, en todos esos casos, los tribunales decidieran que la Argentina incumplió sus obligaciones.

⁸ Por ejemplo, en abril de 2011, el Gobierno australiano emitió una declaración sobre política comercial en la que anunciaba que dejaría de incluir cláusulas de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de inversión que suscribiera en el futuro.

⁹ Este fue el caso de países como Bolivia, el Ecuador y Venezuela.

¹⁰ La demanda interpuesta por una empresa de energía sueca contra el Gobierno de Alemania con base en la decisión de este país de eliminar gradualmente las instalaciones de energía nuclear. Véase UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo*, pág. 86.

¹¹ Disponible en

http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11_es.pdf

¹² Véase

http://www.pmi.com/eng/media_center/company_statements/pages/uruguay_reclamo_tbi.aspx.

¹³ EM Sebrí, 'Políticas de etiquetado en los paquetes de cigarrillos: situación actual en América Latina y el Caribe', *Salud Publica Mex* 2012; 54:293-302, disponible en

<http://www.scielosp.org/pdf/spm/v54n3/v54n3a12.pdf>.

¹⁴ Véase *Uruguay's Memorial on Jurisdiction*, 24.9.11, disponible en http://italaw.com/documents/PhilipMorris_v_Uruguay_Uruguay_MemorialJurisdiction_24Sep2011.pdf.

¹⁵ Véase

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/investment/page/2/>.

¹⁶ Sebrí, op. cit.

¹⁷ Véase

http://www.pmi.com/eng/media_center/company_statements/pages/uruguay_bit_claim.aspx.

¹⁸ Aunque Suiza es uno de los países signatarios del CMCT OMS, no lo ha ratificado todavía. Véase

http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/index.html.

¹⁹ Véase Simon Lester, *The Philip Morris Investment Claim*, disponible en

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/investment/page/2/>.

²⁰ Todd Weiler, *Philip Morris vs. Uruguay: An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, Report #1 for Physicians for a Smoke Free Canada, 28 de julio de 2010.



Chemin du Champ-d'Anier 17
PO Box 28, 1211 Ginebra 19
Suiza

Teléfono: (4122) 791 8050
Fax: (422) 798 8531
E-mail: south@southcentre.org
<http://www.southcentre.org>