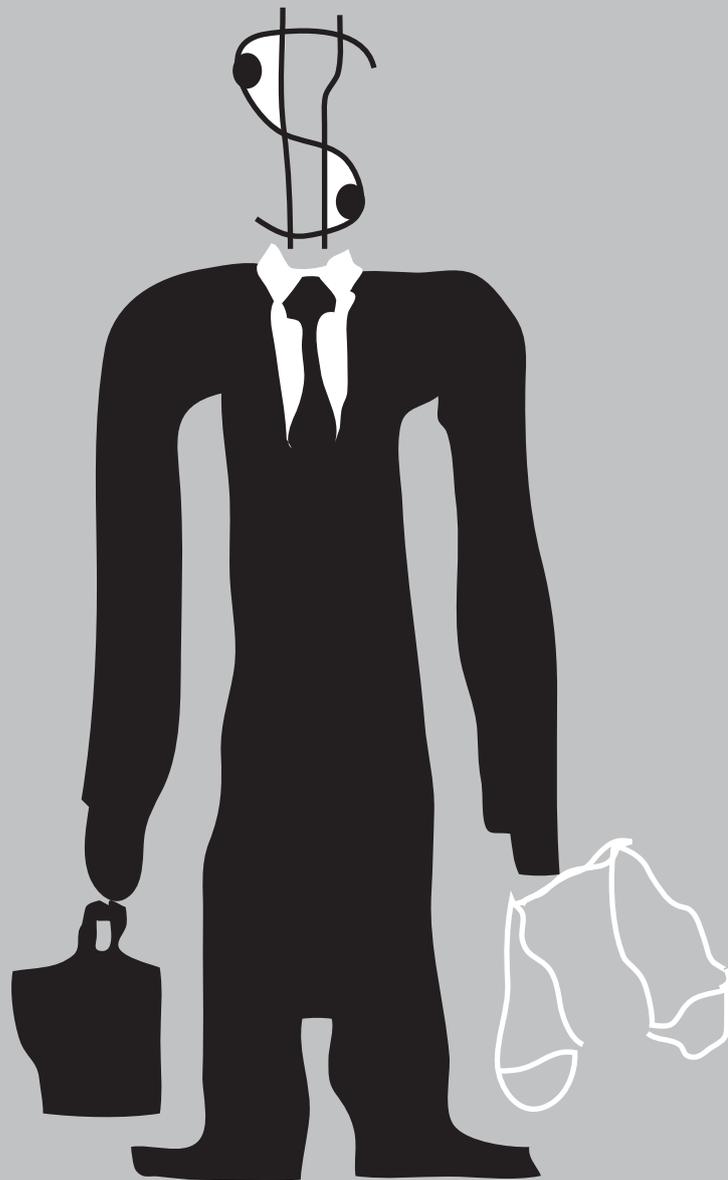


CAZADORES DE AMBULANCIAS



**Cómo los abogados corporativos
están alimentando el auge del
arbitraje sobre inversiones**

INTRODUCCIÓN

El 10 de marzo de 2011, la atención del mundo estaba centrada en los acontecimientos que se estaban precipitando en la nación africana de Libia. Un levantamiento popular contra Gadafi, que había empezado un mes antes, se había convertido en una guerra civil a gran escala. La preocupación expresada por los rebeldes y los políticos de la ONU hablaba de una posible masacre inminente. El mismo día, un importante bufete internacional de abogados, Freshfields Bruckhaus Deringer, también tenía sus ojos puestos en Libia, pero parecía tener en su mira algo muy diferente a las pérdidas humanas.

En una nota informativa publicada ese mismo día, decidió aconsejar a las empresas multinacionales sobre cómo defender sus ganancias amenazadas en Libia, a raíz de una crisis humanitaria. Cabe destacar que la nota sugería a las corporaciones que podrían utilizar los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) para demandar al Estado libio, señalando que los inversionistas podrían reclamar una indemnización financiera porque Libia no había cumplido con sus “las promesas a los inversionistas con respecto a la seguridad física y protección de instalaciones, personal, etc.”.¹

Freshfields –cuyos socios accionistas ganaron 1.308 millones de libras esterlinas en beneficios durante 2010/11, en un momento de recesión mundial– no era el único gabinete jurídico internacional que buscaba defender a sus clientes en medio de una guerra civil. Dos meses después, en mayo de 2011, en plenos bombardeos de la OTAN, el bufete internacional de abogados King y Spalding aconsejó a las multinacionales que todavía podrían demandar a Libia mediante las reglas de los TBI con el argumento de que Gadafi había creado un “ambiente insostenible, inestable e impredecible para la inversión”. El bufete llegó a sugerir que sería posible reclamar indemnizaciones a un posible gobierno post-Gadafi basándose en el principio de la ‘continuidad de los Estados’, aunque admitió que los árbitros “podrían mostrarse reacios a imponer una indemnización sustancial a Libia en un momento en que el país se está recuperando de una importante crisis política, social y económica”.²

El de Libia es sólo uno de los casos que destacan en el lucrativo negocio del arbitraje, en que bufetes de abogados, actuando en nombre de empresas multinacionales, han presentado 390 demandas en contra Gobiernos. Los pagos realizados por los Gobiernos en términos de compensación han llegado a alcanzar decenas de miles de millones de dólares, a lo que habría que sumar los gastos legales, por valor de decenas de millones de dólares.

Estos casos apuntan a un nuevo tipo de ‘cazadores de ambulancias’ que ha emergido en el escenario global. ‘Cazadores de ambulancias’ fue el término que se dio en el siglo XIX a los abogados que intentaban sacar provecho de las lesiones o accidentes sufridos por una persona. Hoy en día, son firmas internacionales de abogados que están haciendo dinero a partir de alimentar controversias sobre inversiones, con devastadores impactos sociales, ambientales y presupuestarios sobre los Estados soberanos y la gente común. Para maximizar sus ganancias, los bufetes de abogados han promovido el arbitraje sobre inversiones en las universidades, han desarrollado mecanismos para facilitar la financiación de los casos, y han cabildeado entre

los políticos para evitar que se introduzcan cambios en el régimen de inversiones. De esta manera, han mantenido y apoyado un marco jurídico internacional que esté estructuralmente sesgado a favor de las corporaciones y es perjudicial para los Estados soberanos y la gente común.

Los abogados que se dedican al arbitraje internacional sobre inversiones han escapado en gran medida a la atención del público porque muchos de los casos que llevan se conocen poco y porque los intereses que se esconden tras ellos, además de los costos sociales de sus acciones, son poco visibles. Por ese motivo, es hora de sacar a la luz los graves problemas éticos relacionados con el papel de los bufetes de abogados en el régimen internacional de inversiones.

Cómo funcionan los tribunales internacionales de arbitraje

Los tratados internacionales de inversión garantizan a los inversores extranjeros que creen que sus inversiones han sido dañadas el derecho de demandar directamente a los Estados en tribunales internacionales. La mayoría de ellos recurre al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que depende del Banco Mundial; el 25 por ciento se tramita según las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y unos pocos casos se llevan ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).

El proceso de arbitraje se inicia cuando un inversionista extranjero presenta una demanda por medio de uno de los mecanismos de arbitraje. Por lo general, cuentan con la ayuda de abogados/consejos de arbitraje, que les asesoran en el proceso. Con su ayuda, ambas partes participarán en la selección del tribunal de arbitraje, en que cada parte selecciona a un árbitro y, juntas, nombrarán a un tercero que actuará como presidente. A partir de ahí, el orden exacto del proceso dependerá de las reglas de arbitraje pertinentes y de las preferencias de las partes.³

En última instancia, el tribunal determina si la recompensa o indemnización está justificada. La mayor parte de los tribunales se celebran en secreto, salvo que ambas partes pacten lo contrario. Las oportunidades para cuestionar las recompensas o indemnizaciones resueltas por el tribunal son muy limitas.⁴

EL AUGE DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN CREA UN GRAN NEGOCIO PARA LOS ABOGADOS

La década de 1990 fue testigo de un crecimiento espectacular de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Ya se han firmado más de 3.000 TBI casi exclusivamente entre países desarrollados y en desarrollo. Casi todos los acuerdos de inversión permiten a los inversores extranjeros recurrir a tribunales jurídicos internacionales, como el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), adscrito al Banco Mundial, incluso aunque no hayan utilizado los mecanismos

legales locales. Los inversionistas multinacionales pueden reclamar una indemnización por las acciones de los Gobiernos anfitriones que han amenazado a sus inversiones, ya sea directamente, a través de expropiaciones, por ejemplo, o indirectamente, a través de los cambios a la regulación. La palabra ‘inversión’ se entiende en términos tan amplios, que los inversores pueden incluso reclamar no sólo por el dinero invertido, sino también por los futuros beneficios previstos.

El resultado ha sido un auge en los arbitrajes internacionales sobre inversiones. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD),⁵ el número de casos de arbitraje internacional ha aumentado de cinco en 1995 a un total de 390 casos en 2010. Este rápido crecimiento ha significado un gran negocio para las empresas jurídicas, ya que el arbitraje sobre inversiones se ha convertido en una de las áreas de más rápido desarrollo del derecho internacional, que combina elementos de solución de controversias privadas, derecho en materia de tratados y políticas públicas.⁶ Hay cuatro empresas, en particular, que se están dibujando como ‘las cuatro grandes’ de la escena de las inversiones internacionales: Freshfields Bruckhaus Deringer, White & Case, King & Spalding, y Shearman & Sterling.

El promedio de las tarifas por hora de estos bufetes jurídicos van desde los 500 a los 1.000 dólares estadounidenses (USD).⁷ Teniendo en cuenta que los arbitrajes internacionales suelen ser manejados por un equipo de abogados y que el proceso de arbitraje suele extenderse durante dos o más años, los costes jurídicos para los países –especialmente los del Sur– que deben defenderse en estos casos pueden ser astronómicos; y los consiguientes beneficios para los bufetes legales, más que significativos.⁸ El costo promedio para contratar una mesa de arbitraje compuesta por tres jueces se sitúa en torno a los 400.000 USD o más; un árbitro gana 3.000 USD al día.⁹ En una reciente compensación a favor de Chevron, los costos de representación y asistencia legal que desembolsó Ecuador llegaron a los 18 mi-

llones de USD.¹⁰ En todos los casos, los abogados, sea cual sea la parte para la que trabajen e independientemente del resultado del caso, tienen la posibilidad de ganar importantes beneficios.

INCENTIVOS PARA INCREMENTAR LOS LITIGIOS CONTRA PAÍSES

El hecho de que el arbitraje internacional sobre inversiones se haya convertido en un negocio lucrativo ha generado un gran incentivo para que los abogados busquen maximizar el negocio. Mantener a los clientes corporativos constantemente informados sobre las posibilidades de litigio, sin importar el contexto (como hemos podido ver con el caso de Libia), es sólo el pan de cada día de un abogado que se dedica al arbitraje internacional sobre inversiones. Pero tienen también muchas otras formas de estimular el negocio.

En primer lugar, como los infames ‘cazadores de ambulancias’, muchos abogados se sienten motivados a buscar todas las maneras posibles para aumentar el número de controversias entre inversionistas y Estados. En algunos casos, los abogados han aprovechado el hecho de que las corporaciones multinacionales declaran varios domicilios para demandar al mismo país según distintos TBI.¹¹ En un caso concreto, el empresario estadounidense Ronald Lauder presentó una demanda contra la República Checa en el marco del TBI entre los Estados Unidos y la República Checa a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹² Pero como había estructurado su inversión en TV Nova (una empresa de radiodifusión), mediante un mecanismo de inversión holandés, efectuó una demanda similar contra la República Checa en virtud del TBI entre los Países Bajos y la República Checa a través del CIADI. El CIADI resolvió que la República Checa debía pagar 270 millones de USD, además de unos sustanciales intereses, mientras que la otra demanda fue desestimada.¹³ Los abogados, por su parte, ganaron 10 millones de USD por ambos casos.

Bufetes que han manejado la mayoría de arbitrajes en 2009-2010¹⁴

Posición	Bufete de abogados	Total de arbitrajes en 2009 y 2010*	Ingresos totales del bufete y beneficios por socio de capital (PPEP) en 2010
1	Freshfields Bruckhaus Deringer	39	1.840 millones (2,11 millones) USD
2	White & Case	27	1.280 millones (1,56 millones) USD
3	King & Spalding	26	718,2 millones (1,73 millones) USD
4	Shearman & Sterling	19	737 millones (1,56 millones) USD
5	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle	17	140 millones USD
6	Latham & Watkins	14	1.820 millones (1,90 millones) USD
7	Cleary Gottlieb Steen & Hamilton	13	1.050 millones USD
8	Hogan Lovells	13	1.660 millones (1,14 millones) USD
9	Clifford Chance	11	1.219 millones (933.000) GBP
10	Debevoise & Plimpton	10	657 millones USD

* Total de arbitrajes basados en casos de tratados de inversión y contratos.

“Llevar una demanda de mil millones de dólares ya no es suficiente para destacar en un estudio sobre el arbitraje internacional. Tampoco es suficiente ganar unos míseros 100 millones. Atención, abogados del arbitraje: lo que se necesita estos días para despuntar es una indemnización de 350 millones de dólares como mínimo. El plazo de presentaciones finaliza en enero de 2013.”

Revista American Lawyer¹⁵

En segundo lugar, los bufetes o los abogados que trabajan por cuenta propia pueden beneficiarse incluso cuando llegan a un acuerdo antes de ir a juicio, lo que sucede con muchas disputas. “Se podría decir... que los abogados pueden asumir los casos de tratados sobre inversiones basándose en honorarios de contingencia y, con ello, el porcentaje de la indemnización que va a los abogados puede ser bastante alto; es decir, el 30-50 por ciento, o incluso más en ocasiones puntuales”, señala un experto que desea permanecer en el anonimato.¹⁶ El pago conseguido mediante un acuerdo también puede cubrir los honorarios de contingencia de los abogados sin necesidad de llegar al arbitraje, algo que puede resultar atractivo en ciertos casos difíciles o débiles. Incluso cuando no se pagan honorarios de contingencia, los abogados pueden cobrar por el trabajo que han realizado y beneficiarse considerablemente.

¿Y qué sucede si una empresa multinacional decide que no tiene el capital inicial para poner en marcha un proceso de arreglo de controversias entre inversionista y Estado? Afortunadamente, los emprendedores abogados especializados en inversiones han encontrado una solución. Lo último en el mundo del arbitraje sobre inversiones es la llegada de una multitud de fondos que financian el arbitraje internacional mediante el pago de los gastos legales y los costos iniciales para interponer una demanda a cambio de obtener una parte de la indemnización que se consiga finalmente. Varias empresas han entrado ya en este mercado, entre las que estarían Juridica, AllianzProfessFinanz, IM Litigation Funding y Burford Capital. Otras empresas, como Global Arbitration & Litigation Services Ltd., con sede en Londres, están especializadas en la búsqueda de financiación de terceros para este mismo fin. Actualmente, esta firma está animando a sus clientes a presentar “reclamaciones originadas por el actual conflicto en Libia” por valor de entre 1 y 100 millones de USD.¹⁷

Tal vez no sea sorprendente que estos fondos de financiamiento tengan fuertes vínculos con las firmas de abogados corporativos a las que sirven. Selwyn Seidel, director ejecutivo de Burford Capital, era antes un veterano socio de Latham & Watkins, el sexto mayor bufete de abogados en el negocio mundial del arbitraje sobre inversiones. En una entrevista para la revista Global Arbitration Review, Seidel se jactaba de los estrechos vínculos que tenía con abogados, institutos y bufetes especializados en el arbitraje. “Estas fuentes nos han sido de gran ayuda y esperamos aportarles nuestra propia contribución mediante el fomento del arbitraje internacional”, afirma.¹⁸

CONSECUENCIAS COSTOSAS PARA LOS ESTADOS

Puede que las consecuencias de la rápida expansión del arbitraje sobre inversiones sean atractivas para las firmas de abogados, pero suponen un tremendo costo para muchos Estados, ya que el pago de los honorarios legales y las indemnizaciones por daños representan una desviación importante de recursos que los Gobiernos podrían utilizar para la inversión social y ambiental. En el año 2011, la revista *The American Lawyer* cubrió 113 casos que entrañaban costos de al menos 100 millones de USD, una cantidad significativa para cualquier presupuesto estatal: 65 basados en contratos y 48 basados, parcialmente al menos, en tratados o leyes en materia de inversiones.¹⁹

Argentina, que según *The American Lawyer* “sigue siendo el blanco favorito” de los inversores extranjeros,²⁰ ha sido demandada un total de 51 veces, principalmente debido a los programas de reforma económica que se pusieron en marcha después de la crisis financiera y económica de 2001. Las compensaciones que debe abonar Argentina ya han alcanzado un total de 912 millones de USD, equivalente al salario medio anual de 75.000 médicos de hospitales públicos. Se calcula que las demandas pendientes en el CIADI contra la Argentina se sitúan en 20.000 millones de USD, casi 6 veces el presupuesto público para salud (3.400 millones de USD) o casi tres veces el presupuesto público para educación de Argentina (7.400 millones de USD).²¹

¿EL DERECHO INTERNACIONAL AL SERVICIO DEL INTERÉS PÚBLICO O DE LAS CORPORACIONES?

El régimen internacional de inversiones es profundamente injusto de base, ya que permite a las empresas multinacionales demandar a los Gobiernos, pero los Gobiernos no pueden utilizar los mismos mecanismos jurídicos internacionales para demandar a las empresas. Los abogados del arbitraje internacional – que tanto se benefician de los procesos de arbitraje– son espejo en muchos aspectos de la naturaleza corporativa de ese régimen de inversiones. La mayoría de esos abogados no sólo trabaja en firmas cuyos principales clientes son corporaciones, sino que, en un sistema donde sólo pueden demandar las empresas, se dedica activamente a asesorar a las empresas sobre cómo demandar a los Gobiernos. La mayoría de las principales firmas de arbitraje actúan como consejeros del lado del inversor; sólo unas pocas se han especializado en la defensa de Gobiernos.²²

“Un sistema más respetuoso con los Gobiernos haría mucho menos interesante para los inversores el interponer demandas. Por lo tanto, hay un problema inherente en que aquellos que desean mantener vivo el sistema porque se benefician de él, tienden a inclinarse hacia el inversor.”

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, abogada sénior en el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)²³

Los árbitros no están exentos de este potencial sesgo institucional, ya que son elegidos caso por caso, principalmente entre las mismas empresas que actúan como asesoras.

Todo esto ha promovido una red cerrada de 'viejos amigos', en que a los consejeros y los árbitros les interesa intercambiarse favores entre sí. Como decía el árbitro chileno Francisco Orrego-Vicuña, del bufete londinense 20 Essex Street, al explicar su ascenso a la cima del arbitraje internacional: "Creo que sólo he tenido la suerte de que los amigos me hayan mirado con amabilidad".²⁴

En varias ocasiones, los Gobiernos incluso han tenido que cuestionar el nombramiento de árbitros de determinados bufetes, que ya estaban involucrados en otros casos de solución de controversias en contra de ellos. Algunos de estos casos han desembocado en la dimisión de los árbitros, pero no todos. En octubre de 2009, Venezuela puso en tela de juicio al árbitro Robert Von Mehren, con el argumento de que era un socio jubilado de Debevoise & Plimpton, y mantenía una oficina y servicios de secretaría en la misma firma, que estaba representando en ese mismo momento a un grupo de demandantes en un caso parecido contra Venezuela (Holcim versus Venezuela). Sin embargo, su apelación fue rechazada.²⁵

El sesgo a favor de las empresas se hace aún más probable por el hecho de que los consejeros de inversión y los árbitros sirven muchas veces –algo a lo que tienen legalmente derecho– en la junta de directores de entidades comerciales con intereses financieros o de otro tipo.

El canadiense Yves Fortier, bautizado una vez como 'el árbitro más ocupado del mundo' por una importante revista del arbitraje, es sólo un ejemplo de ello: mientras era socio del bufete de abogados Ogilvy Renault, era también director de la gigante minera Rio Tinto plc y, antes de eso, presidente de la minera canadiense Alcan. De hecho, la industria extractiva es uno de los demandantes más poderosos dentro del sistema de arbitraje.²⁶ Sin embargo, Fortier es conocido por haber presidido más de cinco casos de arbitraje conocidos en que la parte demandante era una industria extractiva. Según la revista Forbes, su remuneración total de Rio Tinto en 2010 fue de 172.000 USD.²⁷ Rio Tinto también mostró su agradecimiento al mundo de la ley sobre inversiones y a Fortier financiando la cátedra L. Yves Fortier de arbitraje internacional y derecho comercial internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad McGill.

"Figuras destacadas de la industria actúan a menudo como árbitros, mientras que asesoran y representan a los demandantes o demandados y mientras promueven cláusulas o normas de arbitraje en los contratos o tratados sobre inversiones. Esto ofrece una base para la sospecha razonable de parcialidad en el sistema de tratados de inversión."

Abogado especializado en inversiones que no desea que se cite su nombre.²⁸

Árbitros con mayor número de casos en 2009-2010²⁹

	Árbitro	Puesto/Cargo actual	Total de arbitrajes en 2009 y 2010
1	Charles Brower (hombre, Estados Unidos)	Miembro autoempleado del bufete 20 Essex Street, Londres; conferenciante habitual y profesor en varios centros (profesor visitante en la Universidad de Cambridge y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia)	25
2	Gabrielle Kaufmann-Kohler (mujer, Suiza)	Socia de Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra; profesora de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y directora del máster sobre Arreglo Internacional de Controversias	18
3	Brigitte Stern (mujer, Francia)	Catedrática emérita de Derecho internacional en la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne	18
4	Bernard Hanotiau (hombre, Bélgica)	Socio de Hanotiau & van den Berg, Bruselas; profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina, Centro de Derecho Internacional	17
5	Albert Jan van den Berg (hombre, Países Bajos)	Socio de Hanotiau & van den Berg, Bruselas; profesor de Derecho en la Universidad Erasmus de Rotterdam y profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami	16
6	William Park (hombre, Estados Unidos)	Profesor de Derecho en la Universidad de Boston	15
7	Henri Alvarez (hombre, Canadá)	Socio de Fasken Martinau, Vancouver; profesor de arbitraje comercial y arreglo de controversias internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de British Columbia	14
8	Karl-Heinz Bockstiegel (hombre, Alemania)	Profesional independiente, Alemania; catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia	13
9	L. Yves Fortier (hombre, Canadá)	Socio sénior y presidente honorario de Norton Rose OR, Montréal	10
10	Marc Lalonde (hombre, Canadá)	Profesional independiente	10

* Total de arbitrajes basados en casos de tratados de inversión y contratos

Fortier ha anunciado recientemente que tiene planes de retirarse de su bufete de abogados a finales de 2011 diciendo: “Ser árbitro internacional como miembro de un gabinete jurídico global puede crear riesgos de conflictos de interés inherentes”.³⁰ También dimitió de la junta de Rio Tinto, aunque las noticias aparecidas en la prensa no parecen sugerir que el principal motivo de su salida fuera la preocupación por un posible conflicto de intereses. Parece, más bien, que su renuncia fue forzada por Rio Tinto para apaciguar a los accionistas, que deseaban castigar a Fortier y a otros integrantes de la junta por la desastrosa adquisición, por 38.000 millones de USD, del grupo canadiense del aluminio Alcan en 2007.³¹

En uno de los casos que se conocen, una árbitra fue cuestionada por sus relaciones empresariales con un banco. En el caso de Vivendi contra Argentina, la Argentina argumentó que la compensación debería ser anulada porque una de los árbitros, Gabrielle Kaufmann-Kohler, carecía de la debida independencia e imparcialidad, ya que también era miembro del Comité de Responsabilidad Corporativa del banco suizo UBS, que en el momento era el mayor accionista de Vivendi, la parte demandante. Sin embargo, aunque el comité ad hoc del CIADI fue crítico con el fallo de Kaufmann-Kohler por no revelar sus posibles conflictos de interés, los miembros del comité se negaron a anular la indemnización. Según ellos, la independencia de la árbitra suiza no se veía realmente afectada y sería injusto negar a los demandantes el beneficio de la indemnización debido a las fallas de la árbitra y a los largos procedimientos.³²

APUNTALANDO UN SISTEMA INJUSTO, PERO LUCRATIVO

El régimen de inversiones ha sido objeto de cada vez más desafíos en los últimos años por sus contradicciones e injusticias. Bolivia anunció su retiro del CIADI en 2007 y Ecuador, en 2009. Nicaragua y Venezuela han amenazado con hacer lo mismo. Algunos abogados del arbitraje sobre inversiones también han expresado públicamente su preocupación, como Philippe Sands, del bufete londinense Matrix, que cuestionó ‘la decencia’ de un sistema ‘de puertas giratorias’.³³ El profesor de Derecho Gus Van Harten ha declarado que el arbitraje de tratados de inversión es incompatible con el Estado de Derecho.³⁴ Sin embargo, sus voces son una minoría y se ven completamente eclipsadas por el cabildeo activo de la mayoría de bufetes corporativos para apuntalar un sistema injusto, pero altamente lucrativo.

“A través de la enseñanza académica, conferencias, investigaciones y publicaciones, los abogados de Lévy Kaufmann-Kohler están constantemente en la vanguardia del derecho del arbitraje internacional.”³⁵

Sitio web de la firma de abogados Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra

Teniendo en cuenta que el número de casos entre inversionistas y Estados aumenta por lo menos un 30-40 por ciento al año,³⁶ lo último que desea la mayoría de abogados especializados en la materia es una reforma radical, definiciones más estrictas o salvaguardas, ya sea en el sistema de arbitraje o en el texto de los mismos tratados de inversión. Sin embargo, los abogados que se dedican al arbitraje sobre inversiones se vieron enfrentados a esa posibilidad cuando la Unión Europea acordó en 2009, en el Tratado de Lisboa, traspasar la competencia de los acuerdos de inversión de los Estados miembros a la Unión Europea. En respuesta, estos abogados salieron con fuerza a presionar a la Comisión de la UE y al Parlamento Europeo para mantener el statu quo y movilizarse en contra de cualquier cambio a los 1.300 TBI firmados por los Estados miembros de la Unión.

En los correos electrónicos que Corporate Europe Observatory obtuvo mediante una petición amparada en el derecho de acceso a información de la Dirección General de Comercio de la Comisión de la UE y por las entrevistas mantenidas con miembros clave del Parlamento Europeo, estaba claro que los bufetes de abogados presionaron enérgicamente en contra de futuros cambios en las políticas de inversión de la UE. Lo hicieron organizando mesas redondas y conferencias en Bruselas, Londres y Frankfurt entre los principales inversores institucionales extranjeros y funcionarios de la Comisión, y cabildeando entre los eurodiputados clave de la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo (INTA).³⁷ En una reñida votación que se celebró en la INTA el 13 de abril de 2011, los grupos de presión se salieron finalmente con la suya. La INTA concedió a la Comisión poderes aún más débiles para revisar los TBI existentes en los Estados miembros y también limitó las razones por las que la Comisión puede revocar la autorización de ciertos TBI.

APOYO INTELECTUAL

El cabildeo político está respaldado por la considerable promoción de la solución de controversias inversionista-Estado y los derechos de los inversionistas por parte de los abogados del arbitraje en el mundo académico. Los que apuestan fuerte por el sistema desde el punto de vista financiero, son también algunos de sus principales defensores en la esfera ideológica y académica.

Si analizamos la tabla de la página 5, veremos que casi todos los árbitros más ricos y de mayor éxito son profesores en facultades de Derecho de universidades públicas y privadas. La explosión de los cursos de arbitraje internacional ha dado a los árbitros y a los consejeros un amplio espacio para promover el sistema de arbitraje sobre inversiones. Además, el secretismo y la falta de transparencia de la mayoría de casos de arbitraje les permite defender sus argumentos y compartir información sin los controles académicos habituales y los balances para comprobar sus afirmaciones.

La firma suiza de abogados Lalive incluso ha encontrado que la enseñanza puede ser una nueva forma de adquirir clientes potenciales. Lalive firmó un contrato con el Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR) para llevar a cabo un nuevo curso electrónico de

aprendizaje titulado 'Introducción al arbitraje sobre inversiones', que tuvo lugar del 14 de marzo al 15 de abril de 2011.³⁸ Veintiún abogados, funcionarios y profesionales, sobre todo de países en desarrollo y de economías en transición, asistieron al curso: todos ellos son futuros clientes potenciales para Lalive.

CONCLUSIÓN:

La revista *The American Lawyer* se jactaba en uno de sus artículos de que el arbitraje era un 'mundo secreto' formado por los "casos más grandes de los que jamás hayas oído hablar".³⁹ Así han sido sin duda las cosas, ya que las multinacionales de todo el mundo se han aprovechado de un régimen de inversiones injusto para demandar a Gobiernos soberanos por millones de dólares. Los plenos costos de estas demandas se han sentido en la desviación de limitados presupuestos gubernamentales del gasto social y la debilitación de la capacidad de los Gobiernos para proteger a sus ciudadanos y ciudadanas de los abusos corporativos. En estos procesos, los abogados suelen ser ignorados o vistos como intermediarios neutrales.

Sin embargo, la evidencia sugiere no sólo que los abogados tienen un gran interés en el régimen internacional de inversiones vigente, sino que perpetúan y exacerban de hecho la profunda injusticia de éste. Garantizándose un gran beneficio económico personal, los abogados del arbitraje han buscado activamente casos, han explotado las lagunas jurídicas y han creado una explosión en el número y los costos de los casos de solución de controversias. También han luchado activamente para mantener el sistema actual, en contra de sus críticos, en círculos académicos y mediante el cabildeo político directo. El resultado final ha sido el mantenimiento de un régimen que favorece continuamente a los inversionistas en detrimento de los Gobiernos soberanos. En un momento en que se somete a cuestionamiento público el régimen internacional de inversiones, es hora de que los 'cazadores de ambulancias' de hoy día aclaren la forma en que se han beneficiado personalmente y acepten una reforma radical.

ALTERNATIVAS

La mayoría de los problemas presentados en el estudio se resolvería si los procesos de solución de diferencias se limitaran a las controversias Estado-Estado en lugar de inversionista-Estado. Por razones diplomáticas y presupuestarias, lo más probable es que los Estados no entraran en numerosos y costosos litigios, que sólo afectan a los intereses de una empresa o un sector. Con el fin de no privilegiar a los inversionistas extranjeros por encima de los nacionales o los ciudadanos, los Estados deberían revisar sus tratados de inversión para sustituir el actual sistema de arbitraje inversionista-Estado por otro de Estado-Estado (según lo propuesto por varios países, como Australia).

"Nunca he visto una atención tan extrema y exclusiva en los intereses corporativos... nadie pensó en otra cosa que en proteger a la industria."

Carl Schlyter, eurodiputado, relator en el Parlamento Europeo sobre el futuro de los TBI de los Estados miembros.⁴⁰

Pero mientras los países sigan atrapados en un sistema de disputas de inversionista-Estado, cabría realizar los cambios siguientes para evitar que los abogados y los bufetes exploten el sistema actual:

- La industria del arbitraje no debería jugar ningún papel en la solución de controversias relativas a cuestiones de leyes y políticas públicas porque su significativo interés financiero en el campo es incompatible con los principios de independencia e imparcialidad judicial. Los Estados deberían revisar sus tratados de inversión con el fin de salir del CIADI y otras instituciones de arbitraje comercial de controversias sobre inversiones.
- Las controversias sobre inversiones deberían ser resueltas por órganos arbitrales independientes. Éstos podrían ser tribunales nacionales u organismos creados específicamente con 'jueces' que gocen de garantías objetivas de independencia e imparcialidad, que deban rendir cuentas ante el público en general y que tengan experiencia jurídica en el ámbito de la regulación/legislación pública. Un grupo de trabajo del bloque regional de América Latina UNASUR ha propuesto que se establezca un Tribunal Permanente de Arbitraje para resolver controversias relativas a inversiones, en que a los árbitros seleccionados no se les permitiría mantener otros cargos.
- Teniendo en cuenta el interés de las firmas de abogados en el debate sobre la reforma del régimen internacional de inversiones, los políticos deberían tener cuidado con sus consejos.
- Se debería imponer un límite a los costos de abogados y árbitros. Dentro de UNASUR, los países han propuesto que se cree un Centro de Asesoría Legal, que podría representar los intereses de los Estados que fueran demandados y que seguiría el modelo del Centro Legal para la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyos servicios son diez veces más baratos que los de los bufetes internacionales. Otra solución propuesta es la creación de una norma internacional que establezca límites máximos en los gastos legales.
- A los abogados con intereses económicos en el arbitraje no se les debería permitir participar en la enseñanza del derecho de arbitraje.

1. <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2011/mar11/30021.pdf>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
2. <http://www.kslaw.com/imageserver/KSPublic/library/publication/ca051711.pdf>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
3. Harten, G. Van (2010), Five Justifications for investment treaties: a critical discussion, 2(1) Trade L. & Dev. 1 (2010). And: G. Van Harten (2010), Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, in International Investment Law and comparative public law (T. Wälde & S. Schill eds., Oxford University Press).
4. Gottwald, Eric. "Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?" American University International Law Review 22, no. 2 (2007): 237-275.
5. UNCTAD (2011): World Investment Report. Non-Equity Modes of International Production and Development, p. 101.
6. <http://www.unitar.org/event/laliveunitar-introduction-investment-arbitration>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
7. <http://www.americanlawyer.com/amlaw100>; consultado el 30 de octubre de 2011.
8. Véase la nota 4.
9. Ibid.; ICSID (2008): Schedule of Fees, January 1.
10. www.chevron.com/chevron/pressreleases/article/08312011_chevronawarded96millionin arbitration claim against the government of Ecuador. news; consultado el 2 de noviembre de 2011.
11. Este fenómeno ha llevado a algunas corporaciones a reivindicar que tienen sede en un país sólo por disponer de un apartado de correos. El gigante californiano de la construcción, Bechtel, hizo esto después de ser expulsado en 2000 de la ciudad boliviana de Cochabamba, utilizando un apartado de correos en los Países Bajos para demandar a Bolivia en el marco de un TBI entre estos dos países.
12. <http://www.unctad.org/iia-dbcases/cases.aspx>
13. Véase la nota 4.
14. Focus Europe (2011): Arbitration Scorecard 2011. Top Ten Arbitrators, 1 July 2011, <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202498054264> [consultado el 24 de octubre de 2011]; otras búsquedas en internet.
15. Michael D. Goldhaber (2011), High Stakes, American Lawyer Magazine, 1 July <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleFriendlyTAL.jsp?id=1202498051923>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
16. Entrevista con un experto jurídico que desea permanecer en el anonimato; 20 de septiembre de 2011.
17. <http://www.globalarbitrationlitigation.com/lcp.html>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
18. Global Arbitration Review: Third-party funder raises US\$130 million in flotation, viernes, 23 de octubre de 2009, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/19184/third-party-funder-raises-us130-million-flotation/>
19. <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202503347678>
20. Ibid.
21. Véase la nota 5; <http://edant.clarin.com/diario/2008/04/06/elpais/p-02201.htm>; cálculos del salario promedio de un médico en Argentina basados en: <http://www.semanaprofesional.com/?nota=22581>; cifras de presupuestos públicos basadas en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/proy2012/ley/pdf/anexo_estadistico/cuadros_comparativos/cap1cu02.pdf; todo consultado el 2 de noviembre de 2011.
22. Análisis basado en: <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202503347678>.
23. Entrevista de Corporate Europe Observatory con Nathalie Bernasconi-Osterwalder, 17 de marzo de 2011.
24. <http://gearbpuquinas.blogspot.com/2010/12/latin-lawyer-interview-with-chilean.html>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
25. Procedural requirements for arbitrator challenges, Investment Treaty News, 23 de septiembre de 2010; <http://www.iisd.org/itn/2010/09/23/procedural-requirements-for-arbitrator-challenges-finding-fault-with-cemex-v-venezuela/>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
26. Institute for Policy Studies (2010): Mining for profits in international tribunals.
27. <http://people.forbes.com/profile/l-yves-fortier/97098>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
28. Entrevista confidencial con un abogado que desea permanecer en el anonimato; 16 de septiembre de 2011.
29. Focus Europe (2011): Arbitration Scorecard 2011. Top Ten Arbitrators, 1 de julio de 2011, <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202498053372>; consultado el 24 de octubre de 2011; otras búsquedas en internet.
30. <http://www.nortonrose.com/news/57534/revered-international-arbitrator-yves-fortier-leaving-norton-rose-or-to-establish-independent-practice>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
31. <http://www.theage.com.au/business/alcan-fallout-crushes-sir-rod-20110304-1bhej.html>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
32. Johnson, L. (2010), Annulment of ICSID Awards: Recent developments, background papers for IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, New Delhi, 27-29 de octubre.
33. Peterson, Luke Eric (2010): Arbitrator decries 'revolving door' roles of lawyers in investment treaty arbitration, 22 de febrero, http://www.iareporter.com/articles/20100226_1; consultado el 2 de noviembre de 2011.
34. Véase la nota 3.
35. <http://www.lk-k.com/uk/our-firm.html>; consultado el 2 de noviembre de 2011.
36. Bernasconi-Osterwalder, Nathalie (2010): European Parliament Hearing on Foreign Direct Investment, noviembre, http://www.iisd.org/pdf/2010/eu-parliament-hearing_investment.pdf, p.3.
37. Corporate Europe Observatory (2011): Investment rights stifle democracy. How industry misled the EU Parliament to protect the rights of foreign investors.
38. <http://www.unitar.org/unitar-and-lalive-conduct-first-joint-e-learning-course-introduction-investment-arbitration> and <http://www.unitar.org/pft/es/node/195>
39. http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202503347678&Arbitration_Scorecard__Mapping_the_Biggest_Cases_Youve_Never_Heard_Of; consultado el 2 de noviembre de 2011.
40. Entrevista de Corporate Europe Observatory con el eurodiputado sueco Carl Schlyter, 24 de marzo de 2011. <http://www.corporateeurope.org/global-europe/blog/pia/2011/03/24/mep-lobbyism-main-reason-bad-policy>.

Escrito por Nick Buxton, con aportaciones de Pia Eberhardt, Pietje Vervest y Cecilia Olivet e investigación de Evert-Jan Quak. Portada y diseño de Ricardo Santos. Estas páginas forman parte de un informe más detallado sobre Abogados y tratados de inversiones que saldrá a principios de 2012. Traducción al español de Alejandro Villamar/RMALC-Nov-2011



Publicado por el Transnational Institute (TNI) y Corporate Europe Observatory (CEO)

Noviembre de 2011