

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, DC

**PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL,
PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A.**

y
ABAL HERMANOS S.A.
(LAS DEMANDANTES)

y

LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(LA DEMANDADA)

(Caso CIADI n.º ARB/10/7)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal
Prof. Piero Bernardini, presidente
Sr. Gary Born, árbitro
Prof. James Crawford, árbitro

Secretaria del Tribunal:
Sra. Anneliese Fleckenstein

Fecha de envío a las partes: 2 de julio de 2013

En representación de las Demandantes:

Sr. Stanimir Alexandrov
Sra. Marinn Carlson
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sr. James Mendenhall
SIDLEY AUSTIN LLP
1501 K Street NW
Washington, DC 20005
Estados Unidos
y
Sr. Daniel M. Price
Daniel M. Price PLLC
1401 I Street NW, Suite 1120,
Washington, DC 20005
y
Dr. Veijo Heiskanen
Sra. Noradèle Radjai y
Sr. Samuel Moss
LALIVE
Rue de la Mairie 35
1207 Ginebra
Suiza

En representación de la Demandada:

Dr. Luis Almagro Lemes
Ministro de Relaciones Exteriores
Calle Colonia 1206, 6.º Piso
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Diego Cánepa Baccino
Prosecretaría de la República
Plaza Independencia 710
C. P. 11.000
Torre Ejecutiva Pisos 11
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Jorge Venegas
Ministro de Salud Pública
18 de julio 1892, Piso 2
Montevideo
Uruguay
y
Embajada de Uruguay
1913 I (Eye) Street NW
Washington, DC 20006
y
Sr. Paul Reichler
Sr. Ronald Goodman
Foley Hoag LLP
1875 K Street NW
Washington, DC 20006

ÍNDICE

Página

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	3
I. LA DIFERENCIA.....	4
II. ANTECEDENTES PROCESALES	6
III. DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES.....	8
IV. LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DE LA DEMANDADA.....	12
A. Primera excepción: Las Demandantes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales.....	12
1. Argumentos de la Demandada	12
2. Argumentos de las Demandantes	20
3. Conclusiones del Tribunal	31
B. Segunda excepción: El artículo 2 del TBI excluye las medidas de salud pública del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores.....	55
1. Argumentos de la Demandada	55
2. Argumentos de las Demandantes	58
3. Conclusiones del Tribunal	60
C. Tercera excepción: Las actividades de las Demandantes en Uruguay no constituyen una “inversión” con arreglo al artículo 25 del Convenio CIADI	63
1. Argumentos de la Demandada	63
2. Argumentos de las Demandantes	65
3. Conclusiones del Tribunal	68
V. EL RECLAMO POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA DE LAS DEMANDANTES	74
1. Argumentos de las Demandantes	74
2. Argumentos de la Demandada	76
3. Conclusiones del Tribunal	77
VI. DECISIÓN.....	81

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Anexos C-	Anexos de las Demandantes
Anexos CLA-	Autoridades legales de las Demandantes
Anexos R-	Anexos de la Demandada
Anexos RL-	Autoridades legales de la Demandada
Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones creado en virtud del Convenio CIADI
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cláusula de la NMF	Cláusula de la nación más favorecida
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, DC, 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969
Dúplica	Dúplica de las Demandantes sobre Jurisdicción, presentada el 20 de julio de 2012
El TBI	Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay del 7 de octubre de 1998, que entró en vigor el 22 de abril de 1991
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación de Jurisdicción de las Demandantes, presentado el 23 de enero de 2012
Memorial	Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada, presentado el 24 de septiembre de 2011
MSP	Ministerio de Salud Pública de Uruguay
Réplica	Réplica de la Demandada sobre Jurisdicción, presentada el 20 de abril de 2012
SA	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, presentada el 19 de febrero de 2010
Transcripción día [#], [página, línea]	Transcripción de la audiencia sobre jurisdicción Día 1: 5 de febrero de 2013 Día 2: 6 de febrero de 2013

I. LA DIFERENCIA

1. FTR Holding S.A. (“**FTR**”), Philip Morris Products S.A. (“**PMP**”) y Abal Hermanos S.A. (“**Abal**”), junto con FTR, PMP, “**Philip Morris**” (o las “Demandantes”), presentaron una Solicitud de Arbitraje el 19 de febrero de 2010 (la “**SA**”) para incoar un procedimiento de arbitraje en contra de la República Oriental del Uruguay (“**Uruguay**” o la “**Demandada**”). Los procedimientos se iniciaron de conformidad con el artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965 (el “**Convenio CIADI**”) y el artículo 10 del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (con inclusión del Ad artículo 10 del Protocolo) de fecha 7 de octubre de 1988 (el “**TBI Suiza-Uruguay**” o el “**TBI**”). El TBI entró en vigencia el 22 de abril de 1991, como estipula su artículo 12.
2. FTR y PMP son *sociétés anonymes* constituidas en virtud de las leyes de Suiza, con sedes sociales en Neuchâtel, Suiza. FTR se constituyó el 14 de diciembre de 1924 y se inscribió en el Registro de Comercio de Neuchâtel el 15 de enero de 1943. PMP se constituyó el 22 de diciembre de 1988 y se inscribió en el Registro de Comercio de Neuchâtel en la misma fecha. Abal es una sociedad anónima constituida en virtud de las leyes de Uruguay con sede social en Montevideo, Uruguay. FTR era la titular del 100% de las acciones de Abal. Mediante la carta del 5 de octubre de 2010, las Demandantes informaron al Centro que Philip Morris Brands Sàrl había reemplazado a FTR Holding S.A. como una de las Demandantes en este caso y solicitó que se modificara el encabezamiento del caso según correspondía. Philip Morris Brands Sàrl (“**PMB**”) es una *société à responsabilité limitée* constituida en virtud de las leyes de Suiza, con sede social en Neuchâtel, Suiza. PMB es en la actualidad la titular del 100% de las acciones de Abal.
3. PMP era la titular de las marcas comerciales “Marlboro”, “Fiesta”, “L&M” y “Philip Morris”, cuyas licencias otorgó a Abal. Mediante la carta del 17 de marzo de 2011, las Demandantes informaron al Centro que se habían transferido las marcas Marlboro, Philip Morris y Fiesta a PMB, con efecto desde el 1 de enero de 2011, para que luego fueran licenciadas a Philip Morris Global Brands, sublicenciadas a PMP y sub-sublicenciadas a Abal. Abal produce y comercializa las marcas de cigarrillos

“Marlboro”, “Fiesta”, “L&M”, “Philip Morris”, “Casino” y “Premier” en Uruguay; es titular de las marcas “Casino”, “Premier” y de sus marcas asociadas.

4. Los reclamos de las Demandantes surgen de la promulgación de la Ordenanza 514 el 18 de agosto de 2008 (“**Ordenanza 514**”) por parte del Ministerio de Salud Pública de Uruguay (el “**MSP**”) y del Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 de Uruguay, del 15 de junio de 2009 (“**Decreto 287/009**”). El 1 de septiembre de 2009, el MSP promulgó la Ordenanza 466 (“**Ordenanza 466**”), la cual supuestamente perpetuaba el requisito de la “única presentación” de la Ordenanza 514 y restablecía el requisito del 80% de las advertencias sanitarias del Decreto 287/009.
5. El artículo 1 de la Ordenanza 514 dispone el uso de imágenes gráficas (“pictogramas”) para ilustrar los efectos adversos para la salud del consumo de tabaco que se mencionan en las advertencias. Según las Demandantes, muchos de estos pictogramas no fueron diseñados para advertir sobre los verdaderos efectos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco, sino que son imágenes impactantes diseñadas específicamente para generar sensaciones de repulsión, disgusto e incluso horror. Por lo tanto, según se afirmó, la función de los pictogramas es socavar y, en efecto, destruir la buena fe asociada con las marcas legalmente protegidas de Abal y PMP y no fomentar políticas de salud legítimas.
6. El artículo 3 de la Ordenanza 514 exige que cada marca comercial tenga una “única presentación” y prohíbe paquetes o presentaciones diferentes para los cigarrillos vendidos bajo una misma marca. Antes que la Ordenanza 514 entrara en vigor, Abal vendía diferentes productos con cada una de sus marcas (por ejemplo, “Marlboro Rojo”, “Marlboro Dorado”, “Marlboro Azul” y “Marlboro Verde (Fresh Mint)”). Las Demandantes alegan que el artículo 3 ha obligado a Abal a cesar la venta de toda esa variedad de productos, menos uno, bajo las marcas de su propiedad o de las que posee licencias. Además, alegan que las ventas de estos productos ahora prohibidos representaban un volumen significativo en el total de ventas de Abal.
7. El Decreto 287/009 impuso el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias en las cajillas de cigarrillos del 50% al 80% de las dos caras frontales de la cajilla. Según las Demandantes, el requisito de cobertura del 80% de las advertencias sanitarias restringe injustamente el derecho de Abal de utilizar sus marcas protegidas legalmente y evita que Abal pueda desplegarlas de manera adecuada.

8. Las Demandantes alegan que la Ordenanza 514 ha causado un descenso en el volumen de las ventas de Abal, notablemente porque Abal se vio obligada a discontinuar una cantidad de sus variedades de productos. También ha ocasionado una privación de los derechos de propiedad intelectual tanto de PMP como de Abal y una reducción sustancial del valor de Abal como empresa. Como resultado, se alega que las Demandantes ya han soportado pérdidas sustanciales, y seguirán soportándolas.
9. Las Demandantes reclaman que los pictogramas obligatorios que prevé el artículo 1 de la Ordenanza 514 para ilustrar los efectos adversos que ocasiona el consumo de tabaco, el requisito de la única presentación del artículo 3 de la Ordenanza 514 y el requisito del 80% de las advertencias sanitarias impuesto por el Decreto 287/009 configuran un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada en virtud de los artículos 3(1), 3(2), 5 y 11 del TBI, los cuales otorgan a las Demandantes el derecho a solicitar una compensación en virtud del TBI y del derecho internacional.
10. La Demandada ha negado las alegaciones de las Demandantes y ha solicitado que los reclamos de las Demandantes sean rechazados por falta de jurisdicción.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

11. Según la SA, la diferencia surgió a partir de la inversión de las Demandantes en Uruguay. Las Demandantes alegan que Uruguay violó sus derechos en virtud del TBI en conexión con esa inversión.
12. El 26 de marzo de 2010, de conformidad con el artículo 36(3) del Convenio CIADI y la regla 6 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (las “**Reglas de Iniciación**”), la Secretaria General del CIADI registró la SA y el procedimiento fue instituido en esa fecha.
13. El método para la constitución del Tribunal fue acordado por las Partes, en virtud de lo cual el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros y cada una de las Partes designaría un árbitro; el tercer árbitro sería designado por los dos árbitros elegidos por las Partes. Ante la falta de un acuerdo entre los árbitros designados por las Partes, la Secretaria General designaría el tercer árbitro presidente.

14. El 1 de septiembre de 2010, las Demandantes designaron árbitro al Sr. Gary Born, un nacional de Estados Unidos. El Sr. Born aceptó la designación el 3 de septiembre de 2010. El 24 de septiembre de 2010, la Demandada designó árbitro al Prof. James Crawford, un nacional de Australia. El Prof. Crawford aceptó esta designación el 1 de octubre de 2010. El Sr. Born y el Prof. Crawford no llegaron a un acuerdo sobre el tercer árbitro presidente. Por consiguiente, la Secretaria General del CIADI tuvo que designar al presidente del Tribunal. El 9 de marzo de 2011, la Secretaria General designó presidente del Tribunal al Prof. Piero Bernardini, un nacional de Italia. El profesor Bernardini aceptó su designación el 15 de marzo de 2011.
15. El Tribunal se constituyó el 15 de marzo de 2011. Sus miembros son: el Prof. Piero Bernardini (italiano), presidente del Tribunal; el Sr. Gary Born (estadounidense), árbitro; el Prof. James Crawford (australiano), árbitro. La Sra. Anneliese Fleckenstein fue designada por la Secretaria General del CIADI como secretaria del Tribunal.
16. El 25 de mayo de 2011, el Tribunal realizó su primera sesión por teleconferencia. Se estableció un calendario procesal para el procedimiento sobre jurisdicción. Las actas de la primera sesión se transmitieron a las Partes.
17. El 31 de agosto de 2011, como fue acordado por las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1 para la Protección de Información Confidencial.
18. En virtud del calendario de presentación de escritos acordado, la Demandada presentó el Memorial el 24 de septiembre de 2011, las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación el 23 de enero de 2012, la Demandada presentó la Réplica el 20 de abril de 2012 y las Demandantes presentaron la Dúplica el 20 de julio de 2012.
19. De conformidad con la indicación del Tribunal del 14 de diciembre de 2012, las Partes acordaron el calendario de la audiencia sobre jurisdicción el 15 de enero de 2013. El calendario fue aceptado por el Tribunal.
20. La audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar los días 5 y 6 de febrero de 2013, en la Cámara Internacional de Comercio de París. A la audiencia comparecieron:

- Composición del tribunal: Prof. Piero Bernardini, presidente; Sr. Gary Born y Prof. James Crawford, árbitros; Sra. Anneliese Fleckenstein, secretaria del Tribunal.

- En representación de las Demandantes:

Sr. Daniel M. Price	Daniel M. Price PLLC
Sr. Stanimir A. Alexandrov	Sidley Austin LLP
Sr. James Mendenhall	Sidley Austin LLP
Sra. Mika Morse	Sidley Austin LLP
Sr. Andrew Blandford	Sidley Austin LLP
Sr. Carlos Brandes	Guyer & Regules
Sr. JB Simko	Philip Morris
Sr. John Fraser	Philip Morris
Sr. Matias Cikato	Philip Morris
Sra. Anne Edward	Philip Morris
Dr. Carlos E. Delpiazzo	Experto

- En representación de la Demandada:

Sr. Paul S. Reichler	Foley Hoag LLP
Dr. Ronald E. M. Goodman	Foley Hoag LLP
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Abogado
Sra. Christina Beharry	Foley Hoag LLP
Sr. Yuri Parkhomenko	Foley Hoag LLP
Dr. Constantinos Salonidis	Foley Hoag LLP
Sr. Yoni Bard	Foley Hoag LLP
Sra. Irene Okais	Foley Hoag LLP
Sra. Angélica Villagrán	Foley Hoag LLP
Dr. Diego Cánepa Baccino	Secretario adjunto Presidencia de la República de Uruguay
Dr. Carlos Mata	Director de Asuntos de Derecho Internacional Ministerio de Relaciones Exteriores
Dr. Daniel Hugo Martins	Experto

21. Las Partes llegaron a un acuerdo sobre las correcciones a las transcripciones de la audiencia mediante la carta del 25 de febrero de 2013, que incluía las correcciones acordadas.

III. DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES

22. En virtud del artículo 41 del Convenio CIADI, el Tribunal es el juez de la jurisdicción del Centro y de su propia competencia. Para poder determinar la existencia de la jurisdicción del Centro y su competencia en el presente caso, el

Tribunal debe decidir si se cumplieron los requisitos jurisdiccionales del Convenio CIADI y del TBI. Para decidir sobre esta cuestión, el Tribunal debe aplicar el artículo 25(1) del Convenio CIADI, los artículos 1 y 10 del TBI Suiza-Uruguay y *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI.

23. El artículo 25 del Convenio CIADI regula los criterios para la jurisdicción del CIADI y establece en sus partes pertinentes:

- 1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- 2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:
 - a) [se omite]
 - b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

24. El artículo 1 del TBI define de la siguiente manera algunos términos relevantes:

- 1) El término “inversor” se refiere con relación a cada una de las Partes Contratantes a:
 - a) las personas físicas que, de acuerdo con la legislación de la respectiva Parte Contratante, son consideradas como sus nacionales;
 - b) personas jurídicas, incluyendo compañías, sociedades, asociaciones empresariales y otras organizaciones, constituidas o debidamente organizadas en virtud de las leyes de dicha Parte Contratante y que tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante;
 - c) personas jurídicas constituidas conforme con la legislación de terceros países, directamente o indirectamente controladas por nacionales de dicha Parte Contratante.
- 2) El término “inversiones” incluirá todo tipo de activo y en particular:
 - a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles así como todo otro derecho real, tales como servidumbres, hipotecas, prendas industriales y mobiliarias;
 - b) acciones, cuotas sociales u otro tipo de participación en sociedades;
 - c) créditos y derechos a prestaciones de valor económico;
 - d) derechos de autor, derechos de propiedad industrial (tales como patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, marcas de servicio, nombres comerciales, indicaciones de procedencia o denominaciones de origen), conocimientos tecnológicos y valor llave;
 - e) concesiones de derecho público, incluyendo concesiones para investigar, extraer o explotar recursos naturales así como cualquier

otro derecho otorgado por ley, por contrato o por decisión de un organismo de derecho público de acuerdo con la ley.

25. El artículo 10 del TBI establece las disposiciones que regulan las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, las cuales pueden ser sometidas a arbitraje internacional. En su parte pertinente establece:

- 1) Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas.
- 2) Si una controversia en el sentido previsto en el párrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.

26. Los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI rezan lo siguiente:

La sentencia de los tribunales competentes en el sentido del Artículo 9º, párrafo (8) y Artículo 10, párrafo (2), significa para el Uruguay una decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia.

El *ad* artículo 10 del Protocolo del TBI reza lo siguiente:

En caso que ambas Partes Contratantes se hubieren adherido a la Convención de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, las controversias relativas a inversiones entre cualquiera de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, se someterán, a solicitud del inversor, de acuerdo con las disposiciones de la mencionada Convención, al Centro Internacional para Arreglo de Controversias sobre Inversiones.

27. La jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal dependen principalmente del consentimiento de las Partes¹. El Tribunal ejercerá su jurisdicción sobre todas las diferencias que se encuadren dentro del alcance del consentimiento de las Partes, siempre que la diferencia cumpla con los requisitos del Convenio CIADI y las disposiciones pertinentes del TBI.

¹Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio, el cual establece que “[e]l consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”, Informes del CIADI 1, párr. 23.

28. Según el artículo 25 del Convenio CIADI, los artículos 1 y 10 del TBI, y los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI, este Tribunal tiene jurisdicción sobre la presente diferencia si se cumplen las siguientes condiciones: 1) condición *ratione personae*: las Demandantes son todas inversoras que conforman una Parte Contratante y Uruguay es la otra Parte Contratante; 2) condición *ratione materiae*: la diferencia debe ser de naturaleza jurídica y surgir directamente de una inversión realizada por las Demandantes en el territorio de la otra Parte Contratante; 3) condición *ratione voluntatis*: las partes de la diferencia han acordado que la diferencia debe someterse al arbitraje del CIADI. Mientras que la Demandada no ha planteado ninguna excepción a la jurisdicción *ratione personae*, ha planteado que, dado que no se han cumplido las otras condiciones, el Tribunal carece de jurisdicción para entender en el caso. Antes de analizar las excepciones de la Demandada, deben abordarse dos cuestiones preliminares.
29. En cuanto a la carga de la prueba, se acepta generalmente que, en la etapa relativa a la jurisdicción, los hechos deben aceptarse de la manera en que son alegados por la demandante, si los prueba, cuando constituyan una violación del tratado en cuestión². No obstante, si la jurisdicción depende del cumplimiento de algunas condiciones, como la existencia de una “inversión” y el consentimiento de las partes, el Tribunal debe aplicar la regla estándar de la carga de la prueba *actori incumbit probatio*³, excepto que corresponda a las partes asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base⁴.

² En cuanto a los hechos que deben aceptarse provisionalmente por motivos jurisdiccionales, debe hacerse referencia a *Saipem c. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, 21 de marzo de 2007, que señala lo siguiente en el párr. 91:

“La tarea del Tribunal es determinar el sentido y alcance de las disposiciones sobre las cuales [el demandante] se basa para afirmar la jurisdicción y evaluar si los hechos alegados por [el demandante] se encuadran dentro de esas disposiciones o serían susceptibles, si los prueba, de constituir incumplimientos de las obligaciones del tratado en cuestión. Al realizar esta tarea, el Tribunal aplicará un estándar *prima facie* para determinar tanto el sentido como el alcance de las disposiciones pertinentes del TBI, y para la evaluación acerca de si los hechos alegados constituirían incumplimientos de esas disposiciones. Al realizar esto, el Tribunal evaluará si el caso [de los demandantes] tiene fundamentos razonables en sí mismos. Si el resultado es afirmativo, se establecerá la jurisdicción, pero la existencia de las violaciones deberá ser resuelta como cuestión de fondo” [traducción del Tribunal].

³ *SOABI c. Senegal*, Laudo del 25 de febrero de 1988, párrs. 9, 23; *AAPL c. Sri Lanka*, Laudo del 27 de junio de 1990, párr. 56; *Tradex c. Albania*, Laudo del 29 de abril de 1999, párrs. 73 a 75; *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo del 12 de abril de 2002, párrs. 88 a 91; *Generation Ukraine c. Ucrania*, Laudo del 16 de septiembre de 2003, párrs. 19.1, 19.4; *CSOB c. la República de Eslovaquia*, Laudo del 29 de diciembre de 2004, párrs. 225 y 226; *Noble Ventures c. Rumania*, Laudo del 12 de octubre de 2005, párr. 100; *Salini c. Jordania*, Laudo del 31 de enero de 2006, párrs. 70 a 75; *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Laudo del 26 de julio de 2007, párrs. 121, 122. Véase también Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, párrs. 327 a 331.

⁴ *Feldman c. México*, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 117; *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Laudo del 7 de julio de 2004, párrs. 58, 81; *Thunderbird c. México*, Laudo del 26 de enero de 2006, párr. 95; *Saipem c. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción del 21 de marzo de 2007, párr. 83. Véase también la Corte Internacional de

30. En cuanto a la ley que regula la determinación de jurisdicción, el Tribunal concuerda con la opinión predominante de que esta cuestión debe decidirse según el artículo 25 del Convenio CIADI, las normas aplicables del tratado pertinente y las normas y los principios de derecho internacional aplicables. El artículo 42(1) del Convenio CIADI solo regula en el fondo de la diferencia⁵.

IV. LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DE LA DEMANDADA

A. Primera excepción: Las Demandantes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales

1. Argumentos de la Demandada

31. Según la Demandada, los requisitos establecidos por el artículo 10, incluso el requisito de entablar procesos legales ante tribunales nacionales, son prerequisites que deben cumplirse para que el Tribunal tenga autoridad para entender en el caso. Esto resulta evidente a partir de las palabras utilizadas, las cuales establecieron que el arbitraje internacional sería el foro de último recurso solo si no se resolvía la diferencia en el Estado receptor.
32. Los requisitos del artículo 10 se presentan como pasos obligatorios. Cada uno de los pasos debe cumplirse antes de avanzar sobre el siguiente. En primer lugar, las diferencias “se resolverán”, en lo posible, en forma amigable en virtud del artículo 10(1) y solo “si” la diferencia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses “será sometida” a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, de conformidad con el artículo 10(2).

Justicia (CIJ) en *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fallo del 26 de noviembre de 1984, Informes de la CIJ 1984, pág. 437, párr. 101; *Caso relativo a Avena y otros nacionales mexicanos (México c. los Estados Unidos de América)*, Fallo del 31 de marzo de 2004, Informes de la CIJ 2004, pág. 41, párrs. 55 a 57. Véase también el párrafo 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁵ Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary* (2.^{da} edición, 2009), artículo 25, párr. 587, el cual establece: “los tribunales han sostenido, de manera consistente, que las cuestiones de jurisdicción no están supeditadas al artículo 42, el cual regula las normas aplicables en el fondo del caso” [traducción del Tribunal]; así se refiere a varias decisiones sobre jurisdicción del CIADI. El artículo 42(1) establece:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Luego, pero solo “si” dentro de un plazo de 18 meses no se dictara sentencia, el inversor podrá recurrir a un tribunal arbitral en virtud de dicho artículo 10(2).

33. La elección de las palabras es deliberada. El término “si”, combinado con el tiempo verbal en futuro (“se resolverán”, “será sometida”), introduce condiciones acumulativas que deben cumplirse antes de recurrir al arbitraje. El artículo 9(8) del TBI destaca el hecho de que el proceso legal ante tribunales nacionales es un prerequisite indispensable al especificar que un tribunal arbitral “solo podrá” emitir un laudo arbitral si hubiera determinado que la sentencia nacional infringe el TBI. Las condiciones estipuladas en el artículo 10 definen el alcance de la jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal, en la cual el incumplimiento constituye una negación de la jurisdicción.
34. Los antecedentes de las negociaciones y ratificaciones del TBI demuestran que Uruguay consideraba el requisito de procesos legales ante tribunales nacionales un elemento crítico del TBI y una limitación importante al consentimiento al arbitraje internacional. La Comisión de Asuntos Internacionales del Senado, al recomendar la adopción del TBI, en el Informe del 9 de agosto de 1990, explicó que el artículo 10 establece un procedimiento a través del cual la diferencia solo podrá ser sometida a un tribunal arbitral luego de un intento fallido de un arreglo amigable y del inicio de un proceso ante los tribunales nacionales competentes⁶.
35. Al ser el consentimiento la piedra angular en la que descansa la jurisdicción del CIADI, todas las limitaciones al consentimiento de un TBI constituyen limitaciones al alcance de la jurisdicción del tribunal. La jurisprudencia internacional de los tribunales de la CIJ y del CIADI confirman que las precondiciones procesales, como las del artículo 10, limitan el consentimiento de los Estados a la jurisdicción.

⁶ El Memorial, párr. 54, se refiere al Informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado (9 de agosto de 1990) en las Actas de las Sesiones del Senado de Uruguay (4 de septiembre de 1990), pág. 42 (R-5).

36. En el caso relativo a *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda 2002)*⁷, la CIJ sostuvo que si no se han cumplido las precondiciones aplicables, el tratado no puede ser fuente de jurisdicción. La Corte consideró que el análisis de dichas condiciones “está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la aplicación” [traducción del Tribunal]⁸. En consecuencia, la Corte no aceptó la jurisdicción por la falta de cumplimiento de las condiciones pertinentes⁹.
37. Los tribunales del CIADI han aplicado las mismas normas en cuanto al período de espera de seis meses. En el caso *Enron c. Argentina*, el TBI correspondiente instaba a las partes a buscar, en primer lugar, una resolución de la diferencia a través de consultas y negociaciones y este requisito, para el tribunal, “reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción”¹⁰.
38. Los tribunales del CIADI han sostenido que el requisito de incoar procesos legales es una condición jurisdiccional. En *Wintershall c. Argentina*, el tribunal sostuvo que este requisito es un “paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el TBI Argentina-Alemania: constituye una parte integral de la ‘oferta permanente’ (‘consentimiento’) del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje... La exigencia de acudir a los tribunales nacionales... es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional”¹¹.
39. Las Demandantes no se esforzaron en cumplir el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales, como resulta evidente del hecho de que no han tenido en miras el mecanismo estatutario especial diseñado por el derecho de

⁷ *Caso relativo a Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda, 2002) (La República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Fallo sobre jurisdicción y admisibilidad del 3 de febrero de 2006, Informes de la CIJ 2006, párr. 88 (RL-48).

⁸ *Ibidem*, párr. 88.

⁹ *Ibidem*, párr. 126.

¹⁰ *Enron Corp. y Ponderosa Assets c. La República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 14 de enero de 2004, párr. 88. De manera similar, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 2 de junio de 2010, párr. 315; *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 15 de diciembre de 2010, párr. 151.

¹¹ *Wintershall c. Argentina*, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 114. El tribunal sostuvo la misma posición en *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Laudo del 21 de junio de 2011, párrs. 79 a 94.

Uruguay, exclusivamente para la resolución de diferencias relativas al TBI. Las Demandantes, en su lugar, optaron por presentar ante los tribunales de Uruguay solo aquellas cuestiones relacionadas con el derecho municipal de Uruguay y negaron presentar reclamos en virtud del TBI en esos procedimientos. Incluso en la teoría de las Demandantes, no había transcurrido el plazo de 18 meses antes del comienzo del arbitraje.

40. El procedimiento especial creado en Uruguay para presentar reclamos basados en el Tratado está regulado por la Ley n.º 16.110 del 25 de abril de 1990. Tal como explicó el experto de la Demandada, el Dr. Daniel Hugo Martins, el primer artículo de la Ley n.º 16.110 “cumpl[e]” los aspectos formales de ratificación del tratado bilateral de inversión con Alemania¹². El resto de dicha ley crea un mecanismo específico, de carácter general, para la resolución de diferencias entre inversores y Estados relativas a cualquier tratado bilateral de inversión. Los tribunales competentes son el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (el “TCA”) y los Tribunales de Apelación en lo Civil.
41. En virtud de la Ley n.º 16.110, el actor deberá expresar con precisión que promueve la acción al amparo de las normas de un TBI, que deberá individualizar. Una vez que el tribunal de Uruguay haya dictado su decisión, no se admitirán apelaciones ante los tribunales nacionales y cualquier recurso secundario deberá someterse a arbitraje internacional. La ley establece una serie de plazos expeditivos que son menores a aquellos aplicables en los procesos legales nacionales para facilitar el dictado de un fallo dentro del plazo de 18 meses establecido por varios TBI de Uruguay, incluso el TBI Suiza-Uruguay.
42. Las Demandantes no mencionaron haber invocado la Ley n.º 16.110. En su lugar, prefirieron no someter esta diferencia relacionada con el TBI ante los tribunales de Uruguay mediante el impulso de acciones ordinarias en contra de las regulaciones de Uruguay contra el consumo de tabaco ante el TCA, que constituyeron diferencias relativas a la ley municipal por el supuesto incumplimiento de las normas administrativas y constitucionales de Uruguay, y

¹² Informe de Experto del Dr. Martins, adjunto a la Réplica, párr. 18.

sostuvieron que las regulaciones impugnadas deberían ser anuladas en virtud de esos fundamentos.

43. Sin embargo, las disputas fundadas en el incumplimiento de una ley nacional de Uruguay son diferentes de las que surgen de un TBI y no pueden vincularse. Los Demandantes mencionaron las supuestas violaciones del TBI solo para indicar que se reservaban el derecho de presentar la diferencia ante otro foro con posterioridad. No obstante, en virtud del artículo 10 del TBI, la misma diferencia relacionada con el TBI, que comprenda las mismas cuestiones que el TBI, podrá presentarse ante los tribunales nacionales y el tribunal arbitral. El artículo 9(8) del TBI confirma que el tribunal arbitral podrá involucrarse solo para entender en la misma diferencia presentada ante los tribunales nacionales.
44. La diferencia crítica entre los reclamos fundados en un tratado y los demás está claramente establecida en la jurisprudencia de casos entre un inversor y un Estado. De conformidad con el Comité de Anulación en el caso *Vivendi c. Argentina*, “[u]na causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado”¹³. No puede existir pronunciamiento sobre las obligaciones internacionales garantizadas por el TBI antes de que las diferencias con respecto al alcance de esas obligaciones sean sometidas a arbitraje si los tribunales nacionales nunca recibieron los reclamos con anterioridad. Ese era el propósito del artículo 10 y esto está confirmado por los *travaux préparatoires* del TBI¹⁴ en vista de la insistencia de Uruguay sobre la preferencia para que los tribunales nacionales se pronuncien sobre las obligaciones legales internacionales en la primera instancia.
45. La afirmación de los Demandantes de que el requisito del artículo 10 es una cuestión de admisibilidad que puede cumplirse luego de iniciarse el arbitraje, incluso si se la aceptara (que no es el caso), no es válida dado que el plazo de 18 meses no habría transcurrido para que el caso sea admisible. Según sostuvo otro tribunal, “[a]l momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del

¹³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Decisión sobre la anulación del CIADI del 3 de julio de 2001, párr. 113.

¹⁴ *Supra*, párr. 34.

tratado, el inversor solo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos”¹⁵. No existe ambigüedad en el carácter obligatorio de la presentación previa de la diferencia ante el tribunal competente del Estado receptor para que emita una decisión. No es simplemente una cuestión de tiempo, sino que, en realidad, es un requisito sustancial crítico que constituye la condición fundamental de la jurisdicción del Tribunal.

46. La jurisdicción debe existir al momento de iniciar un proceso legal. Las Demandantes sostienen que, para que exista jurisdicción, es suficiente que el plazo de 18 meses haya comenzado a correr, incluso si dicho plazo no hubiera finalizado al inicio del arbitraje. La CIJ supuestamente ha aplicado esta regla “con cierta flexibilidad”, como ha afirmado el experto de las Demandantes, el profesor Schreuer, al citar los tres casos de la jurisprudencia de la CIJ. Dichos casos no tienen demasiada relevancia dado que, en el fallo sobre jurisdicción del caso *Georgia c. Rusia*¹⁶, la Corte rechazó la jurisdicción por la inobservancia de Georgia de una precondition jurisdiccional antes de iniciar el proceso. En este caso, la inobservancia del cumplimiento del requisito de recurso previo a los tribunales nacionales priva al Tribunal de jurisdicción, incluso si se considera que el plazo de 18 meses ya ha finalizado.
47. Las Demandantes afirman que la cláusula de la nación más favorecida (NMF) contenida en el artículo 3(2) del TBI las faculta a dejar de lado el requisito del artículo 10(2) mediante la aplicación de los TBI que contengan cláusulas de resolución de diferencias más favorables. Citan otros TBI que no exigen recurrir previamente a los tribunales nacionales por un plazo de 18 meses antes de instituir un arbitraje internacional: los TBI de Uruguay con Canadá y Australia.
48. El artículo 3(2) (mencionado por la Demandada, con énfasis agregado por ella) establece:

“Cada Parte Contratante asegurará en su territorio un **tratamiento justo y equitativo** a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante. **Este tratamiento** no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas dentro de su territorio por

¹⁵ *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, Laudo de la CNUDMI sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 272.

¹⁶ *Georgia c. Rusia*, Fallo de la CIJ, 1 de abril de 2011, párr. 130.

sus propios inversores o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones hechas en su territorio por inversores de la nación más favorecida, si este último tratamiento es más favorable”.

El sentido corriente de esta redacción confirma que esta cláusula está limitada al tratamiento justo y equitativo y no permite que las Demandantes escapen a los requisitos jurisdiccionales del artículo 10(2).

49. Como explicó la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el Comentario sobre el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, en virtud de la regla *eiusdem generis*, “la cláusula solo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado” y “puede atraer los derechos conferidos por otros tratados (o actos unilaterales) solo respecto de la misma materia o clase de materias” [traducción del Tribunal]¹⁷. El principio de contemporaneidad prueba que el artículo 3(2) no se aplica a la resolución de diferencias. Cuando se concluyó el TBI, hace aproximadamente 25 años, las Partes Contratantes no podrían haber contemplado razonablemente que podría aplicarse a la resolución de diferencias. El TBI se suscribió 12 años antes de que el tribunal del caso *Maffezini* por primera vez aplicara una cláusula de la NMF para establecer jurisdicción cuando no existía otra manera de hacerlo¹⁸.
50. En contraste con la redacción de cláusulas amplias de la NMF en otros TBI, el artículo 3(2) limita el alcance de la cláusula de la NMF a un tratamiento justo y equitativo. Otros tratados otorgan un tratamiento de NMF para “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”¹⁹ o para las materias que se mencionan específicamente²⁰. Estas diferencias demuestran que los redactores de los tratados saben cómo establecer aplicaciones amplias o restrictivas de un tratamiento de NMF según cada circunstancia en particular.
51. Los tribunales de arbitraje de diferencias relativas a inversiones han sostenido que una cláusula de la NMF no puede incorporar, por referencia, disposiciones de resolución de diferencias, a menos que la cláusula indique, de manera clara e

¹⁷ Memorial, párr. 69.

¹⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 25 de enero de 2000, Informes del CIADI 5, párr. 396.

¹⁹ TBI Argentina-España, 3 de octubre de 1991, artículo IV.2. Véase *Maffezini c. España*, cit., párr. 60.

²⁰ TBI Argentina-Alemania, 4 de septiembre de 1991, artículo 3.

inequívoca, que las partes contratantes tenían esta finalidad²¹. La cláusula de la NMF del TBI Suiza-Uruguay no indica de manera “clar[a] e inequívoc[a]” que debería interpretarse para reemplazar un medio de resolución de diferencias por otro²². A diferencia de la cláusula de la NMF en otros casos, la cláusula de la NMF en el TBI en este caso no se aplica a “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” de manera que no puede extenderse a la resolución de diferencias²³.

52. El tratamiento diferencial con respecto a la resolución de diferencias no necesariamente puede igualar un tratamiento menos favorable. El hecho de que ciertas disposiciones sean más o menos favorables no puede depender de la percepción subjetiva del inversor individual, sino de una determinación objetiva basada en una comparación de las disposiciones de los dos tratados “en su totalidad y no por partes”²⁴. Una comparación con los TBI celebrados con Australia y Canadá muestra que el TBI Suiza-Uruguay es más favorable en cuanto a la cláusula de resolución de diferencias dado que le brinda a las Demandantes “dos oportunidades”, en lugar de una²⁵.
53. Como sostuvo el tribunal en el caso *Renta 4 c. La Federación de Rusia*, “la atribución al subpárrafo 3 de las implicaciones sofisticadas simplemente no puede quitar los adjetivos calificativos ‘justo y equitativo’ en el subpárrafo 1 ni, mucho menos, perjudicar la referencia inequívoca en el subpárrafo 2 al ‘tratamiento referido en el párrafo 1 anterior’ [traducción del Tribunal]”²⁶. Esto mismo se aplica a la referencia realizada por las Demandantes del artículo 3(3)-(4) del TBI y las implicaciones que persiguen extraer de estos. Las Demandantes exageran la importancia del principio “*expressio unius*”. Como muestran el artículo 5(2) y el

²¹ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 223; *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. La Federación de Rusia*, Laudo del 21 de abril de 2006, párr. 181; *Wintershall c. Argentina*, cit., párr. 17; *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Decisión sobre jurisdicción del 9 de noviembre de 2004, párrs. 118 y 119; *Telenor Mobile Communications A.S. c. La República de Hungría*, Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrs. 89 a 95.

²² *Wintershall c. Argentina*, cit., párr. 167.

²³ *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, cit., párr. 103.

²⁴ *ICS c. Argentina*, cit., párr. 320.

²⁵ *Ibíd.*, párrs. 323 a 324.

²⁶ *Renta 4, S.V.S.A. c. La Federación de Rusia*, Laudo sobre excepciones preliminares del 20 de marzo de 2009, párr. 117.

artículo 7, cuando las Partes Contratantes consideran necesario otorgar un tratamiento de NMF, lo hacen explícitamente.

54. Como observó otro tribunal, el contenido del estándar sustantivo de “tratamiento justo y equitativo” como se aplica en el derecho internacional no comprende la cuestión procesal de acceso al arbitraje internacional. Incluso si dicho acceso puede ser más favorable para los inversores que la falta de acceso “esto no significa que la falta de otorgar acceso a dicho tribunal sea injusta o inequitativa”²⁷.

2. Argumentos de las Demandantes

55. Según las Demandantes, las excepciones de Uruguay a la jurisdicción del Tribunal están basadas en la hipótesis incorrecta de que los prerequisites para el arbitraje estipulados en el artículo 10 del TBI no han sido cumplidos. Por el contrario, con respecto a cada una de las medidas que originaron la diferencia, las Demandantes buscan alcanzar una resolución amigable con el Gobierno durante por lo menos seis meses y han iniciado procesos legales en relación con la diferencia en los tribunales nacionales durante al menos 18 meses. El hecho de que no se hayan tomado algunos pasos procesales antes del registro de la SA no priva al Tribunal de jurisdicción.
56. El término “recurrir” en el artículo 10(2) no significa que las Demandantes solo pueden acudir al arbitraje para recurrir una decisión adversa de un tribunal nacional. Esto sería contrario al significado corriente de dicha disposición, el cual permite que las Demandantes presenten su diferencia al arbitraje si dentro de un plazo de 18 meses no se dictara sentencia en los tribunales nacionales. En este contexto, “recurrir” significa “pedir, acudir a”. La interpretación anterior es clara en la redacción en inglés, e incluso es más clara en la versión en español del TBI, la cual establece que “[s]i dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses... no se dictara sentencia, el inversor involucrado *podrá recurrir* a un Tribunal Arbitral”. El verbo “*recurrir*” (“appeal” en la versión en inglés) confirma que los redactores del TBI no pretendieron que “recurrir” significara elevar el fallo a una autoridad

²⁷ *Ibidem*, párr. 154.

superior para revisión. En este contexto “*recurrir*” significa, al igual que “*appeal*” en la versión en inglés, “pedir, acudir a”.

57. En cuanto a la Ordenanza 514, el período de consultas de seis meses comenzó el 18 de septiembre de 2008 con la presentación de la oposición administrativa y finalizó el 18 de marzo de 2009. El proceso legal por un plazo de 18 meses comenzó el 9 de junio de 2009, cuando se presentó una acción de nulidad ante el TCA y finalizó el 9 de diciembre de 2010, cuando el TCA aún no había dictado una decisión.
58. En representación de las Demandantes, Abal envió cartas al MSP el 23 y 24 de septiembre, el 26 de diciembre de 2008 y el 3 de febrero de 2009, en las que objetó la Ordenanza 514. La presentación de una oposición administrativa el 18 de septiembre de 2008 no constituía una presentación ante un “tribunal competente” dentro del sentido del artículo 10, sino simplemente la continuación del esfuerzo de alcanzar un arreglo amigable. En una presentación adicional ante el MSP, el 7 de noviembre de 2008, Abal manifestó notablemente que la Ordenanza 514 violaba los derechos de las Demandantes en virtud del TBI.
59. El período de consultas de seis meses finalizó el 18 de marzo de 2009, seis meses después de la presentación de la oposición administrativa o, como máximo, el 7 de mayo de 2009, seis meses después de la presentación adicional.
60. Las Demandantes esperaron hasta el 9 de junio de 2009 para presentar su diferencia ante el TCA, mediante la cual perseguían la anulación de la Ordenanza 514 basada en el requisito de la “única presentación”, que es una nueva restricción de la Ley n.º 18.256 y el Decreto 284 y una violación de los derechos de las Demandantes en virtud del TBI. El proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales finalizó el 9 de diciembre de 2010. El TCA emitió una decisión el 14 de junio de 2011, es decir, solo 24 meses después de haberse iniciado el proceso legal ante tribunales nacionales y seis meses después de la finalización del plazo de 18 meses²⁸.

²⁸ Decisión 509 del TCA sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514, del 14 de junio de 2011 (C-053).

61. La decisión del TCA del 14 de junio de 2011 desestimó la acción de nulidad de Abal basándose en los argumentos y las pruebas presentadas en los diversos procedimientos iniciados por British American Tobacco (“**BAT**”). Cuando se le solicitó una clarificación, el TCA declaró el 29 de septiembre de 2011 que “las pretensas contradicciones no resultan trascendentes ni justifican rever los fundamentos del fallo”. Dado que los hechos y argumentos presentados por BAT son ampliamente diferentes de aquellos presentados por Abal y dado que la decisión del TCA es final e inapelable, las Demandantes no tienen recurso contra esa decisión. Incluso si el Tribunal entiende que las Demandantes no han satisfecho los requisitos procesales del TBI, las Demandantes deberían poder presentar un reclamo por denegación de justicia en este arbitraje, con respecto al cual el Tribunal tiene jurisdicción.
62. En cuanto al Decreto 287, el período de consultas de seis meses comenzó el 5 de junio de 2009, incluso antes de la emisión del Decreto el 25 de junio de 2009, con una carta enviada por Abal en representación del grupo de compañías Philip Morris al MSP, mediante la cual objetaba el nuevo requisito de que el tamaño de las advertencias sanitarias debía pasar de ocupar el 50% del área total de la cajilla de tabaco al 90%. La carta indicaba que esto incumplía los derechos de las Demandantes en virtud del TBI.
63. El Gobierno ignoró las objeciones y, sin consultar, dictó el Decreto 287 el 25 de junio de 2009, mediante el cual decretó el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias del 80% en el área total. Abal presentó una oposición administrativa al Decreto el 16 de julio de 2009 y un escrito adicional el 6 de noviembre de 2009. El plazo de seis meses finalizó el 5 de diciembre de 2009, luego de dos meses de haberse presentado la SA. El plazo de 150 días para que el MSP tratara la oposición de las Demandantes finalizó el 13 de diciembre de 2009, sin ninguna respuesta al respecto.
64. Las Demandantes esperaron hasta el 22 de marzo de 2010 para iniciar un proceso legal ante tribunales nacionales mediante la presentación de una acción ante el TCA, por la cual perseguían la nulidad del Decreto 287, mediante la afirmación de sus derechos en representación del grupo de compañías Philip Morris de

conformidad con el TBI. El plazo de proceso legal de 18 meses finalizó el 22 de septiembre de 2011, pero el TCA no emitió la decisión hasta el 28 de agosto de 2012²⁹, es decir, once meses después. La SA había sido presentada el 19 de febrero de 2010 y registrada el 26 de marzo de 2010.

65. La Ordenanza 466 prosiguió con los requisitos de la Ordenanza 514 y el Decreto 287. Los pasos de las consultas y del proceso legal llevados a cabo por las Demandantes en relación con estos últimos cumplieron así con los requisitos procesales para el reclamo de las Demandantes en contra de la Ordenanza 466. En cualquier caso, el plazo de consultas de seis meses comenzó el 11 de septiembre de 2009, cuando las Demandantes presentaron una oposición administrativa a la Ordenanza 466, y finalizó el 11 de marzo de 2010. El proceso legal por un plazo de 18 meses comenzó el 20 de abril de 2010, cuando se presentó una acción de nulidad ante el TCA, y finalizó el 20 de octubre de 2011. El TCA emitió la decisión el 22 de noviembre de 2011, es decir, un mes después³⁰.
66. La Demandada sostiene que incluso si Abal hubiera cumplido con algunos de los requisitos del artículo 10, las otras Demandantes no lo han hecho. La Demandada ignora el hecho de que FTR era la única titular de Abal, que ahora pertenece completamente a Philip Morris Brands, y que las marcas que Abal comercializa en Uruguay pertenecen a Abal o PMP, o están licenciadas por ellas. Toda diferencia que involucre a Abal y a sus productos necesariamente involucra a las otras Demandantes. Además, a lo largo de todas las discusiones que mantuvo con el Gobierno y de los procesos legales y administrativos, Abal dejó en claro que hablaba en representación de sus empresas controlantes y subsidiarias.
67. Según la Demandada, el hecho que las Demandantes no hayan cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales a la fecha de registro de la SA es crucial para la jurisdicción del Tribunal. La Demandada malinterpreta los pasos del artículo 10 como prerequisites jurisdiccionales excluyentes, en lugar de requisitos procesales. Una extensa línea jurisprudencial apoya la posición de las Demandantes de que los pasos procesales, como los

²⁹ Decisión 512 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Decreto 287/09 del 28 de agosto de 2012 (C-116).

³⁰ Decisión 970 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Ordenanza 466 del 22 de noviembre de 2011 (C-114).

requisitos de notificación, los períodos de espera y los requisitos para entablar procesos legales ante tribunales nacionales, no son condiciones para establecer la jurisdicción. Dichos pasos procesales no corresponden a la jurisdicción, sino a la admisibilidad de la diferencia, o a la conducta procesal relacionada con el reclamo³¹. Dado que se han cumplido todos los prerequisites procesales, la denegatoria de los reclamos no sería útil, ya que las Demandantes podrían someter nuevamente la diferencia a arbitraje.

68. En los casos que Uruguay cita para sostener su posición, las demandantes no realizaron intento alguno de cumplir los requisitos de negociación o el proceso legal ante tribunales nacionales. En su lugar, en este caso, las Demandantes han cumplido los requisitos del TBI relacionados con todos los pasos. Por lo tanto, el transcurso del tiempo ha tornado irrelevante el hecho de que la SA haya sido registrada antes de la finalización del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales. Uruguay no ha impugnado que exista jurisdicción *ratione materiae* ni *ratione personae* ni *ratione temporis*. Como explicó el profesor Schreuer en su opinión jurídica, “los requisitos adicionales a los del artículo 25 [del Convenio CIADI], comprendidos en un instrumento de consentimiento, generalmente estarían relacionados con la admisibilidad” [traducción del Tribunal].
69. La mayoría de las decisiones han sostenido que el plazo de consultas de seis meses no es un requisito jurisdiccional y que, en todo caso, puede tornarse irrelevante o ser dejado de lado si la búsqueda de las consultas fuera fútil. Los tribunales han reconocido que los prerequisites procesales no pueden aplicarse de manera automática a aquellas situaciones en las que desestimar el caso no tendría otro efecto más que retrasar el procedimiento y obligar a las partes a incurrir en costas adicionales³². Negar la jurisdicción en este caso sería una decisión formal

³¹ En el Memorial de Contestación, las Demandantes citan los siguientes casos (en el párr. 86):

Hochtief AG c. La República Argentina, Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011 (“*Hochtief*”), párrs. 90, 91 (CLA-032); *Telefónica S.A. c. La República Argentina*, Decisión del tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción del 25 de mayo de 2006 (“*Telefónica*”), párr. 93 (RL-77); *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. La República Argentina*, Laudo del 19 de diciembre de 2008 (“*TSA*”), párr. 112 (CLA-064).

³² En el Memorial de Contestación, las Demandantes citan los siguientes casos (en el párr. 92):

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 6 de agosto de 2003 (“*SGS c. Pakistán*”), párr. 184 (CLA-059); *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998 (“*Ethyl*”), párr. 75 (CLA-029); *Bayindir*

indebida, en oposición al espíritu y la racionalidad de las disposiciones de arreglo de diferencias del TBI.

70. Según la Demandada, se le solicitó a las Demandantes que iniciaran procesos legales en relación con sus reclamos bajo el Tratado ante el TCA, y no los reclamos en virtud de la ley nacional de Uruguay. No existen bases para la posición de la Demandada.
71. La “controversia” que debe someterse al proceso legal ante el tribunal nacional competente está definida por el artículo 10(1) como relacionada con una inversión, no como una diferencia limitada a reclamos de una violación del TBI. Dado que cada una de las partes puede someter la “controversia” a los tribunales nacionales, no tendría sentido que la diferencia estuviera limitada a los reclamos por incumplimiento del Tratado, y no habría fundamentos para que Uruguay presente ante los tribunales nacionales un reclamo de este tipo en contra del inversor. Además, en virtud del artículo 9(8) y del artículo 10(2), el TBI faculta al inversor a someter a arbitraje “todos [los] aspectos” de una diferencia, lo que se entiende que comprende tanto reclamos de derecho nacional como internacional relacionados con el mismo asunto. En el artículo 10 no existe un requisito de agotamiento y el inversor solo debe esperar que el tribunal nacional dicte un fallo dentro de los 18 meses antes de recurrir al arbitraje.
72. Según la Demandada, incluso si el TCA fuera el tribunal adecuado para entender en sus reclamos, las Demandantes deberían haber invocado los procedimientos establecidos en la Ley n.º 16.110, los cuales estipulan la presentación de reclamos bajo el Tratado ante el TCA. Las Demandantes observan desde el principio que ni el Estado demandado ni el TCA indicaron en algún momento que las Demandantes deberían haber invocado la Ley n.º 16.110. Como mencionó el profesor Schreuer en su opinión jurídica, podría haber sido que Uruguay sabía sobre el procedimiento especial en virtud de la Ley n.º 16.110 pero se abstuvo de señalárselo a las Demandantes, en cuyo caso no obró de buena fe, o que no tenía conocimiento del procedimiento especial en virtud de la Ley n.º 16.110, en cuyo

caso sería bastante inusual conducir a un inversor extranjero a un error procesal del cual el Estado receptor no tenía conocimiento.

73. Debido a los cambios en la Constitución de Uruguay, las partes críticas de la Ley n.º 16.110 ya no son operativas de manera que no se permite una decisión única e inapelable para la nulidad y la reparación. Esto es contrario al requisito del TBI de que el inversor persiga una “decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia”, que la Demandada ha interpretado como un procedimiento que puede, al mismo tiempo, comprender acciones de nulidad y de reparación. Las Demandantes cumplieron los requisitos del artículo 10 mediante la presentación de su diferencia ante el TCA y la persecución de la nulidad. No estaban obligados a invocar los procedimientos de la Ley n.º 16.110 dado que el TBI no hace mención alguna sobre los procedimientos nacionales aplicables.
74. Como mencionó el experto de las Demandantes, el Dr. Carlos E. Delpiazzo, la reforma constitucional de Uruguay de 1997 derogó implícitamente la Ley n.º 16.110 mediante la prohibición de presentaciones simultáneas de acciones de nulidad y de resarcimiento de daños, objetivo de la Ley n.º 16.110. Según el experto de la Demandada, el Dr. Daniel Hugo Martins, el cambio constitucional “no supone la derogación de la Ley n.º 16.110”. No obstante, esta posición es directamente opuesta a la publicación anterior del Dr. Daniel Hugo Martins, la cual sostenía que las acciones de reparación “deberá[n] recurrirse a la jurisdicción que determine la ley”, que en su opinión no era más el TCA.
75. En consideración de lo antedicho, es evidente que no es posible presentar reclamos bajo el Tratado en un proceso legal único e inapelable en Uruguay en virtud de la Ley n.º 16.110, o de otra manera. En consecuencia, si, como la Demandada argumenta, la Ley n.º 16.110 era necesaria para permitir a los inversores presentar sus diferencias a un tribunal capaz de emitir una “decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia”, entonces la Demandada en sí misma ha perjudicado ese proceso y lo ha considerado una nulidad. El resultado crítico, sin embargo, solo ocurre si uno acepta el argumento

débil de la Demandada de que la Ley n.º 16.110 era necesaria para implementar el TBI³³.

76. Solicitar a los inversores la utilización de la Ley n.º 16.110 evitaría efectivamente un arbitraje entre un inversor y un Estado, dado que el procedimiento relevante habría ocasionado una decisión del TCA dentro de los 90 días, por lo tanto, antes de transcurridos los 18 meses. Como indica la historia legislativa, la Ley n.º 16.110 fue diseñada para una categoría de TBI, como el TBI Alemania-Uruguay, que es diferente del TBI Suiza-Uruguay. Para la primera categoría de TBI, la utilización del procedimiento de la Ley n.º 16.110 no evitaría el acceso al arbitraje internacional una vez que el TCA haya emitido su decisión. Este no es el caso que se aplica a la otra categoría de TBI, como el TBI en cuestión.
77. Si el Tribunal entiende que las Demandantes no han cumplido con el requisito estipulado en el TBI de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales, la cláusula de la NMF del artículo 3(2) permite a las Demandantes basarse en otros TBI que no contienen restricciones parecidas. Uruguay ha celebrado otros tratados de inversión que permiten a los inversores someter una diferencia directamente al arbitraje, como los TBI de Uruguay con Canadá y Australia.
78. Como sostuvieron otros tribunales de tratados de inversión, la posibilidad de iniciar un arbitraje sin someter la diferencia a los tribunales nacionales es “más favorable” que no tener ese derecho. En virtud del artículo 312 de la Constitución de Uruguay, el TCA solo tiene jurisdicción para anular un acto administrativo pero no para otorgar una compensación pecuniaria, que es uno de los recursos solicitados por las Demandantes en este caso. Para obtener este recurso se debería haber presentado otra acción ante otro tribunal diferente. Como puede observarse, el nivel múltiple de jurisdicción es notablemente menos favorable para los inversores que el arbitraje.
79. Según la Demandada, tener “dos oportunidades”, una ante los tribunales nacionales y una ante un tribunal arbitral, es más favorable. En virtud del presente TBI, si el tribunal nacional dicta un fallo dentro de los 18 meses, el inversor no

³³ Dúplica, párr. 96.

podría recurrir al arbitraje, por lo que no habría dos oportunidades, sino una sola. Esto es menos favorable que permitir al inversor elegir entre un proceso legal ante tribunales nacionales, un arbitraje o ambos. De conformidad con el TBI con Canadá, la elección de cuándo y cómo proceder al arbitraje pertenece completamente al inversor. Según el TBI con Australia, la presencia de una cláusula de opción irrevocable (encrucijada) permite a los inversores el acceso directo al arbitraje si lo eligiesen. Ambas situaciones son más favorables que la que establece el TBI Suiza-Uruguay.

80. Como sostuvieron otros tribunales, el “tratamiento” garantizado por la cláusula de la NMF no está limitado a un tratamiento sustantivo, como afirmó la Demandada, sino que se extiende a los procedimientos para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. El arreglo de diferencias es una parte importante del tratamiento que un Estado le otorga a un inversor y no hay bases textuales para excluirlo del alcance de la cláusula de la NMF. Además, incluso si el tratamiento así garantizado estuviera limitado a un “tratamiento justo y equitativo”, como sostuvo la Demandada, la cláusula de la NMF sería aún favorable para las Demandantes.
81. No es claro si “este tratamiento” se refiere a “tratamiento” o solo a “tratamiento justo y equitativo”. Otros tribunales han sostenido que las disposiciones de la NMF con una construcción similar no están limitadas a un “tratamiento justo y equitativo”. Si la opinión de la Demandada acerca de que este tratamiento se refiere al “tratamiento justo y equitativo” fuera correcta, las excepciones a la cláusula de la NMF en los artículos 3(3) y 3(4), en relación con los respectivos acuerdos de libre comercio y doble imposición u otros acuerdos de impuestos, no tendrían sentido.
82. El “tratamiento justo y equitativo” es un concepto de derecho internacional que no se aplica al tratamiento que cada Estado le otorga a sus propios inversores. Es una obligación por parte de un Estado a los inversores “extranjeros”. Por lo tanto, como opina el profesor Schreuer, la única interpretación que le otorga sentido a la segunda oración del artículo 3(2) es interpretar la frase “el tratamiento” como referida al tratamiento de manera general y no a un tratamiento justo y equitativo.

83. Ante la falta de palabras en contrario, debe entenderse que la garantía del TBI de un “tratamiento más favorable” se extiende a disposiciones de arreglo de diferencias más favorables. Como sostuvieron otros tribunales de tratados de inversión, las disposiciones de arreglo de diferencias son el punto central de las protecciones de los TBI. La cláusula de la NMF no realiza distinciones entre los derechos sustantivos y procesales. Una amplia lista de casos sostienen de manera consistente esta posición de que el tratamiento de NMF se extiende al arreglo de diferencias.
84. Para negar la aplicabilidad de la cláusula de la NMF al arreglo de la diferencia, Uruguay invoca el principio *eiusdem generis* y sostiene que la cláusula no menciona expresamente que se aplica a “todas las materias” amparadas por el TBI. Ninguna de estas alegaciones tiene sustento.
85. Según el principio *eiusdem generis*, una cláusula de la NMF “puede atraer asuntos pertenecientes a la misma categoría de aquellos con los que se relaciona la propia cláusula”. Esto fue esencial para las decisiones de los casos *Ambatielos* y *Maffezini*, que fueron fundamentales. Como se observó en *Maffezini*, *Ambatielos* “aceptó la extensión de la cláusula a materias relativas a la administración de justicia y consideró que ello era compatible con la regla *eiusdem generis*”. Se consideró que el objeto del tratado con terceros era el mismo que el del tratado básico, es decir, la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, ambas con acceso a la resolución de diferencias.
86. No es necesario que la disposición de la NMF establezca de manera explícita que abarca el arreglo de diferencias. Esto último no está mencionado en los artículos 3(3) y 3(4) como una de las excepciones limitadas a la obligación de la NMF y no existen bases para imponer nuevas excepciones que las partes no hayan incluido por sí mismas. Las palabras “todas las materias” son prueba de las intenciones de las partes en cuanto al alcance de la cláusula de la NMF, pero no son necesariamente un prerequisite para concluir que la cláusula se extiende al arreglo de diferencias. Como sostuvo el tribunal en el caso *Maffezini*, en el cual no se incluía dicha disposición expresa, esto no finaliza la investigación.

87. Como observaron otros tribunales de tratados de inversión, las excepciones al tratamiento de NMF para algunos acuerdos preferenciales muestran que las partes consideraron qué cuestiones no debían beneficiarse de la protección de la NMF. Dado que el arreglo de diferencias no estaba incluido entre esas excepciones, según la regla “*expressio unius est exclusio alterius*”, la disposición de la NMF se extiende al arreglo de diferencias.
88. La extensión de la cláusula de la NMF al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales no genera las preocupaciones de política identificadas por *Maffezini* y otros tribunales. Uruguay no ha argumentado que dichas preocupaciones son aplicables en este caso, y por buenos motivos. El artículo 10(2) del TBI no exige una decisión final e inapelable, sino que no se haya dictado una decisión una vez transcurrido el plazo de 18 meses. Las Demandantes no pretenden utilizar la cláusula de la NMF para cambiar el foro de arbitraje o para introducir el tipo de cambio jurisdiccional radical que *Maffezini* consideró problemático y que llevó al tribunal en *Plama* a rechazar la extensión de la cláusula de la NMF al arreglo de diferencias.
89. Incluso si la cláusula de la NMF estuviera limitada a un “tratamiento justo y equitativo”, se extiende al arreglo de diferencias, como se sostuvo en *Maffezini*. Los principios de *ejusdem generis* y *expressio unius* se aplicarían aún en situaciones donde la cláusula de la NMF está relacionada con un “tratamiento justo y equitativo”. El tratamiento justo y equitativo incluye los derechos procesales de los inversores, como el acceso al arbitraje internacional para la protección de sus derechos. La determinación de Uruguay de términos de arbitraje internacional más favorables en otros tratados es una forma “más favorable” de tratamiento justo y equitativo.
90. Al basarse en el mencionado principio de contemporaneidad, la Demandada sostiene que, dado que no podría haber sabido, al momento de suscribir el TBI con Suiza, que los tribunales interpretarían la cláusula de la NMF para que se aplicase al arreglo de diferencias, dicha cláusula no puede interpretarse de esa manera. No existen fundamentos para aplicar el mencionado principio, que, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), solo

podría ser un medio complementario de interpretación cuando el sentido corriente y el contexto dejan el sentido ambiguo, caso que no se da en el presente. Además, Uruguay estaba completamente al tanto de que el estándar de la NMF se aplicaba al arreglo de diferencias al momento de aprobar el TBI, como demuestran las declaraciones actuales de los legisladores de Uruguay al indicar que Uruguay pretendía que la cláusula de la NMF se aplique al arreglo de diferencias.

3. Conclusiones del Tribunal

91. El Tribunal ha considerado cuidadosamente las presentaciones de las Partes, que han sido resumidas hasta aquí. A continuación procede a analizarlas por separado.

i) *Requisito de intento de arreglo por seis meses*

92. En sus presentaciones por escrito, la Demandada sostiene que las Demandantes no han cumplido con las condiciones obligatorias para incoar diferencias en virtud del TBI. La referencia realizada en este contexto a los dos primeros párrafos del artículo 10 del TBI aclara que, cuando se refiere a condiciones obligatorias en plural, la Demandada incluye el requisito de seis meses para alcanzar un arreglo amigable de la diferencia y el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales³⁴.

93. En relación con el requisito de seis meses, la Demandada sostiene que “ni FTR Holding S.A. ni su Demandante en reemplazo, Philip Morris Brand Sàrl, han intentado alguna vez reclamar *algún* aspecto de esta diferencia con Uruguay, ni mucho menos una solución amigable, con anterioridad a la presentación de la SA” [traducción del Tribunal]³⁵. Incluso si la Demandada señala, en primer lugar, el supuesto incumplimiento de las Demandantes del requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, el requisito de los seis meses también debe abordarse.

94. En virtud del artículo 10(1) del TBI, “las controversias que surgieren... con relación a inversiones... se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las

³⁴ Memorial, párr. 38.

³⁵ *Ibid.*, nota al pie 60 (énfasis en el texto original en inglés).

partes interesadas”. La Demandada no ha argumentado que no ha surgido una diferencia con las Demandantes, sino que esta última no ha realizado los esfuerzos necesarios para arreglar la controversia de manera amigable. El Tribunal observa en relación con esto que el artículo 10(1) se aplica a ambas Partes, y no solo a las Demandantes.

95. Las Demandantes han demostrado de manera convincente que han cumplido con el requisito de seis meses antes de instituir estos procedimientos³⁶. Dado que no se ha recibido réplica de la Demandada a la correspondencia inicial durante el plazo de seis meses, ni con posterioridad en el caso de las oposiciones administrativas presentadas en contra de las diversas medidas, las Demandantes iniciaron un proceso legal ante los tribunales nacionales con la finalidad de obtener la nulidad de dichas medidas. Es verdad que Abal, por su cuenta, envió algunas cartas y presentó oposiciones administrativas. Pero estas acciones de Abal tenían la finalidad de dejar sin efecto las medidas al punto de limitar la comercialización de tabaco en Uruguay llevada a cabo por las Demandantes. Debido a la identidad de las posiciones y los intereses involucrados, las acciones de Abal se hicieron en beneficio de las otras Demandantes también. Los documentos en el expediente demuestran que Abal actuó, en algunos casos, de manera expresa en representación de las otras Demandantes³⁷.
96. Además, durante la audiencia, el abogado de la Demandada admitió que Uruguay no tenía quejas respecto del cumplimiento por parte de las Demandantes del requisito de los seis meses. En respuesta a la pregunta del presidente a este respecto, el Sr. Reichler sostuvo: “Afortunadamente sí puedo contestar a su pregunta muy brevemente. Sí, ellos sí han cumplido con ese requisito de seis meses”³⁸.
97. A la luz de lo antedicho, se desestima la objeción de la Demandada acerca de que las Demandantes incumplieron el requisito de negociación de seis meses.

³⁶ *Supra*, párrs. 57 a 59 en cuanto a la Ordenanza 514; párrs. 62 a 63 en cuanto al Decreto 287; párr. 65 en cuanto a la Ordenanza 466.

³⁷ Véase la carta enviada por Abal al MSP el 5 de junio de 2009 (C-018) y la Fundamentación de recursos de revocación y jerárquico en contra de la Ordenanza 514 del 7 de noviembre de 2008 (C-036).

³⁸ Transcripción, día 1, página 94, líneas 13 a 15.

ii) *El requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales*

98. La Demandada también cuestiona que las Demandantes no han cumplido el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales del artículo 10(2) con los siguientes fundamentos:

a) Las Demandantes no han iniciado un proceso legal sobre la diferencia del tratado ante los tribunales de Uruguay³⁹.

b) Incluso si hubieran presentado la diferencia ante los tribunales de Uruguay, las Demandantes debían continuar el proceso legal durante 18 meses antes de iniciar el arbitraje⁴⁰.

99. Según la Demandada, en uno u otro argumento no existe jurisdicción⁴¹. En contraposición, las Demandantes argumentan que han cumplido este requisito mediante la presentación ante el TCA de una acción de nulidad contra cada una de estas tres medidas aprobadas por la Demandada, sobre las que se basan sus reclamos (la “**Acción de Nulidad**”).

1. El primer fundamento de la primera excepción

100. El primer fundamento mencionado por la Demandada para rechazar la jurisdicción plantea la pregunta acerca de si se les exigía a las Demandantes iniciar un proceso legal respecto de su diferencia en virtud “del tratado” ante los tribunales uruguayos para satisfacer el requisito del plazo de 18 meses. Para abordar esta cuestión adecuadamente, se debe tener en consideración el sentido del término “controversia” en el artículo 10 del TBI. A este respecto, se debe hacer referencia al artículo 10(1), el cual establece: “Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas”. También debe tenerse en consideración las otras disposiciones del artículo 10 que se refieren a las

³⁹ Réplica, párr. 75.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 76.

⁴¹ Transcripción, día 1, la página 24, líneas 21 a 22.

“controversias”. Las Partes no concuerdan en cuanto al significado que debe atribuirse a “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones”.

101. La Demandada sostiene que no es suficiente someter ante los tribunales de Uruguay una diferencia sobre las violaciones del derecho constitucional o administrativo uruguayo para poder “cumpli[r] las condiciones del artículo 10”⁴². Según su punto de vista, lo que debe someterse ante los tribunales uruguayos es “la verdadera diferencia que surge del TBI” [traducción del Tribunal]⁴³. Según la Demandada, esta interpretación se confirma por la secuencia de pasos establecida por las diversas disposiciones del artículo 10 a través del cual reclama que una diferencia debe proceder antes de recurrir al arbitraje internacional.
102. La Demandada sostiene que, para que estas disposiciones estén provistas de sentido, la diferencia por someterse al arbitraje internacional debe ser la misma diferencia que fue presentada ante los tribunales de Uruguay, y no una diferencia distinta que abarque otras cuestiones⁴⁴. Esta interpretación encuentra fundamento en el término “recurrir” del artículo 10(2), que sugiere que la misma diferencia será sometida ante los tribunales nacionales de primera instancia, y luego ante el tribunal arbitral⁴⁵.
103. Según las Demandantes, el sentido corriente y el contexto de la frase “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo” indican que se refiere a la materia en cuestión, y no a reclamos judiciales particulares, ni mucho menos a reclamos por incumplimiento del TBI. Por un lado, las Demandantes al respecto se refieren a otros TBI suscritos por Uruguay que expresamente definen “controversia” como diferencias que surjan del incumplimiento del TBI o el derecho internacional⁴⁶, y, por otro lado, a las decisiones arbitrales y laudos que sostienen que el término general “controversias que surgieren... con relación a inversiones” puede abarcar los reclamos nacionales

⁴² Transcripción, día 1, página 26, líneas 4 a 6.

⁴³ Réplica, párr. 27

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 30

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 31.

⁴⁶ Dúplica, párr. 36, cita a los TBI de Uruguay con Canadá, Chile, Estados Unidos y Venezuela.

y reclamos en virtud de un tratado que se correspondan con la materia en cuestión⁴⁷.

104. Queda claro, por el hecho de haber alegado la violación del derecho municipal ante los tribunales nacionales, que las Demandantes no hubieran presentado la diferencia por incumplimiento del TBI ante los tribunales de Uruguay. Además de presentar reclamos de derecho municipal de Uruguay, no obstante, la acción de nulidad de las Demandantes presentada ante el TCA incluía una “Declaración y reserva de derechos”⁴⁸. En cada caso, las Demandantes incluyeron tanto una “declaración” de sus derechos en virtud del TBI como una reserva de derechos para litigar sus reclamos en el arbitraje internacional. Además, al menos en un caso, el TCA resolvió expresamente sobre dichos reclamos en virtud del TBI (aparentemente los desestimó)⁴⁹. Sin perjuicio de cómo se caracterizan las conclusiones del TCA en cuanto a estos reclamos, el Tribunal considera que el TCA estaba en conocimiento de los reclamos bajo el Tratado de las Demandantes en el contexto del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2).

⁴⁷ Dúplica, párr. 39, cita a *CMS c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003, párrs. 109 a 111; *Lucchetti c. Perú*, Laudo del 7 de febrero de 2005, párr. 50; *ATA Construction c. Jordania*, Laudo del 10 de mayo de 2010, párrs. 99 a 103; *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, párrs. 130 a 135.

⁴⁸ Acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal ante el TCA, 9 de junio de 2009 (C-041), en el capítulo VII (“El requisito de la “única presentación” de la Ordenanza también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”); Acción de nulidad contra el Decreto 287/09 de Abal ante el TCA, 22 de marzo de 2010 (C-049), en el capítulo V (“El requisito del ‘80%’ del Decreto, también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”); Acción de nulidad contra la Ordenanza 466 ante el TCA, 20 de abril de 2010 (C-050), en el capítulo VI (“El Pictograma impuesto por la Ordenanza también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”).

⁴⁹ Decisión 512 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Decreto 287/09 del 28 de agosto de 2012, en VIII (C-116).

105. En cualquier caso, incluso si las Demandantes no han presentado sus reclamos en virtud del TBI ante los tribunales de Uruguay, el Tribunal concluye que no tenían obligación de hacerlo en virtud del TBI. La cuestión es si, a los fines del requisito de entablar procesos legales ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2), la diferencia presentada ante los tribunales uruguayos debe ser idéntica a la diferencia presentada en el arbitraje. El Tribunal no cree esto.
106. Es necesario tener en cuenta el argumento de la Demandada acerca de que la secuencia de pasos del artículo 10 para someter una diferencia al arbitraje internacional implica que la diferencia sea necesariamente idéntica en todos los pasos. Según el Tribunal, no obstante, este argumento y, en general, la posición de la Demandada en cuanto al sentido de “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” en virtud del artículo 10 debe limitarse al sentido corriente que haya de atribuirse a esta frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI, de conformidad con el artículo 31 de la CVDT⁵⁰.
107. Según el Tribunal, el sentido corriente de la frase “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” es amplio e incluye cualquier tipo de diferencia en la cual la materia sea una “inversión”, como se define este término en el TBI. Las palabras “comprendidas en el presente Acuerdo”, a continuación de la frase en cuestión del artículo 10(1), claramente se refieren en ese contexto a “inversiones”, como se encuentra definida en el artículo 1(2) del TBI, y no a “controversias”. La Demandada reconoce que este fragmento, como está utilizado en el artículo 10 del TBI, es “más amplio que en otros tratados bilaterales y que va más allá de las disputas basadas en los tratados”, e incluye diferencias

⁵⁰ CVDT, artículo 31 (*Regla general de interpretación*):

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

relacionadas con contratos relativos a inversiones que no comprenden un incumplimiento de un tratado, pero no reclamos en virtud del derecho nacional⁵¹.

108. Las diferencias sobre los incumplimientos del TBI alegados y las diferencias en cuanto a reclamos de derecho nacional podrían encuadrarse dentro del alcance de la referencia en el artículo 10(1) a “[l]as controversias que surgieron... con relación a inversiones”. Una línea de decisiones sobre tratados de inversión realiza una distinción entre el sentido amplio de la redacción en otros tratados bilaterales de inversión que son similares al artículo 10 del TBI⁵² y el sentido acotado de la redacción en otros tratados, entre los que se encuentran los tratados suscriptos por Uruguay, que se refieren a “diferencias relacionadas con un reclamo por incumplimiento del tratado” o con “diferencias relativa a inversiones” [traducción del Tribunal] (definidas para incluir también un supuesto incumplimiento de derechos conferidos por el tratado) o una redacción similar⁵³.
109. La referencia en los últimos tratados a reclamos basados en los mencionados incumplimientos del tratado es notablemente diferente a la redacción del artículo 10(1) del TBI Suiza-Uruguay y de las disposiciones de otros tratados celebrados por Uruguay. Como mencionó el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*, “si las Partes Contratantes del TBI hubiesen querido limitar el arbitraje inversor-Estado a

⁵¹ Transcripción, día 1, página 20, líneas 8 a 10.

⁵² *Ex multis: Salini c. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 61, que se refiere al artículo 8 del TBI Italia-Marruecos: “tous les différends ou divergences... concernant un investissement”; *Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre anulación, cit., párr. 55, que se refiere al artículo 8 del TBI Francia-Argentina: “[t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”; *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 15, en referencia al artículo VIII 2) del TBI Suiza-Filipinas, que menciona “las diferencias relativas a inversiones”; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A y la República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, párr. 112, que se refiere al párrafo 1 del artículo X del TBI Argentina-España: “Las controversias que surgieron... en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”. Encontramos una excepción a esa interpretación uniforme en *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003, que sostiene que la frase “diferencias relativas a inversiones” del artículo 9 del TBI Suiza-Pakistán era “solo descriptiva” y que “los reclamos exclusivamente contractuales no estaban amparados por esta cláusula” [traducción del Tribunal] (párr. 161).

⁵³ Muchos TBI suscriptos por Uruguay que adoptan la conclusión del TBI Suiza-Uruguay se refieren en el mismo contexto a las diferencias relacionadas con reclamos por incumplimiento del tratado: Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991, entrada en vigor, el 20 de octubre de 1994; Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para el Fomento y la Protección de las Inversiones, firmado el 29 de octubre de 1997, entrada en vigor, el 2 de junio de 1999, art. XII; Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto el 26 de octubre de 1995, entrada en vigor, el 22 de abril de 1999, art. 8; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto el 4 de noviembre de 2005, entrada en vigor, el 1 de noviembre de 2006, art. 24; Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, suscripto el 20 de Mayo de 1997, entrada en vigor, el 18 de enero de 2002, art. 9.

reclamos respecto de incumplimientos de los estándares substantivos contenidos en el TBI, lo habrían manifestado expresamente, utilizando un lenguaje acorde”⁵⁴ [traducción del Tribunal]. El Tribunal comparte las opiniones expresadas por otros tribunales con respecto a que la definición de diferencias como “relativas a inversiones dentro del sentido de este Acuerdo”, o “relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”⁵⁵, o “en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”⁵⁶, “no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo..., es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI”⁵⁷.

110. La interpretación del sentido de “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” en virtud del artículo 10 es confirmada por otra regla interpretativa dispuesta por el artículo 31 de la CVDT, es decir, el contexto. Como observó el comité *ad hoc* en el caso *Vivendi c. Argentina*⁵⁸, en el mismo contexto, una formulación amplia de “controversia”, como la del artículo 10(1) del TBI, puede contrastarse con la disposición de arreglo de diferencias entre Estados del artículo 9(1) del TBI, que se refiere a “controversias que surgieren... con relación a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo”. La definición de “controversias” en este último caso es notablemente estrecha, a diferencia del lenguaje expansivo del artículo 10(2), que claramente indica, según la opinión del Tribunal, que un inversor podría satisfacer el artículo 10(2) mediante la presentación de un reclamo de derecho nacional ante los tribunales uruguayos, siempre que se base en hechos y materias sustancialmente similares al reclamo en virtud del TBI presentado con posterioridad por el inversor al arbitraje.
111. El artículo 9(8) y el artículo 10(2) del TBI sostienen la conclusión de que el término “controversias” del artículo 10(1) abarca los reclamos de derecho nacional y reclamos bajo el Tratado. Ambas disposiciones establecen que, si la diferencia fuera sometida a arbitraje luego del proceso legal ante los tribunales

⁵⁴ Cit., *supra*, nota al pie 52, párr. 138.

⁵⁵ Como en el TBI Francia-Argentina, en el caso *Vivendi c. Argentina* (*supra*, nota al pie 52).

⁵⁶ Como en el TBI Argentina-España, en el cual se basa el caso *Teinver c. Argentina* (*ibídem*).

⁵⁷ *Vivendi c. Argentina*, cit., párr. 55. Esta resolución fue aprobada por el tribunal en el caso *Teinver c. Argentina*, cit., párr. 112.

⁵⁸ Cit., párr. 55.

nacionales, el tribunal arbitral deberá decidir sobre la diferencia “en todos sus aspectos”. El artículo 10(2) establece que, si el tribunal nacional no dictara sentencia dentro del plazo de 18 meses, el inversor puede “recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. Como ya fue mencionado, “recurrir” en este contexto significa “acudir a”, sin que esto signifique, como contestó la Demandada, que la diferencia deba ser la misma. Las palabras “en todos sus aspectos” deben tener un sentido acorde al principio de que todas las disposiciones de los tratados deben tener un “*effet utile*”. Dicho sentido solo puede entenderse una vez que la diferencia arriba al nivel de un tribunal arbitral, ya sea una diferencia entre Estados o entre un inversor y un Estado. “[E]n todos sus aspectos”, en relación con la mencionada diferencia, debe referirse a las cuestiones de derecho internacional y nacional. Si se aplica el artículo 10(2), este aspecto contextual confirma que, luego de la intervención de la justicia uruguaya en los reclamos legales, el tribunal inversor-Estado debe ser también competente para entender en los reclamos de derecho internacional⁵⁹.

112. El Tribunal observa que el recurso planteado por las Demandantes desde el TCA era adecuado dado que, si se hubiera otorgado la anulación de las tres medidas emitidas por la Demandada, eso hubiera satisfecho los reclamos de las Demandantes, en virtud del derecho nacional e internacional, incluso el TBI.
113. Según lo antedicho, el Tribunal concluye que, mediante la presentación de sus reclamos de derecho nacional a través de las acciones de nulidad presentadas ante el TCA de los tribunales uruguayos, las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2) del TBI. El término “controversias”, como es utilizado en el artículo 10(2), debe interpretarse de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos, lo que incluye los reclamos bajo el Tratado específicamente. La diferencia ante los tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) no necesita tener las mismas bases legales o pretensiones que la diferencia sometida al arbitraje posterior, siempre que ambas diferencias se

⁵⁹ Como opina el profesor Schreuer, *Second Legal Opinion*, párr. 21.

refieran a hechos sustancialmente similares y sean relativas a inversiones con arreglo al TBI⁶⁰.

114. Finalmente, a pesar de que las acciones de nulidad fueron presentadas por Abal, esta claramente actuó también en el interés de las otras Demandantes, al considerar que está totalmente controlada por Philip Morris Brands y que las marcas que Abal vende en Uruguay están sublicenciadas por PMP⁶¹.

iii) *Aplicabilidad de la Ley n.º 16.110.*

115. El primer fundamento de la Demandada para rechazar la jurisdicción del Tribunal se relaciona con la cuestión acerca de si las Demandantes han satisfecho el requisito del plazo de 18 meses mediante la presentación de sus reclamos nacionales a los “tribunales competentes” de Uruguay. La Demandada no cuestiona que el TCA sea el tribunal competente para la nulidad de los actos administrativos, y esto es el objeto de las acciones de nulidad de las Demandantes⁶². La Demandada cuestiona que las Demandantes deberían haber seguido el procedimiento especial establecido por la Ley n.º 16.110 del 7 de mayo de 1990⁶³, cosa que no han hecho⁶⁴.

116. El Tribunal observa desde un primer momento que la referencia a la Ley n.º 16.110 fue realizada por la Demandada por primera vez solo en la Réplica, es decir, más de dos años después de presentada la SA y ocho meses después de la presentación del Memorial. Durante la audiencia, la Demandada argumentó que esperó hasta la Réplica para invocar el incumplimiento de las Demandantes de la Ley n.º 16.110 porque en la SA “[s]e basó exclusivamente en la cláusula NMF en materia de jurisdicción”⁶⁵. Esto es poco consistente con la importancia que la Demandada le atribuye a la aplicación de la Ley n.º 16.110 y todos los elementos que estaban a su disposición para presentar esta cuestión oportunamente.

⁶⁰ A este respecto, la referencia que realiza la Demandada a los casos que tratan el efecto de las cláusulas de opción irrevocable sobre la jurisdicción, siempre y cuando la diferencia ante un tribunal nacional sea o no la misma que la diferencia del arbitraje, es inaplicable en este contexto.

⁶¹ *Supra*, párr. 3.

⁶² Acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal ante el TCA, 9 de junio de 2009 (C-041); Acción de nulidad contra el Decreto 287 de Abal ante el TCA, 22 de marzo de 2012 (C-049); Acción de nulidad contra la Ordenanza 466 de Abal ante el TCA, 20 de abril de 2010 (C-050).

⁶³ Ley n.º 16.110 de Uruguay del 7 de mayo de 1990 (RL-83).

⁶⁴ Transcripción, día 1, página 17, líneas 14 a 22 y página 18, líneas 1 a 5.

⁶⁵ Transcripción, día 1, página 88, líneas 9 a 16.

117. Ni el TCA ni la Demandada llamaron la atención de las Demandantes sobre la supuesta necesidad de aplicar el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110 luego de la presentación por parte de las Demandantes de las acciones de nulidad contra la Ordenanza 514, el Decreto 287 y la Ordenanza 466. Esto fue así, a pesar de que la notificación cursada a la Demandada de la SA ha logrado hacer notar la existencia de reclamos bajo el Tratado y que, en cada una de las acciones de nulidad, las Demandantes se han reservado el derecho de iniciar reclamos bajo diversos tratados, entre ellos el TBI⁶⁶. La Demandada, por lo tanto, estaba en posición de llamar la atención de las Demandantes en cuanto a la necesidad de cumplir con el procedimiento de la Ley n.º 16.110.
118. Ya sea que la Demandada por sí misma haya ignorado la existencia de una ley especial o haya entendido que dicha ley era inaplicable en el presente caso, es difícil para el Tribunal aceptar las observaciones críticas formuladas a las Demandantes en este arbitraje por haber iniciado sus reclamos ante el TCA con fundamento en las normas procesales de aplicación general, en lugar de hacerlo de conformidad con el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110. Si fuera obligatorio que las Demandantes reclamaran la reparación en virtud de la Ley n.º 16.110, el incumplimiento de la Demandada de avisar a las Demandantes no escaparía de la crítica y podría, si fuera necesario para una decisión, establecer las bases para una resolución en contra de la Demandada. Además, según cree el Tribunal, la excepción de la Demandada acerca de que las Demandantes deberían haber utilizado el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110 sería tardía en vista de la presentación oportuna de las excepciones jurisdiccionales exigidas por la regla de arbitraje 41(1)⁶⁷. No obstante, el Tribunal, en consideración del deber de asegurarse de que tiene jurisdicción para entender en el caso⁶⁸, observa lo siguiente.

⁶⁶ Véase “Declaración y reserva de derechos” en las diversas acciones de nulidad (C-041, capítulo VII; C-049, capítulo V; C-050, capítulo VI).

⁶⁷ La Regla de Arbitraje 41(1) establece: “Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la dúplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción”.

⁶⁸ *AIG c. Kazajstán*, Laudo, 7 de octubre de 2003, párr. 9.2: “No puede [el requisito de presentación ‘tan pronto como sea posible’] considerarse coercitivo” [traducción del Tribunal].

119. Las Demandantes alegaron que la Ley n.º 16.110 únicamente se aplica a tratados con las mismas características que el Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Oriental del Uruguay sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, suscripto el 4 de mayo de 1987 y ratificado por medio del artículo 1 de la Ley n.º 16.110 (el “**TBI Alemania-Uruguay**”). Según el Tribunal, esta aplicación limitada de la Ley n.º 16.110 no está garantizada a raíz del artículo 3 de dicha ley, el cual, de manera inequívoca, establece que todas las contiendas que surgieren al amparo de tratados ratificados por Uruguay “quedarán sujetas al procedimiento que se establece en los siguientes artículos”. Ante la falta de excepciones, esta afirmación indefectiblemente remite al TBI Suiza-Uruguay. El procedimiento por seguir en virtud del artículo 3 es el que describen los artículos 4 y 9 de la Ley n.º 16.110.
120. El artículo 4 establece lo siguiente en su parte pertinente:
- El procedimiento a seguir será el que a continuación se establece:
- A) Serán competentes para entender en estos juicios los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.
- El artículo 9 establece:
- Las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso-administrativa promovidas al amparo de los Tratados a que se refiere la presente ley, se someterán a la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiéndose el procedimiento previsto por los artículos anteriores.
121. Según explicó el experto de la Demandada, el Dr. Martins, “[a]nte los Tribunales de Apelaciones en lo Civil deberán presentarse todas las demandas contra el Estado - salvo ‘las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso administrativa’ que lo serán ante el TCA, según lo dispone el artículo 9 de la Ley n.º 16.110”⁶⁹.
122. Las Demandantes no han presentado ante el TCA una diferencia al amparo del TBI Suiza-Uruguay en virtud del procedimiento especial de la Ley n.º 16.110. El TCA tampoco aplicó esta ley en los procedimientos sometidos a su competencia, a pesar de que, como se mostró en ciertas partes de las decisiones del TCA sobre la acción de nulidad en el marco del TBI, las Demandantes pusieron al Tribunal en

⁶⁹ Informe de experto del Dr. Hugo Martins, anexo a la Réplica, párr. 22.

conocimiento de los reclamos bajo el Tratado y, como se discutió anteriormente, en efecto, el Tribunal los había desestimado⁷⁰. En dicha ocasión, el TCA no hizo referencia alguna a la Ley n.º 16.110 con respecto al procedimiento que debería haberse aplicado. Por el contrario, las Partes aceptaron que el TCA era el tribunal competente: su debate giró en torno a la cuestión de si el tribunal continuaba siendo competente, como en el pasado, no solo para entender en las acciones de nulidad sino también en las acciones reparatorias posteriores a la reforma constitucional de 1997.

123. La posición de las Demandantes es que, al someter la diferencia al TCA, sujeta al procedimiento de aplicación general limitado a la anulación de las tres medidas promulgadas por la Demandada, cumplieron con los requisitos del artículo 10 y *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI dado que, por un lado, no estaban obligados a someter la diferencia en el marco del TBI y, por el otro lado, las decisiones del TCA no eran apelables ante cualquier otra autoridad. Por lo tanto, de conformidad con las Demandantes, al someter la diferencia al TCA la condición de dictar un fallo “en una sola y única instancia”⁷¹ se ha cumplido, dado que esta frase no quiere decir “que se combina lo reparatorio con lo anulatorio”⁷². En oposición, la Demandada alega que las Demandantes deberían haber sometido la acción de nulidad y la acción reparatoria al TCA de conformidad con la Ley n.º 16.110, dado que en este arbitraje buscan tanto la anulación como la reparación.
124. La cuestión acerca de si el TCA es competente para entender en las acciones reparatorias, así como también en otros reclamos de reparación, posteriores a la reforma constitucional de Uruguay de 1997, ha perdido parte de su importancia en virtud de la decisión del Tribunal de que la Ley n.º 16.110 era inaplicable con respecto a las acciones de las Demandantes elevadas al TCA. Sin embargo, dado que la cuestión aún puede ser de interés en el marco de la competencia del TCA

⁷⁰ Cabe destacar que, en su Decisión del 28 de agosto de 2012 que desestima la Acción de nulidad de las Demandantes contra el Decreto 287 (C-116), el TCA se ha referido a las alegaciones del actor acerca de la violación del TBI Suiza-Uruguay al afirmar que “no se afectan las inversiones de una empresa Suiza” por el decreto y que “la soberanía del Estado de regular en materia de Salud Pública, está fuera de las normas de protección de inversiones”. En la audiencia, las Demandantes mencionaron estas secciones de la decisión del TCA: Transcripción, día 1, página 308, líneas 9 a 16.

⁷¹ Transcripción, día 1, página 201, líneas 10 a 15.

⁷² Transcripción, día 1, la página 193, líneas 3 a 11.

en virtud del procedimiento de aplicación general y el carácter inapelable de sus decisiones, se examinará brevemente a continuación.

125. La redacción anterior del artículo 312 de la Constitución de Uruguay condicionaba la acción de reparación al previo accionamiento anulatorio y el TCA era el único órgano jurisdiccional, ajeno al Poder Judicial, con la específica finalidad de entender en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, dictados por cualquier órgano del Estado. La nueva redacción de la referida disposición a partir de 1997, establece la posibilidad de optar entre el contencioso de anulación y el contencioso de reparación, estableciendo que en caso de optarse por el primero de los supuestos, “si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente”⁷³.

126. En su informe pericial, el Dr. Martins, el experto de la Demandada, opina que las disposiciones de la Ley n.º 16.110 que contemplan la posibilidad de acumular ante el TCA las acciones anulatorias y reparatorias son compatibles con el nuevo texto constitucional, porque la referencia del artículo 312 a “la jurisdicción que la ley determine” es una referencia al TCA⁷⁴. Según las Demandantes, esta posición se contradice con las publicaciones anteriores del Dr. Martins, no mencionadas en el C.V. presentado en este procedimiento, en las que concluyó lo siguiente: “No obstante, el art. 312 reformado dice que deberá interponerse la acción de reparación ante la jurisdicción que la ley determine, y aquí la ley parecería que puede otorgarle al Poder Judicial, pero no podría otorgarle al Tribunal de lo Contencioso [TCA] porque para mí el Tribunal de lo Contencioso tiene competencia cerrada, es decir es la que a texto expreso está establecida en la Constitución... parecería que podemos deducir que cuando dice ‘deberá recurrirse a la jurisdicción que determine la ley’ no está comprendido el [TCA]”⁷⁵.

127. Según el Dr. Delpiazzo, el experto de las Demandantes, la Constitución de Uruguay de 1997 quiere decir que “el art. 312 prevé una opción entre la acción reparatoria y la acción de nulidad que excluye la posibilidad de tramitar ambas

⁷³ Informe de experto del Dr. Martins, párrs. 14 y 15.

⁷⁴ Informe de experto del Dr. Martins, párr. 22.

⁷⁵ Dr. Daniel Hugo Martins, *Algunos Aspectos del reparatorio patrimonial*, en *Reflexiones sobre la Reforma Constitucional del 1996*, 1998, párrs. 130 y 134 (CLA-097).

acciones en simultáneo. En consecuencia, cualquier disposición que estableciera la posibilidad de tramitar ambos procesos en simultáneo resultaría contraria a la Constitución”⁷⁶. Según el Dr. Delpiazzo, “Quiere decir que dicha disposición [de la Ley n.º 16.110], por un lado le otorga al TCA competencia en materia de reparación patrimonial y por otro, permite la acumulación de las pretensiones anulatorias y reparatorias en un mismo proceso, lo cual resulta manifiestamente incompatible con la superviniente reforma constitucional”⁷⁷. Según otros doctrinarios uruguayos, la reforma constitucional eliminó la posibilidad de expandir la jurisdicción del TCA a las acciones reparatorias simplemente por medio de una ley, como la Ley n.º 16.110.

128. La opinión del Dr. Delpiazzo coincide con la opinión que el Dr. Martins expresó en su escrito doctrinal anterior a este arbitraje. Si el Tribunal tuviera que elegir entre las dos opiniones diferentes de los expertos del derecho uruguayo, consideraría que tiene más peso la opinión del Dr. Delpiazzo en virtud de la relevancia del comentario doctrinal y la redacción de la versión revisada del artículo 312 de la Constitución. La nueva disposición establece que declarada la anulación por el TCA “podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente”. La palabra “luego” del contencioso de reparación “ante la sede correspondiente” denota un procedimiento separado ante un tribunal ajeno al TCA. Ambos expertos estuvieron de acuerdo en la audiencia con respecto a que la acción de nulidad y la acción reparatoria son procedimientos diferentes⁷⁸.
129. El Tribunal no precisa seguir ahondando en el tema, dada su conclusión anterior de que las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales mediante la presentación de una acción de nulidad ante el TCA⁷⁹. En virtud de estas consideraciones, el Tribunal sostiene además que las decisiones del TCA satisfacen el requisito de “una decisión judicial dictada en un procedimiento de

⁷⁶ Opinión del Dr. Delpiazzo, párr. 3.2.1 (CWS-03).

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 3.3.1.

⁷⁸ El Dr. Martins, al responder a la pregunta del presidente, dijo lo siguiente: “Sí, hay una sentencia anulatoria o que reserva la acción de reparación y luego puede el interesado hacer una acción por la reparación” (Transcripción, día 1, página 349, líneas 10-17,). El Dr. Delpiazzo dijo lo siguiente: “Si [el TCA] sólo puede anular y confirmar, entonces no puede condenar a reparar..., si puede hacer reserva de la acción de reparación, evidentemente esa acción de reserva es para ante otro” (Transcripción, día 1, página 327, líneas 5-9).

⁷⁹ *Supra*, párr. 99.

una sola instancia”, de conformidad con los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI Suiza-Uruguay, dado que dichas decisiones no son apelables ante otra autoridad judicial de Uruguay⁸⁰.

2. El segundo fundamento de la primera excepción

130. El segundo fundamento del argumento de la Demandada con respecto al incumplimiento de las Demandantes del requisito del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales se basa en el hecho de que las Demandantes iniciaron su arbitraje antes de que transcurriera el plazo de 18 meses prescripto por el artículo 10(2) del TBI. Las Demandantes no discuten lo antedicho.
131. Las Partes acuerdan que, de conformidad con la regla 6 de las Reglas de Iniciación, este procedimiento fue instituido el 26 de marzo de 2010⁸¹. Las Partes también acuerdan que los tribunales uruguayos no emitieron decisión alguna dentro del plazo de 18 meses prescripto por el artículo 10(2) del TBI.
132. El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514 el 14 de junio de 2011, es decir, 24 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 9 de junio de 2009⁸². El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 466 el 22 de noviembre de 2011, es decir, 19 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 20 de abril de 2010⁸³. El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra el Decreto 287 el 28 de agosto de 2012, es decir, 29 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 22 de marzo de 2010⁸⁴. Todas estas acciones fueron desestimadas.
133. La Demandada alega que el requisito de un proceso legal por un plazo de 18 meses es un requisito jurisdiccional y que su incumplimiento a la fecha de institución del arbitraje priva al Tribunal de jurisdicción para entender en el caso. Las Demandantes, por el contrario, afirman que el requisito en cuestión es

⁸⁰ “[L]as sentencias del [TCA] son inapelables... sus pronunciamientos no son objeto de revisión por parte de ningún otro Tribunal” (Dr. Delpiazzo, Transcripción, día 1, página 358, líneas 10-15).

⁸¹ *Supra*, párr. 12.

⁸² *Supra*, párr. 60.

⁸³ *Supra*, párr. 65.

⁸⁴ *Supra*, párr. 64.

meramente de orientación y procesal, en lugar de ser obligatorio y jurisdiccional, y que el Tribunal no carece de jurisdicción si, como en el presente caso, el requisito no se cumple a la fecha de institución del arbitraje, sino en una fecha posterior.

134. En respaldo de sus respectivas posiciones, cada una de las Partes se basa en una línea de decisiones sobre jurisdicción en el marco de tratados de inversión, las cuales, en virtud de diferentes fundamentos, han rechazado o afirmado, respectivamente, el carácter jurisdiccional del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud de un tratado determinado. El Tribunal ha considerado cuidadosamente las decisiones jurisdiccionales a las que se refirieron las Partes. Advierte que una gran cantidad de decisiones se basan en la redacción de las disposiciones pertinentes de un tratado o en circunstancias fácticas que difieren de las relativas al presente caso⁸⁵. Además, el tribunal señala que estas decisiones evidencian hasta dónde ha llegado el derecho de tratados de inversión en el proceso de desarrollo de una *jurisprudence constante*, a causa de la variedad de calificaciones asignadas al requisito en cuestión y a las discrepancias resultantes de los razonamientos y las conclusiones.
135. Con respecto a los casos remitidos por las Demandantes⁸⁶, se pueden observar los siguientes. En el caso *Hochtief*, el tribunal prefirió no tomar una decisión con respecto al carácter de la obligación de someter la controversia a los tribunales nacionales durante 18 meses y procedió a analizar la aplicabilidad de la cláusula NMF del TBI Argentina-Alemania⁸⁷. En el caso *Telefónica*, el tribunal sostuvo que el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales “es mejor calificarlo como una prohibición temporaria para iniciar el arbitraje. La excepción es, por lo tanto, técnicamente una excepción de

⁸⁵ Por ejemplo, en el caso *Burlington c. Ecuador*, la demandante nunca informó a la demandada de la diferencia y, por ende, no intentó llegar a un acuerdo (Decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párrs. 312 a 318); en el caso *Murphy c. Ecuador* el tribunal concluyó que, sin la previa alegación de una supuesta violación del tratado, no es posible que surja una diferencia (Laudo del 15 de diciembre de 2010, párr. 104). Con respecto a estos dos casos, véase Schreuer, “Primera opinión legal”, adjunto al Memorial, párrs. 31 a 32.

⁸⁷ *Supra*, párr. 67.

⁸⁸ *Hochtief*, párr. 55: “No es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión, porque la Demandante ha planteado otro argumento, basado en la cláusula NMF contenida en el Artículo 3 del TBI. Ese argumento fue el principal de los formulados en los planteamientos de las partes y constituye una base suficiente para la decisión del Tribunal”. Luego, en el párr. 91, al examinar la aplicabilidad de la cláusula de la NMF, el Tribunal parece considerar el requisito en cuestión como parte de “los procedimientos preceptivos de acceso a [la] jurisdicción del tribunal”.

inadmisibilidad...” [traducción del Tribunal]; al respecto se hace referencia al artículo 44 de los artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado⁸⁸. El Tribunal señala que las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-España difieren en un aspecto significativo del artículo 10(2) del TBI. El artículo X.3(a) del TBI Argentina-España contempla la posibilidad de someter la controversia a un tribunal arbitral internacional no solo “cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo”, sino también “cuando existe tal decisión pero la controversia subsist[a] entre las partes”. La referencia al artículo 44 de los artículos de la CDI no resulta pertinente dado que la cuestión en este caso no fue el agotamiento de los recursos internos.

136. En el caso *TSA*, el tribunal indicó que el artículo 10(2) del TBI Argentina-Países Bajos “tiene cierto parecido con el artículo 26 del Convenio del CIADI, que establece que un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento de todos los recursos administrativos o judiciales locales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio”⁸⁹. Luego de advertir que los procedimientos del CIADI se habían iniciado en los últimos 3 meses de los 18 meses correspondientes del plazo y que hubiera sido “muy poco probable que un tribunal emita una decisión que otorgue a TSA una compensación antes de que transcurran los dieciocho meses”⁹⁰, el tribunal concluyó “que ahora sería demasiado formal desestimar el caso sobre la base de que no se cumplieron las formalidades establecidas en el artículo 10(3) del TBI, ya que un rechazo basado en esa causa no impediría, de ninguna manera, que TSA inicie inmediatamente un nuevo proceso de arbitraje ante el CIADI sobre la misma cuestión”⁹¹. El tribunal no expresó su posición con respecto a la caracterización del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales.

137. El Tribunal no está de acuerdo con la posición planteada por ciertos tribunales y citada por las Demandantes, que consideran que el requisito de un proceso legal

⁸⁸ El CDI utiliza el término “Admisibilidad de la reclamación” como título del artículo 44 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado. De conformidad con este artículo: “[l]a responsabilidad del Estado no podrá ser invocada: [...] b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas”.

⁸⁹ *TSA*, párr. 110.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 111.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 112.

ante tribunales nacionales “no tiene sentido”⁹², dado que, supuestamente, los tribunales nacionales no están en posición de emitir una decisión dentro del período de tiempo prescrito por el tratado aplicable⁹³. El Tribunal también considera que la conclusión de que un proceso legal ante un tribunal nacional sería “fútil” debe abordarse con cautela y circunspección. A excepción de los casos en los que esta conclusión se justifica a raíz de las circunstancias fácticas del caso en particular, el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales no puede ser ignorado o dejado de lado por fútil en virtud de su importancia primordial para el Estado receptor. Su fin es ofrecer al Estado una oportunidad para compensar las supuestas violaciones de los derechos del inversor en virtud del tratado aplicable antes de que se someta la diferencia a arbitraje internacional.

138. Si el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales se relaciona con la jurisdicción o, por el contrario, con la admisibilidad o tiene carácter de procesal depende de la interpretación del artículo 10 del TBI, en virtud de las normas de interpretación de la CVDT⁹⁴.
139. La secuencia de pasos que deben seguir las Demandantes en virtud de los artículos 10(1) y (2) antes de recurrir al arbitraje internacional es importante a los fines de este análisis. Dichos pasos están claramente indicados como parte de una secuencia obligatoria, como se advierte por la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés), con sentido de obligatoriedad:

⁹² Esta última expresión está utilizada en el caso *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 224.

⁹⁶ Como demuestra el tiempo cuestionado en varias decisiones (*supra*, párrs. 57, 61 y 62), el TCA podría haber emitido una decisión con respecto a cada una de las Acciones de Nulidad dentro del plazo de 18 meses.

⁹⁴ *Supra*, párr. 106.

- i) primero, las controversias “se resolverán”, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas;
- ii) “si” una controversia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma “será sometida”, como segundo paso, a los Tribunales de Uruguay competentes;
- iii) “si” dentro de un plazo de 18 meses, contados desde el inicio del proceso legal, “no se dictara sentencia”, el inversor involucrado podrá recurrir, en última instancia, a un Tribunal Arbitral.

Obviamente, el artículo 10 se basa en la premisa del carácter vinculante de los pasos i) y ii) que el inversor debe cumplir si desea recurrir al paso iii). Según el Tribunal, esto es así a pesar de la caracterización de los términos del artículo 10(2) (es decir, como jurisdiccionales, de admisibilidad o procesales).

140. El sentido corriente de los términos utilizados en los pasos i) y ii), preliminares para la institución del arbitraje internacional, denota claramente el carácter vinculante de cada uno de los pasos de la secuencia. Eso resulta evidente de la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés) que denotan obligatoriedad de manera inequívoca en español y la evidente intención de Suiza y Uruguay de que se cumplan estos procedimientos y que no sean ignorados.

141. En general, la CIJ establece la posición en el derecho internacional. En el caso *Georgia c. Rusia*, la Corte explicó el carácter jurídico de las precondiciones procesales con las siguientes palabras:

“En la medida en que los requisitos procesales de [una cláusula de resolución de diferencias] constituyan condiciones, deberían ser condiciones anteriores al sometimiento al tribunal, incluso cuando el término no estuviera condicionado por un elemento temporal” [traducción del Tribunal]⁹⁵.

La Corte se refirió al “principio fundamental del consentimiento” [traducción del Tribunal]⁹⁶ como se estableció en el caso *Actividades Armadas* de la siguiente manera:

⁹⁵ *Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Decisión sobre excepciones preliminares del 1 de abril de 2011, párr. 130 (RL-47).

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 131.

“[L]a jurisdicción [de la Corte] se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas... Cuando tal consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un contrato internacional, cualquier condición a la cual esté sujeto dicho consentimiento debe ser considerada como un límite a este. En consecuencia, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la aplicación”⁹⁷.

142. En el presente caso, el Tribunal no considera necesario caracterizar el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales como relativo a la jurisdicción o a la admisibilidad. Incluso si se considerara a ese requisito como relativo a la admisibilidad, su carácter obligatorio sería evidente. El objeto y fin del requisito en cuestión confirma esta conclusión, ya que consiste en ofrecer al Estado receptor la oportunidad de compensar las violaciones del TBI alegadas por el inversor. El objetivo perseguido por la Demandada al negociar el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales quedó claro durante el Debate preliminar uruguayo previo a la aprobación del TBI⁹⁸. Las Demandantes no discuten que este haya sido el objetivo de la Demandada al establecer este requisito en el TBI.
143. Las acciones de las Demandantes presentadas ante el TCA pretendían la anulación de las medidas administrativas que en este arbitraje se alegan violatorias del TBI. Si el TCA hubiera hecho lugar a las solicitudes de las Demandantes dentro del plazo de 18 meses, o incluso más adelante, y anulado las medidas en cuestión, los reclamos de las Demandantes en este arbitraje carecerían de fundamento jurídico alguno. Por lo tanto, el objeto y fin del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) se hubiera cumplido⁹⁹.

⁹⁷ *Caso relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, cit. (*supra*, párr. 33).

⁹⁸ Al respecto, la Demandada afirmó lo siguiente en la audiencia: “Las actas muestran que el Artículo 10 fue propuesto por Uruguay que insistía que las disputas entre los inversores y los contratos [sic] se tendrían que presentar a un examen por parte de un órgano jurídico nacional competente. Como se demuestra en la diapositiva 24, Uruguay mantiene que las disputas de este tipo tienen que ir ante un proceso contencioso administrativo y al órgano jurídico competente” (Transcripción, día 1, página 65, líneas 12 a 19). Véase también el Informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado (9 de Agosto de 1990) en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay N.º 48, vol. 332 (4 de septiembre de 1990), pág. 42 (R-5).

⁹⁹ El tribunal del caso *Teinver c. Argentina* establece lo siguiente con respecto al mismo objeto de los procesos legales ante el tribunal nacional y el arbitraje: “el objeto de ambos procedimientos es la indemnización a las Demandantes... por la pérdida sufrida en razón de la nacionalización” (cit., párr. 132).

144. Al momento de institución del arbitraje no se había cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales¹⁰⁰. Este caso difiere de otros casos en los que se rechazó la jurisdicción por causa de la ausencia ya sea de una diferencia en términos jurídicos¹⁰¹ o de una acción impulsada por el inversor para efectuar un reclamo ante un tribunal nacional antes de acceder al arbitraje¹⁰². No obstante, incluso si se considerara que el requisito fuera jurisdiccional, el Tribunal concluye que podría cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institución del arbitraje, como de hecho ocurrió en este caso. El Tribunal señala que las decisiones de la CIJ demuestran que la regla de que los hechos posteriores a la institución del proceso legal deben desestimarse por motivos jurisdiccionales¹⁰³ no ha evitado que la Corte asuma su jurisdicción cuando los requisitos para la jurisdicción que no se habían cumplido al momento de instituir el procedimiento se cumplieron con posterioridad (al menos cuando tuvieron lugar antes de la fecha en la que se debe tomar una decisión sobre jurisdicción).

145. Según sostuvo la CIJ:

“No resulta evidente por qué los argumentos basados en una administración razonable de la justicia, que respaldan la jurisprudencia del caso *Mavrommatis*, no pueden tener también una incidencia en un caso como este. Obligar al Solicitante, en el caso de que desee efectuar un reclamo, a iniciar un procedimiento sin precedentes, no resultaría en interés de la justicia. Salvo en ciertas circunstancias especiales, es preferible concluir que las condiciones, a partir de ese momento, se han cumplido en su totalidad” [traducción del Tribunal]¹⁰⁴.

En el caso *Mavrommatis* la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) ha concluido que los requisitos jurisdiccionales que no se habían cumplido al instituir los procesos legales podían cumplirse con posterioridad. La Corte afirmó lo siguiente:

“Incluso si los fundamentos sobre los cuales se basó la institución de los procedimientos fueran defectuosos por los motivos mencionados, esto no

¹⁰⁰ *Supra*, párr. 131.

¹⁰¹ Como en el caso *Burlington c. Ecuador*, nota al pie 85.

¹⁰² Como en el caso *Wintershall c. Argentina*, en el que se desestimó el caso por falta de jurisdicción.

¹⁰³ *Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia del 14 de febrero de 2002, Informes de la CIJ de 2002, párr. 26: “La Corte recuerda que, según su jurisprudencia, su competencia ha de determinarse en el momento en que se procede a entablar actuaciones. Así pues, si la Corte tiene competencia en la fecha en que se le remite el caso, sigue teniéndola con independencia de los hechos que se produzcan ulteriormente”.

¹⁰⁴ *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones preliminares, Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Informes de la CIJ, págs. 441 y 442, párr. 87.

constituiría un motivo adecuado para desestimar la demanda del solicitante. La Corte, con jurisdicción internacional, no tiene la obligación de asignarle a las cuestiones de forma el mismo grado de importancia que estas pueden tener en el derecho municipal. Por lo tanto, a pesar de que la solicitud sea prematura porque aún no se ha ratificado el Tratado de Lausana, estas circunstancias ahora estarán cubiertas por las ratificaciones ulteriores necesarias” [Traducción del Tribunal]¹⁰⁵.

El Tribunal está de acuerdo con este razonamiento y lo acepta. También señala que el mismo razonamiento se aplica a pesar de cómo se caracteriza el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en el artículo 10(2). Ya sean consideradas jurisdiccionales, de admisibilidad o procesales, las consideraciones mencionadas en el caso *Mavrommatis* se aplican completamente.

146. En los alegatos orales, al responder una pregunta del Tribunal, el abogado de las Demandantes aceptó que si el TCA hubiera emitido una decisión (de cualquier manera) dentro de los 18 meses, los procedimientos sometidos al Tribunal habrían sido (o, si ya se hubieran iniciado, se habrían tornado) inadmisibles¹⁰⁶. El Tribunal está de acuerdo. Una parte que comienza un procedimiento antes de la fecha establecida en el requisito del TBI de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales asume el riesgo de que sus reclamos sean desestimados si la condición en cuestión se cumple dentro del período de tiempo establecido. Esto brinda a los tribunales nacionales la oportunidad para posponer la cuestión si pueden hacerlo en el tiempo disponible. Pero eso no ocurrió en el presente caso, en el que el TCA no emitió resolución alguna dentro del plazo de 18 meses.
147. El Tribunal tampoco tiene que escoger entre apearse a la posición adoptada por la Corte Internacional en el caso *Croacia c. Serbia* o la opinión disidente del Juez Abraham en dicho caso. En el caso *Croacia c. Serbia*, el Juez Abraham opinó que el principio del caso *Mavrommatis* no puede aplicarse si ya no resulta posible reiniciar el procedimiento, por ejemplo, a raíz de cambios ulteriores en las disposiciones jurisdiccionales, cuando se ha tomado una decisión¹⁰⁷. En el presente caso, el TBI continúa en vigencia y resultaría perfectamente posible para

¹⁰⁵ *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Sentencia n.º 2, 30 de agosto de 1924, CPJI, Serie A, n.º 2, pág. 34.

¹⁰⁶ Transcripción, día 2, página 530 línea 22 y página 531, líneas 1 a 4.

¹⁰⁷ *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones preliminares, Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Informes de la CIJ, pág. 540, párr. 51.

las Demandantes comenzar este mismo procedimiento un día después de que se emita la decisión del Tribunal, situación en la que la desestimación de los reclamos de las Demandantes simplemente provocaría un aumento de los costos y los procedimientos sin ninguna utilidad.

148. El Tribunal se basa en la jurisprudencia de la CIJ para arribar a la misma conclusión que el tribunal del caso *Teinver c. Argentina*, que estableció que “el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería solo una pérdida de tiempo y recursos”¹⁰⁸. Esto se aplica sea cual fuere la caracterización del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2). Dado que las Demandantes han impulsado el proceso legal ante los tribunales uruguayos antes de la iniciación de este procedimiento, las Demandantes han satisfecho los términos y los objetivos del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) del TBI. Esto tiene lugar incluso cuando las decisiones de los tribunales uruguayos se emitan luego del transcurso del plazo de 18 meses establecido por el artículo 10(2), pero antes de que el Tribunal se pronuncie sobre su jurisdicción.
149. En virtud de lo antedicho, el Tribunal rechaza la primera excepción a la jurisdicción.
150. De conformidad con esta conclusión, no hace falta examinar si, sobre la base de la cláusula de la NMF en el artículo 3(2) del TBI, las Demandantes podrían haberse basado en una cláusula de resolución de diferencias presuntamente más favorable incluida en los tratados suscritos entre Uruguay y otros estados para dispensar del requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales.

¹⁰⁸ *Teinver c. Argentina*, cit., párr. 135.

B. Segunda excepción: El artículo 2 del TBI excluye las medidas de salud pública del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores

1. Argumentos de la Demandada

151. Según la Demandada, el artículo 2 del TBI excluye las medidas que atacan las Demandantes del alcance de la protección del TBI otorgada a los inversores y sus inversiones. El artículo 2(1) establece en las partes pertinentes:
- “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”.
152. La Demandada alega que las afirmaciones enfáticas de los derechos soberanos mutuos de Uruguay y Suiza para emitir regulaciones en pos de la salud pública solo pueden considerarse excluyentes de las “actividades económicas por razones de... salud pública” del alcance del TBI y, por consiguiente, de la jurisdicción del Tribunal. El artículo 2 debe interpretarse de manera tal que se le brinde sentido, no para privarlo de sentido, y el único sentido posible es que pretende excluir las medidas de salud pública del alcance de la protección del TBI.
153. A la disposición en cuestión precede una oración del artículo 2 que expresa las obligaciones recíprocas de las Partes con respecto al fomento y la admisión de inversiones. Esta estructura de la cláusula solo puede significar que la obligación de las Partes de fomentar y admitir inversiones comprende el derecho de cada Estado de prohibir ciertas actividades por los motivos enumerados. Dado que la afirmación categórica del “derecho” de las Partes de no permitir ciertas actividades económicas antecede cualquiera de los derechos del inversor enumerados, esto quiere decir que el primer derecho enunciado modifica el último derecho. Por lo tanto, el artículo 2 excluye la existencia de una “controversia” en los términos del TBI cuando un Estado Contratante haya actuado por los motivos mencionados en dicho artículo.
154. Existe una diferencia crítica entre la obligación de fomentar inversiones y la de admitirlas, que se debe al hecho de que la obligación de fomentar inversiones se aplica a lo largo del ciclo de vida de una inversión, incluso para las inversiones

que ya han sido efectuadas. Por lo tanto, en oposición a la alegación de las Demandantes, el artículo 2 no se limita a la fase previa a la admisión, y la obligación de fomento se extiende más allá de esta fase. Abal era un beneficiario de la Ley de Uruguay n.º 16.906 de Interés Nacional, Promoción y Protección de 1997 al que se le concedió una exoneración de impuestos y créditos “enorme”.

155. En virtud de la Constitución de Uruguay, la salud pública es un derecho primordial y un *bien supremo*, lo que significa que no es negociable. Como *bien supremo*, las cuestiones de salud pública se encuentran por encima de las facultades y obligaciones soberanas. En virtud del deber supremo a favor de las personas relativo a cuestiones de salud pública, Uruguay no podría haber otorgado a inversores extranjeros derechos contradictorios con esta obligación, de manera tal que quedan excluidas de la protección del TBI todas las acciones que necesite tomar por razones de salud pública, incluso aún cuando se restrinjan los derechos económicos de los inversores.
156. El artículo 2 del TBI es diferente a otras disposiciones de los TBI con respecto a las “medidas no excluidas”. Lo antedicho solo deja en claro que el tratado se aplica, pero que ninguna otra parte del tratado debería interpretarse como restrictiva de la aplicación de medidas necesarias. Por el contrario, el artículo 2 deja completamente fuera del alcance del TBI o de su mecanismo de resolución de diferencias el ejercicio del derecho del Estado de prohibir ciertas actividades económicas por razones de salud pública. Asimismo, el artículo 2 no requiere que las medidas excluidas sean “necesarias” para el objetivo de una política determinada, en oposición a las medidas excluidas. Esto está confirmado por el razonamiento de la CIJ en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, que establece que, dado que el artículo XXI del Tratado de 1956 entre ambos Estados simplemente incluye medidas “necesarias”, este no excluyó la interpretación y aplicación de dicho artículo de la jurisdicción de la Corte para determinar si las medidas adoptadas por el Estado caían dentro de la excepción¹⁰⁹.
157. Las tres medidas impugnadas por las Demandantes fueron adoptadas por Uruguay por razones de salud pública, en contra de un antecedente de esfuerzos reiterados

¹⁰⁹ Memorial, párrs. 123 a 126.

de controlar el consumo de tabaco desde la década del 70. Dichos esfuerzos se intensificaron en la década de 2000 a raíz del impacto asombroso del consumo de tabaco en la salud pública. A pesar de los esfuerzos educativos y regulatorios, entre 1998 y 2005 el porcentaje de fumadores adultos permaneció estable en un 32%, mientras que el porcentaje de adolescentes que consumían tabaco fue especialmente alarmante, un 23%, uno de los mayores índices de América Latina. Estos índices altos de consumo de tabaco entre la población fueron adecuadamente considerados como una crisis de salud pública.

158. Para educar al público, especialmente a los adolescentes, acerca de las consecuencias del consumo de tabaco, el Gobierno adoptó las tres medidas que fueron impugnadas por las Demandantes. La Ordenanza 514, adoptada el 18 de agosto de 2008 y vigente desde el 14 de febrero de 2009, requirió, como medida principal, que todas las cajillas de cigarrillos incluyan pictogramas gráficos que ilustraran los efectos del consumo de tabaco para la salud, junto con textos de advertencias. Como establece el preámbulo, la Ordenanza 514 fue promulgada porque “al Estado le corresponde legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas”, consistente con el artículo 44 de la Constitución, la Ley Orgánica de Salud Pública del 12 de enero de 1934 y el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco, ratificado el 16 de julio de 2004. Las razones de salud pública para adoptar estas medidas son evidentes.
159. La otra medida exigida por la Ordenanza 514, cuestionada por las Demandantes, es una única presentación que alude a la prohibición del empleo de elementos que tengan el efecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro.
160. Según concluyó la Corte federal de los Estados Unidos en el caso *Estados Unidos c. Philip Morris*¹¹⁰, las compañías tabacaleras conocían que tanto los riesgos de cáncer de pulmón como otras enfermedades degenerativas y la muerte prematura eran tan altos para los consumidores de cigarrillos “ligeros” y con “bajo contenido de alquitrán” como para los consumidores de cigarrillos “regulares”. La Corte

¹¹⁰ Memorial, párr. 141.

sancionó a compañías tabacaleras, incluso a Philip Morris, por sus descripciones engañosas de “ligeros”, que permanecieron prohibidas.

161. Esto es lo que más de 70 Estados realizaron al prohibir, por razones de salud pública, la venta de productos de tabaco con la etiqueta de “ligeros”, “bajo contenido de alquitrán”, “suaves” u otra descripción similar. El artículo 3 de la Ordenanza 514 aplicó la Ley 18.256 de 2008, que reiteró la prohibición de emplear términos y otros elementos descriptivos, tales como colores, números o letras que tengan el efecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro. No existe duda alguna de que se adoptó por razones de salud pública.
162. La tercera medida impugnada por las Demandantes es el requisito del Decreto 287/009, promulgado en junio de 2009, que establece la obligación de aumentar el tamaño de las advertencias sanitarias obligatorias en la superficie de los paquetes de productos de tabaco del 50% al 80%. Las razones de salud pública que condujeron a la adopción del Decreto 287/009 son evidentes, el preámbulo del decreto cita la misma justificación de salud pública que el preámbulo de la Ordenanza 514, e invocó el artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, que requiere, *inter alia*, que las advertencias y mensajes ocupen el “50% o más de las superficies principales expuestas...”. El Decreto 287/009 fue emitido seis meses después de la adopción unánime de las directrices del artículo 11 del Convenio Marco, que establece que las advertencias sanitarias y los mensajes deben cubrir “la mayor parte posible de la superficie principal expuesta”.

2. Argumentos de las Demandantes

163. De conformidad con las Demandantes, el artículo 2 del TBI no es aplicable porque se refiere a la admisión y no afecta las inversiones que ya se han admitido, incluso aquellas que realizaron las Demandantes. El artículo 2 establece:

Promoción, admisión

- 1) Cada Parte Contratante fomentará en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. 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.

- 2) Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido, de acuerdo con su legislación, una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias con relación a esa inversión, incluyendo la ejecución de contratos sobre licencias, asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante, cuando así se requiera, facilitará el otorgamiento de las autorizaciones necesarias relativas a la actividad de consultores o de otras personas calificadas de nacionalidad extranjera.

164. Como resulta claramente del título y de su redacción, esta disposición solo se aplica en el momento que se efectúa la inversión, y no con posterioridad a este hecho. La interpretación de Uruguay de la segunda oración del artículo 2(1) relativa a la extensión de la disposición a la fase posterior al establecimiento de una inversión llevaría a un resultado absurdo. El Estado receptor podría, luego de que se haya efectuado la inversión, declararla reservada para sus propios inversores y excluir a todos los inversores existentes de la otra Parte en el sector. Las palabras “admitirá”, en la primera oración, y “permitir”, en la segunda, son sinónimos, ya que ambas se refieren a la misma cuestión. Por lo tanto, el artículo 2(1) se refiere a la admisión de una inversión, mientras que el artículo 2(2) contempla la fase posterior a la admisión.
165. Uruguay ha recibido y admitido las inversiones de las Demandantes, mediante la facilitación a Abal de una exoneración de impuestos y créditos enorme, para satisfacer los planes de Abal de realizar una inversión de capital para mejorar la maquinaria de la fábrica local. Ninguna de las medidas en cuestión en esta diferencia se refieren a la admisión de las inversiones. El artículo 2 es inaplicable en este contexto. Una vez que se haya admitido la inversión, el artículo 2 no dispensa al Estado de obligación alguna relativa a dicha inversión. El artículo 2 no contiene excepción alguna a los derechos de los inversores posteriores a la admisión contemplados en el TBI, por consiguiente, no se limita la jurisdicción del Tribunal de entender en los reclamos de las Demandantes de que las medidas en cuestión violan las obligaciones de Uruguay en virtud del TBI.
166. Las Demandantes no cuestionan el derecho de Uruguay de adoptar regulaciones legítimas no discriminatorias para proteger la salud pública. La determinación de si las medidas en cuestión son medidas legítimas de salud pública con arreglo al

TBI es una cuestión de fondo, no de jurisdicción. El hecho de que la Constitución de Uruguay obligue al Gobierno a adoptar medidas de salud pública no tiene implicación alguna sobre la determinación de si la Demandada ha infringido sus obligaciones en virtud del TBI. De conformidad con el artículo 3 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, la caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito está regulada por el derecho internacional y dicha caracterización no resulta afectada por el hecho de que el mismo acto sea considerado lícito dentro del derecho nacional.

3. Conclusiones del Tribunal

167. La Demandada alega que las medidas adoptadas por el Estado por razones de salud pública están fuera del alcance del TBI. Al respecto se basa en el artículo 2(1) del TBI, que establece lo siguiente:

“Cada Parte Contratante fomentará en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. 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”.

Como indica el título del artículo: “Promoción, admisión”¹¹¹, el artículo 2 contempla dos conceptos diferentes: promoción y admisión de las inversiones.

168. De conformidad con el preámbulo del TBI, “fomento” de las inversiones se refiere al deber de los Estados Contratantes de crear las condiciones necesarias para el flujo de inversiones de nacionales de un Estado en el territorio del otro Estado Contratante. A tal fin, el preámbulo resalta la intención de los Estados Contratantes de “crear condiciones favorables para la inversión de capitales en ambos Estados” mientras que, al mismo tiempo, “Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones realizadas por nacionales y sociedades de las Partes Contratantes con el fin de promover la prosperidad económica de ambos Estados”. Asimismo, el “fomento” es un deber permanente que los Estados Contratantes han aceptado para promover las inversiones, tanto mediante la creación de condiciones favorables para el flujo de inversiones entre sus territorios, como, una vez que las

¹¹¹ El artículo 2 se reproduce completamente *supra*, párr. 163.

inversiones se hayan realizado, mediante la garantía de la protección y la facilitación de los permisos y las autorizaciones necesarias relativas a las actividades que ejercerán los inversores¹¹².

169. Según el sentido corriente de la palabra, “admisión” es el acto mediante el cual cada Estado, luego de verificar la adecuación de las inversiones propuestas a su legislación interna¹⁰⁹, permite que se efectúen en su territorio y, así, acepta su carácter de inversiones protegidas a los fines del TBI. Por lo tanto, el artículo 2(2) se refiere a la fase posterior a la admisión, como lo deja en claro su siguiente redacción inicial: “Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido, de acuerdo con su legislación, una inversión en su territorio...”.

170. La referencia en el artículo 2(1) a la “salud pública” como uno de los motivos mediante el cual el Estado receptor no puede permitir ciertas actividades económicas se refiere a la fase de admisión de las inversiones, por ende, a la fase previa al establecimiento, como se demuestra claramente por el contexto. La referencia en cuestión se realiza inmediatamente después de determinar el deber de cada Estado de admitir las inversiones, como una excepción a dicho deber por las razones de importancia con respecto al interés público determinado, incluso las razones de salud pública¹¹³. Tanto la admisión como la aceptación, incluso la excepción por razones de salud pública, se refieren a la fase previa al establecimiento. La Demandada acepta que la obligación de admitir las inversiones se limita a la fase previa al establecimiento¹¹⁴ y que el derecho de admitir la inversión es equivalente al derecho de “permitir el ingreso de inversiones” [traducción del Tribunal]¹¹⁵.

171. No es cierto que, como afirmó la Demandada, “el único sentido posible que puede asignarse a la redacción del artículo es que tiene la intención de excluir las medidas de salud pública del alcance de las protecciones que el TBI otorga a los

¹¹² El artículo 2(2) contempla este fomento permanente de las inversiones una vez que hayan sido admitidas.

¹¹³ El artículo 2(1) establece, en su parte pertinente, que “[l]as 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”.

¹¹⁴ Réplica, párr. 185: “Entre las diferencias críticas entre las obligaciones de fomentar y admitir inversiones se encuentra el hecho de que la obligación de fomentar inversiones se aplica a lo largo del ciclo de vida de una inversión” [traducción del Tribunal].

¹¹⁵ En el párr. 109 del Memorial, la Demandada acepta que el sentido corriente de “admitir” es “permitir el ingreso” [traducción del Tribunal].

inversiones” [traducción del Tribunal]¹¹⁶. Uruguay puede excluir la admisión de las inversiones en virtud del TBI por razones de salud pública de dos maneras diferentes, ya sea i) mediante la exclusión conforme a su legislación interna, de manera tal que una inversión propuesta no se admita por no estar “conforme a sus leyes y reglamentos” según el parágrafo 1) del artículo 2, o ii) notificando al Centro que no aceptará someter a su jurisdicción las diferencias relativas a cuestiones de salud pública, como contempla el apartado 4) del artículo 25 del Convenio CIADI¹¹⁷. Dicha excepción no se podrá aplicar a las inversiones que se hayan admitido de conformidad con el TBI, circunstancia que tiene lugar en este caso según las Demandantes.

172. Según la información que el Tribunal tiene disponible, hasta ahora, la Demandada no ha dado ninguno de los pasos anteriores con el fin de excluir las inversiones relativas a actividades tabacaleras del alcance del TBI. Por el contrario, las inversiones realizadas por las Demandantes fueron fomentadas por la Demandada al exonerar “en forma total [de] todo recargo”, en el año 2002, en ocasión de la importación del equipamiento para la fabricación de ciertos tipos de cigarrillos y otorgar un crédito por el Impuesto al Valor Agregado incluido en la adquisición de materiales utilizados para la obra civil prevista en el proyecto inversión presentado por Abal en nombre de las Demandantes¹¹⁸.

173. La Resolución del Presidente de la República, luego de afirmar que el proyecto presentado por ABAL HNOS “da cumplimiento con el artículo 11 de la Ley n.º 16.906, de 7 de enero de 1998”, resolvió declarar “[...] promovida la actividad del proyecto de inversión presentado por ABAL HNOS. S.A., referente a la fabricación, comercialización y distribución de cigarrillos y tabaco”. La declaración confirma que, por un lado, a diferencia de la “admisión” de las inversiones, el “fomento” no está limitado a la fase previa al establecimiento y que, por el otro, aún en 2002, la Demandada, a pesar de los mayores esfuerzos

¹¹⁶ Memorial, párr. 108.

¹¹⁷ El artículo 25(4) del Convenio CIADI establece lo siguiente:

“Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio **o en cualquier momento ulterior**, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior” (énfasis agregado por el Tribunal).

¹¹⁸ Declaración de Actividad Promovida para Proyecto de Inversión de ABAL HNOS. S.A. del 14 de marzo de 2002, párrs. 1 a 3 (C-029).

supuestamente hechos en ese momento para combatir el consumo de tabaco¹¹⁹, alentó las actividades tabacaleras de las Demandantes mediante la promoción de inversiones relacionadas.

174. El Tribunal concluye que el artículo 2(1) no crea una excepción a las obligaciones sustanciales del TBI con respecto a las inversiones que ya se han admitido con arreglo a la ley uruguaya. Al igual que aceptan las Demandantes, es verdad que lo antedicho no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área. Pero el artículo 2(1) se refiere únicamente a la admisión, a pesar de que está sujeto a las regulaciones ulteriores de las inversiones, siempre y cuando sea consistente con el TBI. La determinación de si las regulaciones son consistentes con el TBI es una cuestión de fondo.
175. En virtud de las consideraciones anteriores, se desestima la segunda excepción a la jurisdicción del Tribunal.

C. Tercera excepción: Las actividades de las Demandantes en Uruguay no constituyen una “inversión” con arreglo al artículo 25 del Convenio CIADI

1. Argumentos de la Demandada

176. Según la Demandada, a falta de una definición de “inversión” en el Convenio CIADI, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que el término tiene un sentido objetivo que debe ser satisfecho a los fines de la jurisdicción del CIADI. Este sentido establece los límites dentro de los cuales debe interpretarse la definición bilateral de los Estados en virtud del tratado.
177. Los intereses de las Demandantes en Uruguay no constituyen una inversión protegida dado que no solo no efectúan contribución alguna para el desarrollo del país, sino que activamente previenen ese desarrollo e interfieren en él. La preocupación de las Demandantes sobre el análisis *post hoc* se opone a los tribunales del CIADI que han examinado las contribuciones de los inversores al

¹¹⁹ Memorial, párr. 127; *supra*, párr. 157.

desarrollo económico de los Estados receptores con poca dificultad. Los altos costos que las actividades de las Demandantes imponen sobre Uruguay son evidentes para cualquier persona razonable.

178. En virtud de la “prueba *Salini*”, uno de los criterios objetivos que debe cumplirse es que la actividad económica debe contribuir de manera positiva y significativa al desarrollo económico del Estado receptor. El desarrollo económico se encuentra en el centro del régimen de las inversiones extranjeras y es el objetivo primordial del Convenio CIADI, como también lo establece su preámbulo.
179. La interpretación de *Salini* ha sido confirmada por comentarios posteriores de tribunales y doctrinarios. El preámbulo del Convenio CIADI, al referirse a “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”, enfatiza el requisito de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. El preámbulo hace referencia al “proceso de desarrollo económico” y al hecho de que el flujo adecuado de capital puede “contribuir eficazmente al desarrollo del país” como el objeto y fin del. Una indicación de la naturaleza significativa de la contribución con el desarrollo económico del Estado receptor es si las actividades satisfacen el interés público o no.
180. La prueba *Salini* lógicamente requiere que, si las actividades o intereses de un inversor crean un efecto negativo general sobre el desarrollo económico, como los intereses de las Demandantes, no se cumpliría con la definición de las inversiones protegidas por el Convenio CIADI. Las actividades de las Demandantes, además de ser nocivas para el desarrollo económico de Uruguay, y de continuar siéndolo, no satisfacen el interés público del Estado.
181. El impacto negativo del consumo de productos de tabaco sobre el desarrollo del Estado ha sido confirmado por instituciones internacionales especializadas autorizadas, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial y la OMS. En Uruguay, más de 5000 personas mueren cada año de afecciones relacionadas con el consumo de tabaco. El costo

directo estimado en la salud de los consumidores de tabaco en Uruguay alcanza aproximadamente los USD 150 millones por año.

182. Las “contribuciones netas” al desarrollo económico derivadas de los intereses y las actividades de las Demandantes en Uruguay han sido marcadamente negativas. Sobre la base de la estimación exagerada de las Demandantes, sus contribuciones combinadas alcanzan USD 29 millones por año, por lo que quedan por demás compensadas por el costo directo en la salud de USD 30 millones (una porción pequeña del costo total de Uruguay impuesto por los productos de tabaco de las Demandantes). Por estos motivos, los intereses y las actividades de las Demandantes no son “inversiones” en el sentido del Convenio CIADI. La jurisdicción del Centro no puede extenderse a las diferencias que surjan en relación con dichas actividades y los intereses.

2. Argumentos de las Demandantes

183. Según las Demandantes, la afirmación de Uruguay de que las Demandantes no poseen una “inversión” en ese Estado es fáctica y legalmente incorrecta. Las Demandantes tienen diversas inversiones que caen dentro de la definición de inversión del artículo 1(2) del TBI que están cubiertas por el artículo 25 del Convenio CIADI. Específicamente, las inversiones de las Demandantes incluyen prendas industriales (artículo 1(2)(a)), las acciones en Abal (artículo 1(2)(b)), los derechos a prestaciones de valor económico (artículo 1(2)(c)) y los derechos de propiedad industrial (artículo 1(2)(d)).
184. El Convenio CIADI no define el término “inversión”. La definición fija que Uruguay pretende imponer es contraria a la intención de los redactores del Convenio CIADI de otorgar la mayor flexibilidad posible al alcance del consentimiento al arbitraje de los Estados Contratantes. A pesar de que puede haber un límite externo a lo que pueda considerarse una inversión en virtud del Convenio CIADI, esto no precisa la aplicación obligatoria de los criterios acuñados por los tribunales como requisitos previos a la jurisdicción. El argumento de Uruguay de que las actividades de las Demandantes no son “inversiones” descansa completamente en un criterio controvertido, acuñado por

los tribunales para identificar una inversión que no tiene fundamento en el sentido básico del término, ya sea en virtud del TBI o del Convenio CIADI.

185. Los criterios *Salini* no son requisitos jurisdiccionales. La mayoría de los tribunales que han examinado estos criterios los han utilizado como características típicas en lugar de requisitos jurisdiccionales. Específicamente, el criterio de contribución con el desarrollo económico del Estado receptor es inadecuado, porque no tiene fundamento alguno en el TBI, conduce a un análisis *post hoc* de la inversión problemático y altamente subjetivo. En todo caso, las inversiones de las Demandantes en efecto han contribuido al desarrollo económico de Uruguay.
186. Resulta adecuado, de conformidad con el sentido básico del artículo 25 y el fin del Convenio CIADI, apegarse a la intención de los Estados Parte, como se expresa en el tratado pertinente, con respecto a lo que constituye una inversión. Es razonable que el Tribunal en este caso se apegue a la definición de inversión de las Partes Contratantes en el TBI.
187. De conformidad con el tribunal en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania*, los criterios *Salini* “no son fijos u obligatorios con arreglo a derecho” [traducción del Tribunal]¹²⁰. Son problemáticos en la medida en que establecen una prueba fija e inflexible que puede contradecir los acuerdos individuales, como se expresan en los tratados bilaterales de inversión. Otras decisiones han rechazado la aplicación de los criterios *Salini*, a raíz de que no deben establecer un límite que ni el Convenio CIADI ni los Estados parte pretendieron establecer¹²¹. Estos criterios no deben jugar papel alguno en el análisis del Tribunal en cuanto a la determinación de la existencia de una inversión, mucho menos como requisito jurisdiccional.
188. En particular, el criterio de la contribución con el desarrollo requiere que se haga un análisis *post hoc* de la situación económica, financiera y/o política que impulsó las actividades de las Demandantes, que, además de ser difícil de realizar, no deja en claro si la inversión estará protegida hasta que se efectúe el análisis. Además,

¹²⁰ *Biwater Sauff c. Tanzania*, Laudo del 24 de julio de 2008, párrs. 323 y ss.

¹²¹ *Phoenix c. República Checa*, Laudo del 15 de abril de 2009, párr. 85; *Malaysian Historical Salvors c. Malasia*, Sentencia anulatoria del 16 de abril de 2009, párrs. 76 a 79; *Saba Fakes c. Turquía*, Laudo del 14 de julio de 2010, párr. 111; *Alpha c. Ucrania*, Laudo del 8 de noviembre de 2010, párr. 312.

el criterio introduce elementos de decisión subjetivos por parte del tribunal arbitral y, así, lo transforma en un formulador de políticas. Si la jurisdicción en virtud del Convenio CIADI dependiera de dicho análisis retrospectivo, aumentaría la imprevisibilidad de la disponibilidad del CIADI para resolver determinadas diferencias.

189. El criterio de la contribución con el desarrollo, en todo caso, se basa en una interpretación errada del preámbulo del Convenio CIADI. La referencia a “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado” no brinda pruebas de que la contribución al desarrollo económico es un criterio de inversión requerido, como alega Uruguay. El preámbulo debería interpretarse como una descripción de la manera en la cual el Convenio CIADI fomentará el desarrollo económico mediante el logro y la conservación del flujo de las inversiones extranjeras. Además, si el Tribunal efectuara el análisis *Salini* por medio de la utilización de los criterios como parte de un enfoque flexible y pragmático, llegará a la conclusión de que las inversiones de las Demandantes de hecho han cumplido con esos criterios.
190. Uruguay no cuestiona que las Demandantes hayan invertido en prendas industriales uruguayas, acciones en Abal, derechos a prestaciones de valor económico y derechos de propiedad industrial que requieran una contribución de recursos técnicos, financieros y humanos sustanciales. Al haber llevado a cabo operaciones en Uruguay por más de 30 años, las Demandantes cumplen fácilmente con el criterio de *Salini* de duración de la inversión. Uruguay no cuestiona esto. Las Demandantes asumieron un riesgo comercial sin garantía de pago de sus clientes.
191. En todo caso, las inversiones de las Demandantes han contribuido significativamente con la economía de Uruguay en términos de ingresos generados en el país de las ventas de los productos de tabaco de las Demandantes, los impuestos pagados al Gobierno, los trabajadores empleados en Uruguay y sus sueldos. Desde 2005 hasta 2010, las Demandantes pagaron alrededor de USD 148 millones en concepto de impuestos al Gobierno de Uruguay y

emplearon directamente a alrededor de 99 personas en ese país, y abonaron sueldos y contribuciones al seguro social por la suma de USD 3,7 millones cada año.

192. El argumento de Uruguay de que las actividades de las Demandantes no contribuyen con el desarrollo económico del Estado se contradice con el fomento activo que efectuó Uruguay para que las Demandantes continuaran invirtiendo durante los últimos 30 años. A pesar de estar al tanto de los supuestos efectos negativos que la Demandada enumera, en realidad impulsó a las Demandantes para que expandan sus operaciones al otorgar a Abal una exoneración de impuestos y créditos enorme, para satisfacer los planes de Abal de realizar una inversión de capital para mejorar la maquinaria de la fábrica uruguaya. Los argumentos de la Demandada se deberán abordar en la etapa adecuada de este procedimiento.

3. Conclusiones del Tribunal

193. Dado que el Tribunal se establece en virtud del Convenio CIADI, su competencia y la jurisdicción del Centro se establecen de conformidad con el artículo 25(1) con respecto “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante”. Por lo tanto, el concepto de “inversión” es central para la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal “*ratione materiae*”.
194. Las inversiones de las Demandantes en Uruguay, según lo describieron ellas mismas¹²², caen dentro de la definición de inversión del artículo 1 del TBI. La Demandada no ha objetado la descripción de las Demandantes de sus inversiones, pero ha afirmado que dichas inversiones no cumplen con los elementos constitutivos del término.
195. La Demandada alega que, en virtud del Convenio CIADI, el término “inversión” tiene un sentido objetivo que debe cumplirse para los fines de la jurisdicción del CIADI. Con arreglo a la prueba *Salini*, para que sea protegida, una inversión debe

¹²² *Supra*, párr. 183.

contribuir con el desarrollo económico del Estado receptor¹²³. Dado que las actividades de las Demandantes imponen un gran costo a Uruguay, no cumplen con las condiciones anteriores. Por lo tanto, la jurisdicción del Centro no puede extenderse a las diferencias que surjan en relación con las actividades y los intereses de las Demandantes.

196. Generalmente se acepta que el artículo 25 del Convenio CIADI no estableció una definición del término “inversión” con el fin de brindar una cierta flexibilidad para su aplicación. El hecho de que el término no se encuentre definido no significa que no pueda interpretarse sobre la base de los criterios establecidos por el Artículo 31 de la CVDT¹²⁴. La controversia en torno al término “inversión” desarrollada por varias decisiones arbitrales y escritos doctrinales revela que el sentido del término está lejos de ser definido.
197. De conformidad con el Informe de los Directores Ejecutivos de 1965 acerca del Convenio CIADI, “[n]o se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25(4))”¹²⁵. Para comprender esta afirmación, se debe resaltar que la pregunta sobre si se debe definir el término “inversión” y cómo debería definirse era una de las cuestiones más discutidas en el proceso de negociación que condujo a la adopción del Convenio CIADI.
198. El compromiso eventualmente adoptado da cuenta tanto de la preocupación expresada por los países exportadores de capitales de no proporcionar una definición y, así, implicar límites débiles a la jurisdicción *ratione materiae* del Centro como de la preocupación expresada por los países importadores de capitales al permitir a los Estados Contratantes “notificar al Centro la clase o

¹²³ Véase, *infra*, párr. 207.

¹²⁴ *Supra*, párr. 106.

¹²⁵ Informe de los Directores Ejecutivos, *supra*, nota al pie 1, 27.

clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción” de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio CIADI¹²⁶.

199. Otro aspecto que debe ser considerado al interpretar el término “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI es su relación con la definición de “inversión” en el TBI¹²⁷. El consentimiento de las Partes Contratantes con arreglo al TBI con respecto al alcance de la “inversión” es importante para establecer el sentido del término en el artículo 25(1) del Convenio CIADI, a pesar de que las Partes no poseen una discreción irrestricta de ir más allá de los denominados “límites externos” establecidos por el Convenio CIADI¹²⁸.
200. Para establecer estos “límites externos”, el concepto de “inversión” del Artículo 25(1) debe interpretarse por vía de referencia, en primer lugar, al “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La noción cubre un gran rango de operaciones económicas que confirman el alcance amplio de su aplicación, sujeto a la posibilidad de los Estados de restringir la jurisdicción *ratione materiae* al limitar su consentimiento, ya sea en su legislación sobre inversiones o en el tratado aplicable.
201. La referencia al objeto y fin del tratado no efectúa una contribución significativa para el sentido y alcance del término “inversión”. La referencia usual al preámbulo del Convenio CIADI que enfatiza “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado” puede interpretarse, razonablemente, de diferentes maneras: destacando la contribución al desarrollo del Estado receptor o la función de las inversiones privadas, según el caso en particular. El preámbulo, por lo tanto, no avanza sustancialmente el

¹²⁶ El contexto de la adopción del artículo 25(1) del Convenio CIADI está descrito en el caso *Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros y República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2013, párrs. 448 a 452.

¹²⁷ El párr. 22, *supra*, cita el párrafo 2) del artículo 1 del TBI en el que se define el término “inversión”.

¹²⁸ Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, 5 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, párr. 268: “Supuestamente, se le dará gran peso al acuerdo de las partes de que una controversia sea una ‘controversia relativa a inversiones’ al momento de la determinación de la jurisdicción del Centro, **aunque no será determinante**” (énfasis agregado por el Tribunal) [traducción del Tribunal]. El profesor Abi-Saab hace referencia a los “límites externos” de la noción de inversión del Convenio CIADI en su Opinión disidente del 28 de octubre de 2011 en el caso *Abaclat c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011 (párr. 46).

análisis. Asimismo, la referencia en el preámbulo del TBI a la “importante función... de la inversión extranjera en el proceso de desarrollo económico” parece demasiado general como para permitir la determinación de conclusiones definitivas con respecto a la necesidad de que las inversiones contribuyan con el desarrollo económico del Estado receptor.

202. El análisis anterior lleva al Tribunal a concluir que el término “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI, interpretado de conformidad con el sentido corriente en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio, debe ser interpretado en sentido amplio.
203. El sentido anterior, en todo caso, estaría sujeto a los límites externos de una actividad económica que no comprenda, dentro de la noción de inversión y, por ende, la jurisdicción del Centro, una única transacción comercial, como la mera entrega de bienes a cambio del pago de un precio determinado. Dentro de dichos límites expansivos, sin embargo, corresponde al acuerdo de los Estados definir el alcance del término “inversión” que aceptarán proteger por medio del tratado, según se refleja en el presente caso por el TBI. Estos límites no han sido establecidos en la definición de “inversión” del artículo 1 ni en ninguna otra parte del TBI.
204. Resulta dudoso que la denominada prueba *Salini*, en la que se basa la Demandada, tenga alguna importancia para la interpretación del concepto de “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI. La prueba surge de una decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal CIADI en el caso *Salini c. Marruecos*¹²⁹. Bajo la suposición de que las decisiones y los laudos arbitrales son “decisiones judiciales” de conformidad con el artículo 38(d) del Estatuto de la CIJ, que está lejos de ser comúnmente aceptado, esto tendrá lugar bajo la condición de que hayan adquirido un grado suficiente de publicidad y sean parte de una *jurisprudence constante*. Como se demostrará a continuación, no existe dicha *jurisprudence constante* con respecto a la aceptación de la prueba *Salini*.

¹²⁹ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2009, párr. 52.

205. Como es conocido, la prueba *Salini* incluye los siguientes elementos, los cuales fueron descritos por el tribunal del caso *Salini c. Marruecos*:

“La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una determinada duración del cumplimiento del contrato y una participación en el riesgo de la transacción. Al leer el preámbulo del Convenio, uno podría agregar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición adicional” [traducción del Tribunal]¹³⁰.

206. La prueba *Salini* ha sido aplicada de varias maneras por tribunales de tratados de inversión y en escritos doctrinales¹³¹. Según el Tribunal, los cuatro elementos constitutivos de la lista de *Salini* no constituyen requisitos jurisdiccionales, de manera que la falta de alguno de estos elementos implicaría una falta de jurisdicción. Son características típicas de inversiones en virtud del Convenio CIADI, no “un grupo de requisitos legales obligatorios” [traducción del Tribunal]¹³². Como tales, pueden contribuir para la identificación o exclusión, en casos extremos, de la presencia de una inversión, pero no pueden desestimar el concepto amplio y flexible de inversión que establece el Convenio CIADI, en la medida en que no esté limitado por el tratado aplicable, como en el presente caso.

207. De estos elementos constitutivos, el más controvertido, según algunos tribunales, ha sido la contribución con el desarrollo económico del Estado receptor, a raíz del carácter subjetivo de este elemento y la dificultad resultante para determinar su presencia en una determinada inversión¹³³. Para determinar si una inversión, al momento en que se efectúa, es capaz de contribuir al desarrollo económico del Estado receptor, el tribunal debería llevar a cabo un análisis *ex post facto* de un número de elementos que, bajo la suposición de que haya transcurrido el tiempo, “pueda generar un espectro amplio de opciones razonables” [traducción del Tribunal]¹³⁴. Como explicó otro tribunal, “el criterio invita al tribunal a efectuar un análisis *post hoc* de la situación comercial, económica, financiera y/o política que impulsó las actividades de las demandantes. No sería adecuado que dicha forma

¹³⁰ *Salini c. Marruecos*, cit., párr. 52.

¹³¹ Las presentaciones escritas de las Partes analizan decisiones arbitrales y escritos doctrinales que aceptan la aplicación de esta prueba en particular (Memorial, párrs 160 a 166; Réplica, párrs. 227 a 253) y otros que la critican (Memorial de Contestación, párrs. 196 a 198; Dúplica, párrs. 250 a 272).

¹³² Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, art. 25, párr. 171.

¹³³ El tribunal en el caso *Phoenix c. República Checa*, Laudo del 15 de abril de 2009, al tratar la contribución con el desarrollo del Estado receptor, establece que es “imposible determinarla, más aún por la existencia de opiniones diferentes sobre lo que constituye el desarrollo” (párr. 85) [traducción del Tribunal].

¹³⁴ *Deutsche Bank AG c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Laudo del 31 de octubre de 2012, párr. 306.

de determinación secundaria conduzca el análisis jurisdiccional del tribunal” [traducción del Tribunal]¹³⁵.

208. Al respecto, el Tribunal concuerda con la afirmación del tribunal del caso *Pey Casado c. Chile*:

“Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión”¹³⁶.

209. La Demandada parece estar de acuerdo con un enfoque más flexible del concepto de inversión, al establecer lo siguiente: “[...] ya sea que se consideren los criterios *Salini* como requisitos jurisdiccionales obligatorios o, en su lugar, se adopte el ‘enfoque típico característico’, en las circunstancias del caso, es una distinción sin diferencia alguna” [traducción del Tribunal]¹³⁷. Según el Tribunal, el objeto del Convenio CIADI y del TBI, y la doctrina mayoritaria, respaldan el enfoque más flexible mencionado por la Demandada. Aplicando ese análisis, no obstante, el Tribunal no puede concluir que las actividades prolongadas en el tiempo y sustanciales de las Demandantes en Uruguay no tienen calidad de “inversiones” en virtud del TBI y el Convenio CIADI.

210. En virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal desestima la tercera excepción a su jurisdicción.

¹³⁵ *Alpha c. Ucrania*, cit., párr. 312.

¹³⁶ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile*, Laudo del 8 de mayo de 2008, párr. 232. La misma conclusión fue abordada por el tribunal del caso *Electrabel S.A. c. la República de Hungría*, Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad del 30 de noviembre de 2012, párr. 5.43.

¹³⁷ Réplica, párr. 253.

V. EL RECLAMO POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA DE LAS DEMANDANTES

1. Argumentos de las Demandantes

211. En el Memorial de Contestación las Demandantes han indicado su intención de incluir en el Memorial sobre el Fondo un reclamo adicional con respecto a que la decisión del TCA del 29 de septiembre de 2011, que desestima la acción de nulidad contra la Ordenanza 514, constituye una denegación de justicia en violación de la garantía de tratamiento justo y equitativo del artículo 3 del TBI¹³⁸. Según las Demandantes, la decisión del TCA fue injusta y denegó su derecho al debido proceso. Agregan que el reclamo por denegación de justicia no puede estar sujeto al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, dado que las decisiones del TCA son finales y no están sujetas a apelación alguna, de manera tal que no existe ningún foro nacional ante el cual se pueda elevar dicho reclamo¹³⁹.
212. En la Dúplica¹⁴⁰, las Demandantes explicaron que la decisión del TCA comprendía un actor diferente: British American Tobacco (BAT). Este actor no era parte de la acción de nulidad de Abal y había presentado hechos y argumentos completamente diferentes. Según el TCA, BAT no había probado la titularidad y las marcas que, por el contrario, Abal había probado en su caso. Cuando se le solicitó una clarificación, el TCA desestimó las excepciones y afirmó que “las pretensas contradicciones no resultan trascendentes ni justifican rever los fundamentos del fallo”¹⁴¹.
213. El reclamo por denegación de justicia fue abordado por las Demandantes en la audiencia del 5 de febrero de 2013, sobre la base de los argumentos que se habían presentado anteriormente¹⁴². Las Demandantes agregaron que “presentar un caso [ante los tribunales uruguayos] sería inútil, sería fútil, porque las decisiones del TAC no se pueden apelar, no se pueden recurrir” y que “[l]a demandante no podría buscar ningún remedio ante los Tribunales nacionales en casos de

¹³⁸ Memorial de Contestación, nota al pie 46.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Dúplica, párr. 213.

¹⁴¹ La Decisión 801 del TCA de denegación del recurso de ampliación y aclaración de Abal, 29 de septiembre de 2011 (C-056).

¹⁴² Transcripción, día 1, págs. 218 a 221.

denegación de justicia”, de manera tal que se permite una vía de recurso al arbitraje “para resolver la controversia”¹⁴³. En respuesta a una pregunta del Tribunal, las Demandantes indicaron que recurrir al requisito de la notificación de seis meses sería fútil ya que “el Ejecutivo no estaría en medida de buscar la anulación de la decisión del TCA”¹⁴⁴.

214. En respuesta a otra pregunta del Tribunal, las Demandantes señalaron si hubieran tenido que someter el reclamo al tribunal de “única instancia”, en virtud de la Ley n.º 16.110, “tendría[n] que haber planteado ante el TCA una tercera vez y haberle pedido que adjudicara respecto a un reclamo que el TCA, es decir, el hecho de que el TCA mismo había cometido un deniego de justicia”¹⁴⁵.

215. Con respecto a si deben recurrir a un tribunal nacional para presentar el reclamo de denegación de justicia en virtud de la Ley n.º 16.110, las Demandantes mencionaron el informe del Senado acerca del momento en que se adoptó la Ley n.º 16.110, en la que se cita una carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga al presidente del Comité de Asuntos Internacionales. El contenido de la carta fue resumido en la audiencia de la siguiente manera:

“En casos de deniego de justicia o retraso equivalente a ese deniego de justicia este principio no significa que el inversor extranjero no pueda recurrir al arbitraje. Así que en nuestra argumentación respecto de la ley 16.110, si vemos las actas, la declaración del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga no excluye la presentación al arbitraje por deniego de justicia y no exige que tal reclamo por deniego de justicia sea presentado una vez más a los Tribunales nacionales en Uruguay”¹⁴⁶.

216. Al solicitar a las Demandantes que establezcan su posición con respecto a si el reclamo por denegación de justicia debía calificarse como un reclamo adicional en virtud del artículo 46 del Convenio CIADI, las Demandantes confirmaron que el reclamo en cuestión “en efecto cae claramente bajo el artículo 46 debido a que surge directamente del tema de la disputa”¹⁴⁷.

¹⁴³ *Ibidem*, la página 253, línea 10 a 16.

¹⁴⁴ Transcripción, día 2, página 552, líneas 3 a 8.

¹⁴⁵ *Ibidem*, página 549, línea 4 a 8.

¹⁴⁶ *Ibidem*, página 562, línea 15 a 22 y página 563, línea 1 a 6.

¹⁴⁷ *Ibidem*, página 553, línea 15 a 17.

2. Argumentos de la Demandada

217. La Demandada afirma que, al presentar su reclamo, las Demandantes le dan mayor importancia a la forma que a la sustancia, dado que “una gran cantidad de compañías tabacaleras, incluso Abal, impugnaron las acciones de Uruguay como cuestión de derecho nacional con fundamentos similares en aproximadamente la misma época”, de manera tal que “los motivos del TCA para rechazarlas fueron igualmente aplicables a todos ellos” [traducción del Tribunal]¹⁴⁸.
218. En la audiencia, la Demandada señaló que, sin estar en posición de comprometer al Gobierno de Uruguay, con respecto a la supuesta futilidad de efectuar un reclamo por denegación de justicia ante el Poder Ejecutivo uruguayo, incluso si este no tuviera la facultad de revocar una decisión del TCA, no se excluiría que, si el Gobierno se sintiera convencido, a raíz de que se llevaran a cabo negociaciones amistosas, de que su posición era similar a la de las Demandantes, “en ese caso es muy probable que ese apoyo por parte del Gobierno tendría un impacto independientemente del Tribunal que dirimiera la cuestión referida bajo la Ley 16.110”¹⁴⁹.
219. Con respecto al proceso legal ante tribunales nacionales, la Demandada comentó en la audiencia lo siguiente en relación con el argumento de futilidad planteado por las Demandantes:
- “En el caso de que se planteara la cuestión ante un Tribunal bajo la ley 16.110, y en caso de que hubiera un fallo negativo en respecto al reclamo bajo el Tratado por deniego de justicia, en caso de una decisión no favorable también tendría la demandante el derecho al arbitraje. Esa es la interpretación del Gobierno de Uruguay. Así que aquí no hay lugar a la futilidad”¹⁵⁰.
220. En la audiencia, la Demandada aceptó que el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes caía dentro del artículo 46 del Convenio CIADI¹⁵¹.

¹⁴⁸ Réplica, párr. 72.

¹⁴⁹ Transcripción, día 2, la página 557, líneas 5 a 22 y página 558, líneas 1 a 8.

¹⁵⁰ *Ibidem*, página 559, líneas 3 a 11.

¹⁵¹ *Ibidem*, página 553, líneas 12 a 20.

3. Conclusiones del Tribunal

221. Las Partes acuerdan que el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes cae dentro del ámbito del artículo 46 del Convenio CIADI¹⁵². El artículo 46 establece:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”.

222. El artículo 46 debe leerse junto con la regla 40 de las Reglas de Arbitraje, que establece lo siguiente:

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvención que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvención a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.

3) El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre la misma.

223. El acuerdo de las Partes con respecto a la aplicabilidad del artículo 46 del Convenio CIADI y, como resultado, de la regla 40 de las Reglas de Arbitraje no exime al Tribunal de la determinación de si se cumplen las condiciones establecidas por estas disposiciones.

224. Para cumplir estas condiciones el reclamo de las Demandantes debe:

- a) presentarse a más tardar en la réplica o, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento;
- b) relacionarse directamente con la diferencia y

¹⁵² Este acuerdo está registrado en la transcripción de la audiencia, *supra*, párrs. 215 y 218.

c) estar dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

225. Con respecto a la presentación a tiempo del reclamo, el Tribunal señala que fue mencionado por primera vez en el Memorial de Contestación de las Demandantes¹⁵³, por lo tanto, en la primera presentación escrita posterior a la SA. La Demandada no presentó excepción alguna con respecto al cumplimiento de las Demandantes de esta condición.
226. No existe duda alguna de que el reclamo por denegación de justicia surge a partir de la misma materia de la diferencia presentada ante el TCA por la acción de nulidad de Abal contra una de las medidas impugnadas por las Demandantes: la Ordenanza 514. Las decisiones del TCA que, según las Demandantes, denegaron la justicia son tanto la decisión que desestimó la acción de nulidad de la Ordenanza 514 como la decisión que rechazó la solicitud de clarificación de esta última decisión¹⁵⁴. La Demandada no ha alegado la falta de cumplimiento de estas condiciones en el presente caso.
227. Ya sea que el reclamo por denegación de justicia caiga dentro del alcance del consentimiento de las Partes o, de otra manera, dentro de la jurisdicción del Centro, se requiere una evaluación detallada de los requisitos de intento de arreglo por seis meses y del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, teniendo en cuenta también las alegaciones de la Demandada al respecto.
228. Las discusiones en la audiencia se centraron en la cuestión de si hubiera sido fútil para las Demandantes, como se afirmó en la carta, intentar llegar a un arreglo amigable de la diferencia relativa a este reclamo. De conformidad con la Demandada, las Demandantes deberían haber procedido a “primero notificar al Ejecutivo... e iniciar así una conversación”, aunque el Ejecutivo a solas no pueda

¹⁵³ *Supra*, párr. 211.

¹⁵⁴ La Decisión 509 del TCA sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal del 14 de junio de 2011 (C-053) y la Decisión 801 del TCA de denegación del recurso de ampliación y aclaración de Abal del 29 de septiembre de 2011 (C-056). El Recurso de Abal de ampliación y aclaración contra sentencia definitiva del TCA sobre la Ordenanza 514 del 24 de agosto de 2011 (C-055).

“revocar una decisión ni un fallo del [TCA]”¹⁵⁵. La Demandada se refiere claramente al intento de arreglo amigable por seis meses¹⁵⁶, y el Tribunal debe tratar esta cuestión para efectuar un análisis completo.

229. En primer lugar, el Tribunal señala que se debe sostener que la diferencia ha surgido como resultado de la decisión del TCA de desestimar la solicitud de las Demandantes de clarificación de la decisión anterior que desestimaba la acción de nulidad contra la Ordenanza 514. No teniendo facultad alguna el ejecutivo para revocar dicha decisión¹⁵⁷, no habría existido una posibilidad real de llegar a un arreglo amigable de la diferencia planteada. El Tribunal considera difícil determinar cómo una apelación directa de las Demandantes al Gobierno para un arreglo amigable habría tenido un fin útil en este contexto en particular y la demandada no ha ofrecido argumentos convincentes al respecto¹⁵⁸.
230. ¿Se podría arribar a la misma conclusión con respecto al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales? En respaldo de sus respectivas posiciones, las Partes han propuesto diferentes argumentos en la audiencia bajo suposiciones que un análisis más detallado conduce a afirmar lo siguiente.
231. La Demandada ha alegado que, en el caso de que el tribunal emita una decisión negativa en virtud de la Ley n.º 16.110 con respecto al reclamo por denegación de justicia, las Demandantes tendrían el derecho de recurrir al arbitraje, por lo que en este caso no existe futilidad alguna¹⁵⁹. Esta alegación es correcta solo con respecto a una decisión tomada luego del plazo de 18 meses prescripto. Sin embargo, como el contexto parece indicar, si la Demandada tuvo en mente la decisión emitida por el TCA dentro dicho plazo, su interpretación¹⁶⁰ dejaría de lado el hecho de que, en virtud del TBI, la decisión de un tribunal uruguayo emitida dentro del plazo de 18 meses, sea o no favorable para las Demandantes, parecería impedir el acceso al

¹⁵⁵ Transcripción, día 2, página 556, línea 22 y la página 557, líneas 1 a 4.

¹⁵⁶ El Tribunal no expresa opinión alguna con respecto a si este requisito es un elemento del consentimiento del Estado al arbitraje.

¹⁵⁷ Como admitió la Demandada en la audiencia, “el Ejecutivo a solas no puede revocar una decisión ni un fallo del [TCA]”. Transcripción, día 2, la página 557, líneas 3 a 4.

¹⁵⁸ *Supra*, párr. 218.

¹⁵⁹ *Supra*, párr. 218.

¹⁶⁰ En la audiencia la Demandada afirmó lo siguiente: “Esa es la interpretación del Gobierno de Uruguay” (*supra*, párr. 212).

arbitraje. Tal parece ser el sentido pretendido del artículo 10(2) del TBI, cuando establece que “[s]i dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. Esto significaría, *a contrario*, que si dicha sentencia se dictase dentro de los 18 meses, el recurso al arbitraje estaría prohibido¹⁶¹.

232. La alegación de las Demandantes con respecto a que, en el caso del reclamo por denegación de justicia, el inversor extranjero no necesita volver a plantear un proceso legal ante los tribunales uruguayos aunque puede someter su reclamo al arbitraje, se basa en la carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga al presidente del Comité de Asuntos Internacionales¹⁶². Sin embargo, como resulta evidente de este texto, la carta en cuestión hace referencia al TBI Alemania-Uruguay¹⁶³, cuya redacción se encontraba en proceso de revisión por el Senado para su ratificación¹⁶⁴.

233. El párrafo 2 del artículo 11 del TBI Alemania-Uruguay establece lo siguiente:

“Si una divergencia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes interesadas la haya promovido, será sometida a petición de una de las partes a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya hecho la inversión. Tan pronto haya una decisión judicial de los tribunales competentes, cualquiera de las partes podrá recurrir a una Corte Internacional de Arbitraje a los efectos de que declare si la decisión judicial se ajusta y hasta qué punto a los términos de este Tratado. Si transcurrido un plazo de 18 (dieciocho) meses de promovida la acción judicial no hubiese pronunciamiento, cualquiera de las partes podrá recurrir a la Corte Internacional de Arbitraje, la que en este caso tendrá competencia para resolver la divergencia en su totalidad. Por esta disposición, no quedará afectado el artículo 10”.

De conformidad con esta disposición y, aparentemente, a diferencia del artículo 10(2) del TBI, sea cual fuere la decisión del tribunal nacional emitida dentro del

¹⁶¹ La interpretación de la Demandada sería correcta si el TBI Alemania-Uruguay (citado más adelante) hubiera sido el tratado aplicable en el caso.

¹⁶² *Supra*, párr. 215.

¹⁶³ El TBI Alemania-Uruguay se encuentra en el Anexo RL-31.

¹⁶⁴ El orden del día de las Sesiones del Senado y el texto de la carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga se encuentran en el Anexo R-75 (véase Transcripción, día 2, pág. 490, líneas 17 a 18). Como se menciona en este anexo, el análisis de la carta se basa en el TBI Alemania-Uruguay, específicamente “en las cláusulas sobre las diferencias referentes a los artículos 10 y 11 del Tratado...” [traducción del Tribunal].

plazo de 18 meses a partir del inicio del proceso legal, el recurso al arbitraje internacional está disponible para la parte que no esté conforme con dicha decisión. Las Demandantes parecen haber tenido esta disposición en mente cuando rechazaron el requisito de recurrir una vez más a los tribunales uruguayos por el reclamo por denegación de justicia.

234. A diferencia del objeto de la controversia con respecto a las tres medidas emitidas por la Demandada e impugnadas por las Demandantes, la diferencia en este caso no se refiere a un acto administrativo para la anulación del cual el TCA es el único tribunal competente en Uruguay. Como alegaron las Demandantes, el reclamo por denegación de justicia surge de las decisiones del TCA que denegaron la acción de nulidad y la ulterior solicitud de aclaración de la decisión anterior. Recurrir nuevamente al TCA para reparar esa decisión hubiera sido un ejercicio inútil, oneroso y que insume mucho tiempo, ya que toda decisión del TCA es final e inapelable. Esta es una de las circunstancias particulares del caso que garantiza una conclusión de “futilidad” del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales¹⁶⁵.
235. En virtud de lo antedicho, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su competencia para entender en el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes.

VI. DECISIÓN

236. En virtud de las razones antes mencionadas, el Tribunal decide lo siguiente:
- a. Que tiene jurisdicción para entender en los reclamos presentados por Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. siempre y cuando se basen en los supuestos incumplimientos del Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay del 7 de octubre de 1998;
 - b. Que tiene jurisdicción para entender en el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes en virtud del artículo 46 del Convenio CIADI;

¹⁶⁵ *Supra*, párr. 137.

- c. Que va a emitir la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la regla de arbitraje 41(4);
- d. Que reserva todas las cuestiones relacionadas con los costos y gastos del procedimiento arbitral para ser decididos posteriormente.

[Firmado]

Piero Bernardini
Presidente

[Firmado]

Gary Born
Árbitro

[Firmado]

James Crawford
Árbitro