

IV Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión
Bogotá, D.C. - Abril de 2017

Silverport América c. La Federación de Monterroso

Introducción

1. Hacia la segunda mitad de la década de 1990 Monterroso se encontraba en una de las crisis económicas más fuertes desde la finalización de la década de 1980. Las reformas estructurales a la economía Monterrosina, como respuesta a la crisis de la deuda de 1980, no habían logrado generar una transformación del sector productivo hacia la industria y la diversificación de exportaciones por fuera de las tradicionales de commodities, principalmente petróleo y carbón y bienes primarios como tabaco, flores y frutas consideradas exóticas. De hecho, el sector productivo y en especial, el exportador era visto como poco competitivo y fuertemente sensible a las variaciones en la tasa de cambio y en la producción de sus pares de Costa Rica, país de tradición tabacalera, cafetera y turística.

2. Durante 1997 y 1998, debido a que la tasa de cambio con respecto al dólar era fija y, por tanto, controlada desde el Banco Central, el aumento de la tasa de cambio por parte de la Reserva Federal de los Estados Unidos generó una apreciación del dólar respecto al Rual, moneda oficial de Monterroso. Esta situación generó una serie de costos adicionales al Banco Central para sostener el sistema de cambios, aumentando el nivel de divisas gastadas para garantizar que el valor de la tasa de cambio no excediera el techo – valor máximo determinado – o no disminuyera por debajo del piso – valor mínimo- de la banda de cambios que definía el Banco Central; asimismo, los mercados financieros, gracias a la volatilidad vieron una fuerte salida de capitales de corto plazo y el sector exportador no tradicional, altamente dependiente de proveedores externos - debido a la necesidad de importar la gran mayoría de los insumos para la producción- , se hizo menos competitivo de lo que ya era hasta el momento. Los costos de producción aumentaron lo que impactó en los precios finales de venta en los mercados externos. Si bien, parte de las divisas que se gastaban debido a la crisis se compensaban por medio de los ingresos por exportaciones tradicionales, el deterioro de los términos de

intercambio de estos productos no permitía reestablecer el equilibrio de la balanza de pagos. Esta situación derivó en la disminución de la disponibilidad de divisas del Banco Central, lo cual, sumado a una tasa de endeudamiento fuerte del país, llevó a la baja del cupo de crédito en los mercados externos.

3. Con el fin de lograr más disponibilidad de divisas en el país, el Consejo Sectorial de la Producción y la Inversión, precedido por el Secretario de Producción, Comercio y Desarrollo e integrado por la Secretaría del Tesoro, la Secretaría de Agricultura, y la Secretaría del Exterior, diseñaron una estrategia de atracción de inversión extranjera, con base en: Diseño de exenciones tributarias, la negociación y suscripción de contratos de inversión con inversionistas extranjeros para proyectos de inversión de alto impacto industrial y lobby internacional para lograr exenciones arancelarias a los productos Monterrosinos y liberar la tasa de cambio.
4. Esta estrategia integral, llamada “Programa de Promoción de Inversión Extranjera de Monterroso” (En adelante, “PPIED”), pretendía atraer a firmas extranjeras para que establecieran sus compañías en Monterroso o crearan filiales en el país, aumentando la disponibilidad de divisas para estabilizar en el corto plazo las reservas internacionales y hacer frente a la crisis productiva. Una de las características importantes de la estrategia ingenida por Gerardo de las Casas, Secretario de Hacienda, consistía en extender la cobertura del programa a los planes que consistieran en la inversión extranjera por medio de la compra de empresas nacionales para el establecimiento de filiales en el país. Esto siempre que se tratase de proyectos que promovieran el fortalecimiento y un mayor nivel de transformación productiva, que permitiera exportar productos de mayor valor agregado.
5. Dentro de las áreas clave identificadas por el PPIED estaba el sector de tabaco. A pesar que Monterroso tradicionalmente ha sembrado tabaco, los campesinos dedicados a este tipo de cultivos llevaban décadas protestando ante el gobierno. Como la mayoría de sus cosechas eran exportadas, sus ingresos eran vulnerables a las variaciones de precios internacionales del producto y recibían muy poco por sus cosechas debido a la falta de competitividad de su producto frente al de otros países que contaban con procesos de cultivo y secado más avanzados. La situación era particularmente grave para los campesinos del Estado de Aguacielos en el norte del país.

6. En 1989, en un intento por garantizar los ingresos de los campesinos a un precio razonable, el gobierno decidió comprar la única tabacalera del país, la Industria Tabacalera de Monterroso, que para entonces se encontraba en proceso de quiebra. A pesar que el gobierno logró sacar a flote a la compañía, para el año 1999 se había hecho patente que la capacidad instalada de la planta no permitía comprar más del 30 % de las cosechas y la inversión necesaria para hacer crecer la producción superaba las posibilidades actuales de la empresa y del gobierno. Ante este panorama, los secretarios de Industria y Agricultura concluyeron en el marco del PPIED que *“era momento de buscar un inversionista extranjero como aliado estratégico, quien tomase las riendas de la Industria Tabacalera de Monterroso para posicionar los productos de tabaco del país como productos de talla mundial y garantizar un futuro próspero a nuestros campesinos.”*

El inversionista y su inversión en la Federación de Monterroso

7. Esta situación parecía ideal para la firma Silverport, empresa tabacalera incorporada en el Reino de Westland. Dentro de sus planes de expansión, Silverport estaba considerando iniciar actividades de producción propias en Centroamérica. Desde Monterroso podría cubrir todo el mercado regional aprovechando su posición estratégica, los procesos de integración que venía gestando varias décadas atrás y la tradición productiva tabacalera del país. En este sentido, la casa matriz ordenó a Silverport América – filial de Silverport ubicada en la República del Pacífico- iniciar los procesos de acercamiento con las autoridades de Monterroso para evaluar la viabilidad de la inversión.
8. Como resultado del proceso de acercamiento y evaluación, las directivas de Silverport América identificaron una serie de oportunidades de negocio que vistas en conjunto representaban la oportunidad perfecta para establecer una inversión fuerte y duradera en el país:
 - a. La empresa “Industria Tabacalera de Monterroso” (En adelante, “ITM”), de propiedad del Estado de Monterroso, se encontraba en proceso de privatización, como parte de los planes de reactivación económica. ITM tenía una larga trayectoria en el país de manera que su nombre y sus marcas generaban confianza en la población y en especial en los campesinos independientes que

cultivaban tabaco y quienes, organizados en asociaciones, vendían la materia prima a ITM. Sin embargo, la planta de ITM tenía una capacidad instalada modesta y requeriría una inversión importante para alcanzar los niveles de producción proyectados por Silverport América para atender el mercado nacional y regional.

- b. Dado que los intereses del gobierno nacional eran asegurar la compra de la cosecha de tabaco de los campesinos y fomentar las exportaciones de productos con valor agregado, el Secretario de Agricultura le planteó a Silverport la posibilidad de ser beneficiario de un contrato de inversión en el marco del PPIED, siempre que Silverport estuviera dispuesto a firmar un contrato de compra de cosecha a los miembros de la Asociación de Campesinos de Aguacielo (En adelante ACA) durante un período equivalente a la duración del contrato de inversión.
- c. Adicionalmente, Silverport planteó que la producción de los miembros de ACA no sería suficiente para suplir las necesidades de materia prima de la producción proyectada para ITM. En respuesta, el Secretario de Agricultura manifestó que el gobierno nacional estaría en disposición de arrendarle al inversionista el terreno adicional para las plantaciones adicionales, por el término del contrato de inversión a un precio razonable, bajo la condición de que el mismo fuese dedicado exclusivamente a la siembra de tabaco.
- d. De otro lado, Marco Tulio Florencio, propietario de MonteTabaco, la distribuidora de cigarrillos más grande del país, que comercializaba entre otras marcas las de ITM y Silverport en Monterroso, estaba interesado en vender su empresa para dirigir su portafolio de inversiones al sector de la tecnología. Adquirir esta empresa representaba para Silverport un complemento ideal a la compra de ITM, ya que la distribuidora tenía establecidos canales de distribución de cubrimiento nacional.
- e. La evaluación financiera elaborada por Silverport América estimaba que de firmarse el contrato de inversión, el retorno de la inversión de la compra de ITM podría obtenerse en un tiempo record de aproximadamente 5 años y el retorno a la inversión de ampliar la capacidad instalada de la planta se recuperaría en otros

5 años. Además de eso la proyección de los costos impositivos serían alrededor de 280 millones de dólares anuales presentes, -menor en más de 300 millones de dólares-, gracias a las exenciones tributarias del programa de promoción de inversión extranjera de Monterroso.

9. Así las cosas, en enero del año 2000, Silverport America ofreció comprar todos los activos de la ITM al gobierno nacional por un total de 450 millones de dólares. Si bien hubo otras empresas que se presentaron a la oferta pública, el gobierno decidió favorecer a Silverport América por la magnitud de su propuesta respecto de la ampliación de la capacidad instalada de la planta.
10. Posteriormente y ya adquirida por Silverport America, ITM adquirió el 100% de las acciones de MonteTabaco por un valor de 200 millones de dólares. Bajo este esquema de negocio, la Industria Tabacalera de Monterroso - Silverport Centroamérica se convirtió en el principal productor y distribuidor de cigarrillos de Monterroso . ITM se dedicaría a producir las 3 marcas tradicionales que venía produciendo la empresa desde su fundación (Corsel, Moicanos y Camaro) y las cuatro marcas principales de Silverport (Silverport ICE, Broncos, Fresh y Joe) con el objetivo de aumentar su participación en el mercado nacional y conquistar desde Monterroso los mercados de la región. Las cinco marcas restantes de la línea Silverport (Krown, Plymouth, Revolution, Patriota y Bulldog) serían importadas y comercializadas por MonteTabaco.
11. En adición a esto, ITM suscribió un contrato de inversión por un término de 20 años en el que se incluyó el arrendamiento de 1000 hectáreas de tierra de propiedad del Estado para ser dedicadas exclusivamente a la siembra y cosecha de tabaco con fines de transformación productiva.
12. Finalmente, de acuerdo con los acercamientos previos y luego de concretar los pormenores con los representantes de ACA, ITM suscribió con dicha Asociación un contrato de compra de cosecha de tabaco por un término de 20 años.

Los compromisos internacionales asumidos posteriormente por la Federación de Monterroso, la República del Pacífico y el Reino de Westland

13. A inicios del año 2005 y hasta finales del año 2006 se llevó a cabo la negociación de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones (En adelante, "TBI") entre la Federación de Monterroso y la República del Pacífico. Los Estados Contratantes completaron los procesos internos de aprobación y el 20 de diciembre de 2009 el TBI entró en vigencia.
14. El 25 de febrero de 2010, Silverport América consultó a la Secretaría del Estado respecto de cómo se vería afectada la relación de inversión existente entre ellos por la entrada en vigencia del TBI celebrado entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso.
15. En respuesta oficial del 10 de marzo de 2010 la Secretaría del Estado manifestó:

En relación con su consulta nos permitimos informarle que de acuerdo con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la revisión previa al TBI en el marco del proceso de ratificación, la constitucionalidad del tratado fue aprobada "en la medida que se entienda que las relaciones de inversión que con anterioridad a su vigencia se estaban rigiendo por un contrato de inversión seguirán rigiéndose por el vínculo contractual, en atención al respeto de los derechos adquiridos y que este Tratado deberá ser aplicado en concordancia con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado con anterioridad, especialmente en materia de derechos humanos y salud."

16. Copia de esta comunicación fue remitida a la oficina de inversión de la República del Pacífico. Sin embargo, ni el inversionista, ni la República del Pacífico hicieron manifestación alguna frente a la comunicación de la Secretaría del Estado.
17. Por otro lado, a finales de 2006 la Federación de Monterroso ratificó el Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco (En adelante, "CCT"). Los medios de comunicación del país dejaron ver que esta ratificación se había dado de manera muy renuente por el gobierno y que obedeció en gran medida a la presión de varios de los países aliados de Monterroso. En su pronunciamiento oficial, el Secretario

del Exterior advirtió que *“la ratificación de este Convenio es un primer paso en un proceso que será largo, pausado y paulatino, que buscará tener en consideración los intereses de todos los actores involucrados y respetar los compromisos del Estado”*.

18. Por su parte Westland y la República del Pacífico se hicieron parte del Convenio Contra el Tabaco hasta enero de 2015.

La ley Arnulfo Roca

19. En el año 2009 Roncancia Talero, Senadora del partido Alianza Popular de Monterroso que fumaba tres cajetillas de cigarrillos diarias, perdió a su esposo, Arnulfo de la Roca, víctima de un cáncer de pulmón crónico causado por el consumo de tabaco. Al verse enfrentada con esta dolorosa pérdida y con su propia incapacidad de dejar *“ese vicio”* la Senadora decidió que en memoria de su esposo lucharía por establecer una legislación que evitara que más monterrosinos corrieran con su misma suerte.

20. Partiendo de la ratificación del CCT y de la inactividad del Secretario de Salud frente al tema, la Senadora promovió al interior de su partido la proposición de una ley para implementar una serie de medidas que desestimulan la demanda de tabaco. Luego de cuatro aireados debates y a pesar de la férrea oposición de la Asociación de Industriales y Comerciantes de Tabaco de Monterroso, la senadora Talero logró que se aprobara el *“Proyecto de ley <<Arnulfo de la Roca>>”*.

21. Al recibir el documento para sanción el 15 de enero de 2010, el Presidente de la Federación de Monterroso objetó el proyecto de ley por inconveniencia. En su criterio resultaba precipitado proceder a implementar de manera tan intempestiva los compromisos del CCT, cuyos plazos estaban lejos de vencerse. Más aun, tomando en consideración el importante rol que jugaba la siembra de tabaco para el sector agrícola de la economía de Monterroso.

22. Una vez ejercida la objeción por inconveniencia por parte del Presidente, el Congreso volvió a revisar en pleno el Proyecto y decidió no acoger la objeción. Las palabras de Roncancia resonaron fuertemente en todos los congresistas:

“¿Al presidente le parece inconveniente este proyecto de ley para el país? Más inconveniente me parece para nuestra patria, que mientras hay multinacionales en nuestro país como Silverport, que nos aportan tan solo 350 millones de dólares anuales en impuestos, el cubrimiento de los costos para el sistema de seguridad social asociados al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades relacionadas directa e indirectamente con el consumo de tabaco, a las campañas de prevención de consumo y a los tratamientos de desintoxicación sobrepasan en total los 1000 millones de dólares. ¡Realmente esto sí que es un mal negocio para nuestro país! Y eso que las cifras oficiales no han cuantificado aún los costos que implica para las empresas privadas el consumo de tabaco de sus empleados, ni los costos asociados para el sistema de seguridad social por enfermedades relacionadas por el consumo pasivo de tabaco.

Pero más allá del dinero que le cuesta el consumo de tabaco al país, ¿será que las tres vidas de ciudadanos que cada día perdemos por causa del tabaco no están por encima de la conveniencia y los intereses económicos de un grupo de empresas?

23. De manera que el Congreso rechazó la objeción Presidencial. No obstante, se incluyó en el texto de la ley un artículo sobre el régimen de transición e implementación de las medidas según el cual, las medidas se harían legalmente exigibles por parte de las autoridades 10 meses después de la publicación de la ley.
24. Con ello el Presidente se vio obligado a sancionar la Ley Arnulfo de la Roca, el 5 de febrero de año 2000. La ley establecía las siguientes medidas:
 - a. La prohibición de todo tipo de publicidad para productos de tabaco en radio, prensa y vallas publicitarias. Así, solo se permitiría publicidad por televisión en franjas distintas a horarios *prime* y familiar. Es decir, que solamente podría haber publicidad televisiva, en las franjas de días laborales entre las 11:00 p.m. y 6:00 a.m.
 - b. La prohibición de comercializar variedades diferentes de una misma marca. Es decir, a partir de la sanción de la ley no se podría promocionar cigarrillos con alusiones como, por ejemplo, light, mentolado, silver, gold, etc.
 - c. La adopción obligatoria de empaquetado uniforme para todas las marcas de cigarrillos, con un mensaje de advertencia que ocupe el 75% de la superficie del

- empaque. En resumen, la Ley prohíbe el uso de cualquier marca o cualquier otro elemento distintivo en los empaques y permite sólo una marca, negocio, empresa o nombre que se utilizará para distinguir una empresa productora de otro, y sólo en letra pequeña en un fondo discreto.
- d. La adopción de un aporte de 30 centavos de dólar por cajetilla producida o importada, ajustable anualmente a razón de una y media veces la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior. Los recursos recogidos por este aporte serían destinados a programas de prevención del tabaquismo y a la financiación del sistema de seguridad social en salud.

25. La ley Arnulfo Roca fue publicada en el Diario Oficial 22345 del 10 de febrero de 2010.

26. Frente a la entrada en vigencia de la Ley, el ahora CEO de la ITM-Silverport Centroamérica, Gerardo de las Casas, manifestó en rueda de prensa a principios de octubre de 2010:

Lo primero que quiero aclarar es que nuestra compañía respeta la autoridad del gobierno para regular el interés público. Es más, nosotros como grupo apoyamos miles de regulaciones de tabaco en todo el mundo, incluyendo restricciones a la publicidad, las sanciones por la venta de productos de tabaco a los menores de edad, y las advertencias sanitarias en los paquetes.

Pero esta ley simplemente ha ido demasiado lejos. De aplicarse esta norma se estaría básicamente ordenando la destrucción de la propiedad de Silverport, de ITM y de MonteTabaco, particularmente a través de la política de empaquetado genérico. Esta medida eliminaría las marcas legales e innecesariamente distorsionaría la competencia. Y el valor de lo que destruye no es nada despreciable, solo nuestra marca más popular en el mercado (Silverport ICE) tiene un valor estimado de 460 millones de dólares.

Este país se precipitó a proferir una regulación sin dar un debate serio de fondo y dejando preguntas importantes sin responder. La ley ampara las marcas registradas en protección de los consumidores y en el impulso de la competencia. Por el contrario, una prohibición del empleo de marcas distorsiona el mercado y trata a los consumidores como si no fueran capaces de tomar sus propias decisiones.

Adicionalmente, el incremento del precio del producto en razón del aporte adicional solo tendrá como efecto aumentar el comercio ilegal del producto, lo cual hace inocuas las medidas y perjudica gravemente al país.

No obstante, Silverport tiene la tranquilidad de ser el único actor de la industria que cuenta con un contrato de inversión con el Estado de Monterroso en razón del cual nuestro equipo legal está determinando si las medidas establecidas nos son aplicables.

27. Una vez cumplidos los 10 meses previstos para que entrase a regir la aplicación obligatoria de las medidas previstas en la Ley Arnulfo Roca las únicas empresas que no procedieron a modificar sus cajetillas ni sus precios fueron ITM y MonteTabaco. Esto hizo que al mes siguiente Pablo Cervantes, CEO de la comercializadora, Tabaco y Son, presentara una denuncia ante la Inspección de Comercio e Industria por actos violatorios de la libre competencia.

28. Habiendo evaluado la denuncia y corroborado los hechos, el 8 de febrero de 2011 la Inspección ordenó a ITM y MonteTabaco ajustar sus precios para que reflejaran la inclusión de la contribución de la ley Arnulfo Roca y adaptar las cajetillas y publicidad a los requerimientos de dicha ley. Lo anterior, con el fin de evitar que se generara una práctica anticompetitiva en el mercado nacional. No obstante, la Inspección reconoció que la existencia del contrato de inversión con el Estado generaba una situación particular para ITM y que por tanto esta debía ser referida directamente al Consejo de la Producción y la Inversión para ser evaluada.

29. ITM y Monte Tabaco procedieron a cumplir con la orden de la entidad y presentaron la solicitud de abrir una mesa de consulta con el Consejo de la Producción y la Inversión.

La investigación tributaria por el no pago de la contribución

30. El 12 de febrero del año 2012 la Agencia de Tributos y Aduanas de la Federación de Monterroso notificó a ITM-Silverport Centroamérica y a MonteTabaco la apertura de una investigación tributaria por la evasión del pago de la contribución prevista en la Ley

Arnulfo Roca, la cual debía ser cancelada anualmente antes del 30 de enero del año fiscal siguiente.

31. En los descargos presentados de manera conjunta por las investigadas, las mismas manifestaron que no se encontraban en obligación de realizar el pago de dicha contribución en razón de las cláusulas de estabilidad previstas en el contrato de inversión suscrito con el gobierno nacional.
32. El 20 de mayo de 2012 la Agencia de Tributos y Aduanas formuló cargos a las empresas y las emplazó para realizar el pago de la contribución debida y los intereses de mora correspondientes en un término de 30 días. De no hacerlo, en caso que fuese terminada la investigación con un fallo desfavorable para los investigados, procedería una sanción por el 500% de la contribución dejada de pagar y la posibilidad de que fuesen revocados las exenciones tributarias previstas en el contrato de inversión por incumplir los términos del mismo.
33. Ante el riesgo de la posible sanción ITM y MonteTabaco se allanaron al pago de la suma correspondiente el 1 de junio de 2012.

La disputa iniciada en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por Reino de Westland frente a la Ley Arnulfo Roca

34. El 4 de abril de 2013, del Reino de Westland presentó una solicitud de celebración de consultas con la Federación de Monterroso en el marco de la OMC en relación con las restricciones impuestas por la ley Arnulfo Roca a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos.
35. En su comunicación Westland alegó que las medidas de Monterroso parecían ser incompatibles con las obligaciones que corresponden a ese país en virtud de las siguientes disposiciones:

- a. El párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 1 del artículo 3, el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC;
 - b. Los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y
 - c. El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.
36. El 11 de abril de 2013, la República del Pacífico y otros 5 países miembros de la OMC solicitaron ser asociados a las consultas. Posteriormente, Monterroso informó al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (En adelante, OSD) que había aceptado las solicitudes de asociación a las consultas.
37. El 15 de octubre de 2013, Westland solicitó el establecimiento de un grupo especial. Sin embargo, en su reunión de 19 de noviembre de 2013, el OSD aplazó el establecimiento del grupo especial. De manera que solo hasta su reunión del 25 de septiembre de 2014, el OSD estableció un Grupo Especial. La República del Pacífico se reservó sus derechos en calidad de tercero.
38. El 26 de marzo de 2015, Monterroso solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial. El Director General estableció la composición del Grupo Especial el 5 de mayo de 2015. El 10 de octubre de 2015, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD que el Grupo Especial espera dar traslado de su informe definitivo a las partes no antes del primer semestre de 2017, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.

La búsqueda de una salida negociada

39. Desde abril de 2011 Silverport Américas y el gobierno de Monterroso entablaron acercamientos para buscar una solución a la situación. No obstante, después de haberse visto forzado a pagar el valor de la contribución del año 2011 y ver cómo sus ventas y ganancias caían, en 2012 el tono de la conversación se torno más complejo.
40. En entrevista con Tenorio de las Casas, el CEO de ITM manifestó:

“El gobierno parece haber perdido la memoria de lo que ocurrió hace casi 15 años. Silverport le apostó a Monterroso y a sus campesinos bajo la promesa de posicionar al país como un líder en la industria del tabaco a nivel regional. Para ello, hicimos un esfuerzo importante de capital y hemos cumplido a cabalidad con los compromisos adquiridos en materia de ampliación de capacidad instalada, generación de empleo, transferencia de tecnología y compra de la cosecha a los campesinos de la ACA. Sin embargo, la aplicación de las medidas desde el año 2011 han implicado un desequilibrio de la balanza en contra de ITM y Silverport y una defraudación a nuestras expectativas.

Nosotros somos los únicos actores de la industria que tenemos la obligación de comprar la cosecha a más de 500 campesinos todos los años y además cultivar tabaco en 1000 hectáreas del Estado para su transformación productiva. La demanda nacional de nuestros productos se ha visto afectada significativamente por las medidas (ha caído anualmente en 20% por tres años consecutivos). Así que, para no acumular inventarios estamos teniendo que exportar la producción a pérdidas por tener que cumplir con la contribución adicional de la Ley, que ya va en 60 centavos de dólar. Esto sin mencionar que por la caída de la demanda nuestras importaciones se han tenido que disminuir notablemente.

Debido a los compromisos que tenemos con ACA, actualmente estamos teniendo que comprar más hojas de tabaco de las que necesitamos y no podemos ajustar nuestro volumen de producción vendiendo la materia prima en el mercado de exportación debido a los requerimientos de transformación productiva del contrato de inversión. Es como si el gobierno tuviera esta doble moral porque no quiere que sus ciudadanos consuman tabaco, pero nos deja en un callejón sin salida en el que básicamente nos impone producir y exportar el producto terminado. Así que en este punto, las medidas de la Ley Arnulfo Roca realmente parecen ser una estrategia del gobierno para incrementar su recaudo tributario en medio de su grave déficit fiscal.

El gobierno ha desconocido con estas medidas no solo sus obligaciones en el marco del contrato de inversión suscrito con nosotros, sino que también ha

violentado sus compromisos internacionales en el marco de la OMC y del Acuerdo de Inversión vigente con la República del Pacífico.

En contraste con esta actitud, Silverport América ha mantenido su palabra hasta la fecha, pero de continuar la situación es posible que seamos incapaces de cumplir nuestro compromiso con los campesinos de Aguacielo el próximo año.”

41. En contraposición a estas afirmaciones el Secretario de Salud manifestó:

“Realmente resulta distorsionado pensar que el objetivo del gobierno con estas medidas es simplemente enriquecerse. ITM ha querido presentarse como una víctima cuando no lo es. Nadie está forzando a la empresa a exportar a pérdidas sus cigarrillos y la empresa no está “encartada” con un montón de hojas de tabaco. Ahí, quizás, ha faltado es un poco de visión y espíritu de innovación pues las hojas de tabaco tienen otros usos industriales más allá de fabricar cigarrillos para matar gente. Incursionando en una de estas industrias ITM podría solucionar la supuesta encrucijada en la que se encuentra.”

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

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

La notificación de la controversia de inversión y la constitución del tribunal arbitral

44. Después de 2 años de negociaciones y acercamientos entre el gobierno y Silverport Américas, la sociedad presentó la notificación de intención de someter la controversia a arbitraje el 4 de marzo de 2015.
45. El 6 de agosto de 2015 Silverport América solicitó al Secretario del CIADI la constitución de un tribunal arbitral con fundamento en el Tratado de Protección de Inversiones entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso.
46. El 11 de noviembre de 2015, se constituyó el tribunal arbitral, compuesto por el Señor Antonio Rapiño, propuesto por la parte demandante; la doctora Beatriz Claro, propuesta por la demandada; y la profesora Dolores Ortiz, como presidenta.
47. El Tribunal emitió la Orden Procesal No. 1, en la cual invitó a las partes a presentar, a más tardar el 20 de noviembre de 2016 (demandante) y el 6 de febrero de 2017 (demandada), sus observaciones sobre los siguientes puntos:
 - a. La competencia del tribunal para pronunciarse sobre las obligaciones de la Federación de Monterroso en el marco del contrato de inversión.
 - b. La competencia del tribunal para pronunciarse sobre las medidas objeto de la diferencia en el marco del TBI celebrado entre la República del Pacífico y la Federación de Monterroso.
 - c. Los efectos de la controversia ante la OMC sobre la competencia del Tribunal arbitral.
 - d. La existencia de una inversión en el sentido de las normas aplicables a este caso.
 - e. La expropiación alegada por la demandante.
 - f. La violación al trato justo equitativo alegada por la demandante.
 - g. Cualquier otro punto referente a la competencia del tribunal o el fondo de la diferencia que las partes consideren pertinente abordar.