

# Cuando la injusticia es negocio

## Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones

(Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom)



Noviembre 2012, Bruselas/Ámsterdam

Publicado por Corporate Europe Observatory y Transnational Institute

## Resumen ejecutivo

Las últimas dos décadas han sido testigo del sigiloso ascenso de un poderoso régimen internacional de inversiones en que se encuentran atrapados cientos de países y que pone los beneficios corporativos por encima de los derechos humanos.

Los tratados internacionales de inversiones son acuerdos entre Estados y determinan los derechos de los inversores en los territorios de cada uno. Son, en gran medida, usados por poderosas corporaciones para demandar a los Gobiernos cuando estas consideran que un cambio en las políticas del Estado –aun cuando el cambio busque proteger a la salud pública o el medio ambiente– afecta sus ganancias. Hasta fines de 2011, se habían firmado más de 3.000 tratados internacionales de inversión, generando un gran aumento de las demandas presentadas por inversores ante los tribunales de arbitraje internacional. Los costos de estas demandas pesan sobre los Gobiernos en forma de grandes facturas legales, el debilitamiento de la regulación social y ambiental y un peso en las cargas fiscales de las personas, a menudo en países con importantes necesidades sociales y económicas.

Sin embargo, aunque estos costos financieros y sociales son cada vez más visibles, hay un sector que se ha mantenido prácticamente al margen del escrutinio público: la industria jurídica que se está beneficiando con el auge de las disputas inversor-Estado. El presente informe trata de abordar este tema analizando, por primera vez, quiénes son los principales actores de la industria del arbitraje de inversiones. El objetivo es arrojar luz sobre las firmas de abogados, los árbitros y las compañías financiadoras que se están beneficiando ampliamente de las demandas contra los Gobiernos.

El informe demuestra que la industria del arbitraje está lejos de ser una beneficiaria pasiva de la legislación internacional en materia de inversiones. Por el contrario, los integrantes de esta industria desempeñan un papel activo. Muchos de los abogados especializados en inversiones mantienen fuertes vínculos personales y comerciales con compañías multinacionales y ostentan cargos destacados en instituciones académicas, desde donde defienden enérgicamente el régimen internacional de inversiones. Así, no solo buscan las oportunidades para demandar a los Gobiernos, sino que también desarrollan una fuerte y exitosa campaña contra toda posible reforma de dicho régimen.

El sistema de arbitraje internacional de inversiones fue establecido por varios Gobiernos occidentales, que justificaron su instauración alegando que se necesitaba un mecanismo de solución de diferencias que fuera justo y neutral a la hora de proteger las inversiones de sus corporaciones frente a las supuestas situaciones de favoritismo y corrupción que se daban en los tribunales nacionales. En principio, los árbitros internacionales serían garantes y custodios de este régimen.

Sin embargo, se ha hecho evidente que, en lugar de actuar como intermediarios justos y neutrales, los árbitros internacionales tienen un enorme interés en salvaguardar un régimen de inversiones que prioriza los derechos de los inversores en detrimento de las decisiones de los Gobiernos. De este modo, han construido una industria multimillonaria que se autoalimenta, dominada por un selecto grupo de firmas y abogados cuyas interconexiones y numerosos intereses financieros plantean serias dudas sobre su compromiso de dictar sentencias justas e independientes.

En consecuencia, la industria del arbitraje es también responsable de un régimen internacional de inversiones que no es justo ni independiente, sino por el contrario es deficiente y es estructuralmente favorable a los inversores.

## Principales conclusiones:

- 1. El número de casos de arbitraje en materia de inversiones, así como las sumas implicadas, se han disparado en las últimas dos décadas,** pasando de 38 casos en 1996 (registrados en el CIADI, el organismo del Banco Mundial que administra estas disputas) a 450 casos inversor-Estado conocidos en 2011. Las cantidades de dinero implicadas también se han incrementado de forma espectacular. En el 2009/2010, se tuvo constancia de 151 casos de arbitraje de inversiones, por los que las compañías reclamaban al menos 100 millones de dólares estadounidenses (USD) de los Estados.
- 2. El auge de la industria del arbitraje está generando unos beneficios astronómicos para una élite de abogados especializados en inversiones; el dinero sale de los impuestos de los ciudadanos.** Los costos legales y arbitrales de una disputa inversor-Estado se sitúan, como promedio, en más de 8 millones de USD, aunque en algunos casos superan los 30 millones de USD. Las firmas de élite que llevan los casos cobran hasta 1.000 USD por hora y abogado, y en muchos casos se necesita de todo un equipo. Los árbitros también reciben salarios cuantiosos; en un caso concreto este llegó hasta casi un millón de USD. Todos estos costos son financiados con los impuestos de los contribuyentes, incluso en países donde hay personas sin acceso a servicios básicos. Por ejemplo, con los 58 millones de USD que el Gobierno filipino gastó en defenderse de dos demandas presentadas en su contra por el operador aeroportuario alemán Fraport, se podrían haber pagado los salarios de 12.500 profesores durante todo un año o vacunado a 3,8 millones de niños y niñas contra enfermedades como la tuberculosis, la difteria, el tétanos y la polio.
- 3. La industria del arbitraje internacional de inversiones está dominada por un reducido y compacto grupo de firmas de abogados y árbitros de países del Norte.**
  - a) Tres grandes firmas de abogados –Freshfields (Reino Unido), White & Case (Estados Unidos) y King & Spalding (Estados Unidos)– afirman haber participado en 130 casos de tratados de inversión solo en 2011.
  - b) Solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas en base a tratados de inversión. Los abogados de este pequeño grupo, que algunos denominan ‘la mafia interna’, se encuentran regularmente en los mismos paneles arbitrales, ejercen como árbitros y como abogados, e incluso se citan entre sí para actuar como testigos en los casos de arbitraje. Esto genera una creciente preocupación por cuestiones como los conflictos de interés, incluso entre el resto de la comunidad jurídica.
- 4. La mayoría de estos árbitros de élite tienden a defender los derechos de inversores privados por encima del interés público, lo cual pone de manifiesto un sesgo inherente a favor de las corporaciones.** Son varios los árbitros de renombre que han sido miembros de la junta de grandes multinacionales, entre las que se cuentan aquellas que han presentado demandas contra países en desarrollo. Casi todos ellos comparten la firme convicción de que proteger los beneficios privados es de suma importancia. En la mayoría de casos relacionados con decisiones que afectaban al interés público, como las medidas tomadas por Argentina en el contexto de su crisis económica, a la hora de emitir sus sentencias los árbitros no han tenido en cuenta otro factor que no fuera la supuesta pérdida de beneficios por parte de las corporaciones. Muchos árbitros han manifestado su profundo rechazo a una propuesta de Bruno Simma, magistrado de la Corte Internacional de Justicia, para que los arbitrajes de inversiones concedan mayor atención a la legislación internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente.
- 5. En muchos casos, las firmas de abogados con departamentos especializados en arbitraje internacional buscan activamente oportunidades para demandar a los países, promoviendo pleitos contra Gobiernos en crisis** –entre los casos más recientes, estarían Grecia y Libia– y fomentando el uso de varios tratados de inversión para garantizar que las corporaciones disfruten de las mejores ventajas. Estas firmas animan a las corporaciones a usar la amenaza de la demanda procesal como un arma política para impedir que se adopten leyes sobre salud pública y protección ambiental, o para que estas leyes sean más laxas. Los abogados especializados en inversiones se han convertido en los nuevos ‘cazadores de ambulancias’ internacionales, siguiendo el modelo de aquellos abogados que van a buscar a posibles clientes en las unidades de urgencias de los hospitales.
- 6. Los abogados especializados en inversiones, incluidos los árbitros de élite, promueven enérgicamente el arbitraje de inversiones como si este fuera una condición necesaria para atraer inversiones extranjeras, a pesar de que no haya pruebas que lo demuestren.** Los riesgos que corren los países al acceder a los mecanismos de arbitraje inversor-Estado se minimizan o se obvian.
- 7. Los abogados especializados en inversiones animan a los Gobiernos a firmar tratados de inversión redactados en unos términos que maximizan las posibilidades de interponer demandas. Posteriormente, usan estas disposiciones, formuladas en términos poco precisos, para incrementar el número de casos.** Según un estudio estadístico basado

en 140 casos de tratados de inversiones, los árbitros adoptan de forma sistemática una interpretación amplia, proclive al demandante, de diversas cláusulas, como las relativas al concepto de inversión. Mientras tanto, los abogados que se dedican al arbitraje adoptan un enfoque restrictivo frente a los derechos humanos y sociales recogidos por la legislación internacional.

8. **Los despachos de abogados que se dedican al arbitraje y los árbitros de élite utilizan sus posiciones de influencia para cabildear activamente en contra de toda reforma del régimen internacional de inversiones, especialmente en los Estados Unidos y la Unión Europea.** Sus acciones, respaldadas por corporaciones, lograron impedir varios cambios en los tratados de inversión estadounidenses que había propuesto el presidente del país, Barack Obama, al llegar al poder. Estos cambios hubieran dado al Gobierno mayor espacio normativo para regular, sin el riesgo de ser demandado. Varios árbitros también han denunciado abiertamente a los países que han cuestionado el régimen internacional de inversiones.
9. **Existe una 'puerta giratoria' entre los abogados especializados en inversiones y los responsables de políticas gubernamentales, que refuerza un régimen de inversiones injusto.** Algunos destacados abogados especializados en inversiones han actuado como jefes negociadores en tratados de inversión (o en tratados de libre comercio con capítulos sobre protección de inversiones) y han defendido a sus Gobiernos en disputas entre inversores y Estados. Otros son activamente buscados como asesores y creadores de opinión por los Gobiernos, e influyen en la adopción de leyes.
10. **Los abogados especializados en inversiones mantienen un firme control del discurso académico sobre legislación en materia de inversiones y arbitraje,** dado que generan una gran parte de los escritos académicos sobre este tema, ocupan en promedio el 74% de las juntas editoriales de las principales revistas especializadas en derecho de inversiones y normalmente no revelan la forma en que se benefician personalmente del sistema. Esto genera inquietud por cuestiones como el equilibrio y la independencia en la academia.
11. **El sistema de arbitraje de inversiones está cada vez más interconectado con el mundo de las finanzas especulativas,** puesto que hay fondos de inversión que están ayudando a financiar los costos de las disputas inversor-Estado a cambio de un porcentaje de la indemnización o laudo final. Es probable que este mecanismo alimente aún más el auge de los arbitrajes e incremente los costos para los Gobiernos con escasos fondos, además de suscitar preocupación por los posibles conflictos de interés que se derivan de la densa red de relaciones personales que une a financiadores con árbitros, abogados e inversores. Compañías como Juridica (Reino Unido), Burford (Estados Unidos) y Omni Bridgeway (Países Bajos) ya se han convertido en una parte establecida del arbitraje internacional de inversiones y sus actividades no están sometidas a ningún tipo de regulación. Esta financiarización del arbitraje de inversiones llega incluso a propuestas como la posibilidad de que se puedan vender paquetes de demandas a terceras partes, siguiendo la línea de los desastrosos *swaps* de impago que se hallan tras la crisis financiera mundial.

Algunos países han empezado a tomar conciencia de las injusticias y las incoherencias del arbitraje internacional de inversiones y han empezado a retirarse del sistema. En la primavera de 2011, el Gobierno australiano anunció que dejaría de incluir disposiciones sobre la resolución de diferencias inversor-Estado en sus tratados comerciales. Bolivia, Ecuador y Venezuela han puesto fin a varios tratados de inversión y se han retirado del CIADI. Argentina, que ha recibido un alud de demandas inversor-Estado por las leyes de excepción que adoptó en el contexto de la crisis económica de 2001-2002, se niega a pagar los laudos arbitrales. Sudáfrica está realizando una exhaustiva revisión de su política de inversiones para alinearla mejor con sus prioridades de desarrollo y acaba de anunciar que no firmará nuevos acuerdos de inversión ni renovará los vigentes cuando estos venzan.

Estas iniciativas no han pasado desapercibidas entre los actores que integran la industria del arbitraje internacional. Algunos de ellos están dispuestos a afrontar estos desafíos proponiendo que se adopten reformas moderadas, como una mayor transparencia. Pero esas propuestas no abordan los fallos de base ni los sesgos corporativos inherentes del sistema de arbitraje de inversiones. Creemos que solo una reforma sistémica, basada en principios que consideren que los derechos humanos son más importantes que los beneficios de las corporaciones, puede brindar el cambio necesario. Esto debe empezar por la derogación de todos los tratados de inversión vigentes y por una moratoria sobre la firma de nuevos acuerdos.

Sin embargo, incluso dentro del sistema existente, se pueden dar algunos pasos para ayudar a limitar el poder de la industria del arbitraje. Este informe insta a que se utilicen órganos arbitrales independientes y transparentes, en los que se garantice la independencia e imparcialidad de los árbitros, la introducción de regulaciones estrictas para evitar los conflictos de interés, la imposición de un límite sobre los costes procesales, y una mayor transparencia con respecto al cabildeo de la industria del arbitraje en los círculos gubernamentales.

Estos pasos no transformarán, de por sí, el sistema de arbitraje inversor-Estado. Si los Gobiernos no dan la espalda a los procesos de arbitraje de inversiones, el sistema seguirá inclinándose a favor de las grandes compañías y de la lucrativa industria del arbitraje.