

Legalizando la especulación

Publicado por el Transnational Institute (TNI) y Corporate Europe Observatory (CEO)
http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/legalised_profiteering-web.pdf

November 2011

Escrito por Nick Buxton, con aportaciones de Pia Eberhardt, Pietje Vervest y Cecilia Olivet e investigación de Evert-Jan Quak. Portada y diseño en la versión original en inglés de Ricardo Santos. Es parte de un informe más integral sobre Abogados e Inversiones y Tratados de inversiones que saldrá a principios de 2012. Versión no oficial al español de A.V./RMALC-Nov-2011

¿Cómo los abogados corporativos están alimentando el auge de arbitraje sobre inversiones?

Introducción

El 10 de marzo de 2011, la atención del mundo se centró en los acontecimientos de la nación africana de Libia. Un levantamiento popular contra Gaddafi que después de un mes se había convertido en una guerra civil a gran escala. La preocupación expresada por los rebeldes y los políticos a lo largo de la ONU fue de una posible masacre inminente. El mismo día, una importante empresa del derecho internacional, 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 sesión informativa publicada ese mismo día, decidió aconsejar a las empresas multinacionales sobre cómo defender sus ganancias amenazadas en Libia en medio de una crisis humanitaria. Cabe destacar que la información sugirió a las corporaciones que podrían utilizar los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) para demandar al Estado de Libia, afirmando que los inversionistas podrían reclamar una indemnización financiera por el incumplimiento de Libia sobre "las promesas a los inversionistas con respecto a la seguridad física y seguridad de las instalaciones, personal, etc" ¹

Freshfields - cuyo socios accionistas han ganado £1.308 millones de libras en beneficios durante 2010/11 en un momento de recesión mundial - no era la única empresa del derecho internacional en busca de defender a sus clientes en medio de una guerra civil. Dos meses después, en mayo de 2011 a la altura de los bombardeos de la OTAN, la firma internacional de abogados King y Spalding aconseja a las multinacionales que todavía podría demandar a Libia mediante reglas BIT con el argumento de que Gaddafi había creado un "ambiente insostenible, inestable e impredecible a la inversión." La bufete de abogados llegó a sugerir que sería posible hacer reclamos en contra de un posible gobierno post-Gaddafi basado en el principio de "continuidad de los estados, aunque admitió que los árbitros" podrían ser reacios a exigir una indemnización sustancial contra Libia en un momento en que se está recuperando de una importante crisis política, social y económica" ².

El caso de Libia es sólo un caso que destaca en un negocio altamente lucrativo de arbitraje de los 390 casos que han sido presentados por firmas de abogados, en nombre de las empresas multinacionales, en contra de los gobiernos. Los pagos realizados por los gobiernos en términos de compensación han llegado a decenas de miles de millones de dólares, con gastos legales por valor de decenas de millones de dólares.

Estos, sugieren una nueva variedad internacional 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 haya sacado provecho de una lesión de una persona o un accidente. Hoy en día, son empresas internacionales de abogados para hacer dinero a partir de alimentar las controversias internacionales de inversión - 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 de inversión en las universidades, han desarrollado mecanismos de financiación para facilitar la financiación de los casos, y han presionado a los políticos para evitar cambios en el régimen de inversiones. De esta manera se han mantenido y apoyado un marco jurídico internacional que es estructuralmente sesgado en favor de las empresas y perjudiciales contra los estados soberanos y la gente común.

Los abogados de arbitraje de inversión Internacional han escapado en gran medida de la atención del público, así como los casos son desconocidas y los intereses creados detrás de ellos y los costos sociales de sus acciones son en

gran parte ocultos a la vista. Por lo tanto, 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 trabajan los tribunales internacionales de arbitraje

Los tratados internacionales de inversión recompensan a los inversores extranjeros, que creen que sus inversiones han sido dañadas, con el derecho de demandar directamente a los Estados en tribunales internacionales. La mayoría de ellas ante el Banco Mundial que aloja al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el 25% tienen lugar en la Comisión de las Naciones Unidas sobre las reglas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con unos pocos casos llevados ante la Cámara del Comercio Internacional (CCI) con sede en París y ante 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 servicios de arbitraje. Por lo general son asistidos por abogados de arbitraje / consejos que les asesoran en el proceso. Con su ayuda, ambas partes participarán en la selección del tribunal de arbitraje, cada parte seleccionará un árbitro y nombrarán conjuntamente un tercero que servirá 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 se justifica una recompensa. La mayor parte de los tribunales se llevan a cabo en secreto, salvo pacto en contrario por ambas partes. Las oportunidades para desafiar las recompensas del tribunal son muy limitadas.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. Más de 3,000 tratados bilaterales de inversión ya se han firmado casi exclusivamente entre países desarrollados y en desarrollo. Casi todos los acuerdos de inversión permiten a los inversores extranjeros recurrir a los tribunales internacionales legales, tales como el Banco Mundial-Banco Internacional con sede en el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), incluso si no han utilizado previamente los mecanismos locales legales. 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. Por "inversión" se entiende en términos tan amplios, que los inversores incluso pueden reclamar no sólo por el dinero invertido, sino también por los futuros beneficios previstos.

El resultado ha sido un boom en los arbitrajes internacionales de inversión. De acuerdo con UNCTAD5, el número de casos de arbitraje internacional ha crecido de cinco en 1995 a un total de 390 casos en 2010. El rápido

crecimiento ha significado un gran negocio para las empresas legales, a medida que el arbitraje de inversión se ha convertido en una de las áreas de más rápido desarrollo del derecho internacional, que combina elementos de solución de controversias privadas, el derecho convencional y la política pública ⁶. Cuatro empresas, en particular, se han convertido en los "Cuatro Grandes" de la escena de la inversión internacional: Freshfields Bruckhaus Deringer, White & Case, King & Spalding, y Shearman & Sterling.

El promedio de las tarifas por hora de los bufetes legales van desde US\$ 500 a US\$ 1000 ⁷. Teniendo en cuenta que los arbitrajes internacionales tienden a ser manejados por un equipo de abogados y el proceso de arbitraje con frecuencia necesitan dos o más años para terminar, la factura legal de los países, especialmente los del Sur, que hacen la defensa de los casos, puede ser asombrosa - y los consiguientes beneficios para los bufetes legales son altamente significativos.⁸ El costo promedio para la contratación de un panel de tres jueces árbitros se realiza a US \$ 400,000 dólares o más - un árbitro gana US\$ 3,000 dólares diarios.⁹ En una reciente compensación a Chevron, los costos de representación y asistencia legal para Ecuador llegó a US\$ 18 millones de dólares.¹⁰ En todos los casos, los

abogados de cualquiera de los lados que participan y sea cual sea el resultado del caso crea la posibilidad de ganar importantes ingresos y beneficios.

Los bufetes de abogados manejan la mayoría de los arbitrajes en 2009-2010 ¹⁴

Rango	Bufete de abogados	Arbitrajes totales en 2009 y 2010 *	Ingreso total de la empresa y las ganancias de capital por socio (PPEP) en 2010
1	Freshfields Bruckhaus Deringer	39	\$ 1840 millones (\$ 2.110.000)
2	White & Case	27	\$ 1,28 mil millones (1,560,000 dólares)
3	King & Spalding	26	\$ 718,2 millones (1.730.000 dólares)
4	Shearman & Sterling	19	\$ 737 millones (\$ 1,56 millones)
5	Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle	17	\$ 140 millones
6	Latham & Watkins	14	\$ 1,82 mil millones (\$ 1,90 millones)
7	Cleary Gottlieb Steen & Hamilton	13	\$ 1050 millones
8	Hogan Lovells	13	\$ 1,66 mil millones (\$ 1,14 millones)
9	Clifford Chance	11	£ 1.219 mil millones (£ 933,000)
10	Debevoise & Plimpton	10	\$ 657 millones

* Total basado en los arbitrajes de tratados de inversión y los contratos.

En primer lugar, como los infames 'cazadores de ambulancias', muchos abogados se sienten motivados a buscar la manera como sea posible para aumentar el número de controversias inversionista-Estado. En algunos casos, los abogados han aprovechado el hecho de que las corporaciones multinacionales pretenden demandar en varios sitios, incluso al mismo país en múltiples tratados bilaterales de inversión.¹¹ En un caso, el empresario estadounidense Ronald Lauder presentó una demanda contra la República Checa en el marco del TBI Estados Unidos-República Checa a través de la sede de la CNUDMI.¹² Pero como había estructurado su inversión en TV Nova (una empresa de radiodifusión), a través de un vehículo de inversión holandés, hizo una demanda similar contra la República Checa en virtud del TBI Países Bajos-República Checa a través de la sede del CIADI. La República Checa fue ordenado a través del CIADI a pagar 270 millones de dólares EE.UU. más los intereses sustanciales, mientras que el otro caso fue desestimado.¹³ Los abogados por su parte ganaron US\$10 millones por ambos casos.

Incentivos para aumentar los litigios contra los países

La conversión del arbitraje sobre inversiones internacionales en un negocio lucrativo que ha proporcionado 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 de arbitraje internacional de inversiones. Pero hay muchas otras maneras de que los abogados de arbitraje puedan mejorar el negocio.

En segundo lugar, los bufetes o los abogados individuales pueden beneficiarse aún antes de la prueba final se haya establecido, lo que sucede con muchas disputas. "Es confiable ... la conclusión de que los abogados pueden llevar los casos de tratados de inversión en base a honorarios de contingencia, y que al hacerlo, la proporción del premio a los abogados puede ser muy alto (es decir, 30-50% o incluso más en raras ocasiones)," señaló un experto que deseó no ser nombrado.¹⁶ Un arreglo de pagar los honorarios de contingencia a los abogados sin necesidad de llevar a cabo el arbitraje, que puede ser atractiva en ciertos casos difíciles o débiles. Incluso cuando las tarifas de contingencia no se les pagan, los abogados todavía puede cobrar por el trabajo que han realizado y los beneficios son considerables.

¿Y qué sucede si una empresa multinacional decide que no tiene el capital inicial para iniciar una solución de controversias inversionista-Estado? Afortunadamente, los abogados emprendedores de inversión han llegado a una solución. El último desarrollo en el mundo de arbitraje de inversión es la llegada de una falange de fondos que financian

el arbitraje internacional mediante el pago de los honorarios legales y los costos iniciales para interponer una demanda a cambio de obtener una parte de la cantidad que se otorga. Varias empresas han incursionado en este mercado, incluyendo Jurídica, AllianzProfessFinanz, IM Litigation Funding, y Capital Burford. Otras empresas, como Global Arbitration & Litigation Services Ltd. con sede en Londres y Litigation Services Ltd., están especializadas en la búsqueda de financiación de terceros para un arbitraje internacional. La empresa normalmente anima a sus clientes a registrar "reclamaciones originadas por el conflicto actual de Libia", con valores de entre 1 dólar y 100 million.17

Tal vez no sea sorprendente que estos fondos de financiamiento tienen fuertes vínculos con las firmas de abogados corporativos que sirven. Selwyn Seidel, director general de Burford Capital, antes era un socio de Latham & Watkins, el bufete de abogados número seis en el negocio de arbitraje de inversión global. En una entrevista para la Global Arbitration Review se jactaba de los fuertes vínculos que tenía con los abogados de arbitraje, los institutos y los bufetes de abogados. "Estas fuentes han sido de gran ayuda para nosotros y esperamos aportar nuestra contribución para ayudar a través de un arbitraje internacional", dijo.18

Consecuencias costosas para los Estados

Las consecuencias de la rápida expansión del arbitraje de inversión puede ser atractivo para firmas de abogados, pero tiene costos para muchos estados por el pago de los honorarios de abogados, que junto con los reclamos originales de los daños han supuesto una desviación importante de recursos que los gobiernos podrían utilizar para la inversión social y ambiental. La revista The American Lawyer informó en 2011 que los costos sobre 113 casos involucró por lo menos 100 millones de dólares - una cantidad significativa de dinero para cualquier presupuesto estatal - 65 sobre la base de contratos y 48 basados al menos en parte en los tratados de inversión o legislaciones.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 llevaron a cabo después de la crisis financiera y económica de 2001. Las compensaciones contra Argentina ya han alcanzado un total de US\$ 912 millones de dólares, equivalente al salario medio anual de 75.000 médicos de hospitales públicos. Las demandas pendientes en el CIADI contra la Argentina se estima en US\$20 millones de dólares, casi 6 veces el presupuesto actual público en salud de Argentina (US\$ 3,4 mil millones de dólares) o casi tres veces el presupuesto público en educación de Argentina (US\$ 7,4 mil millones de dólares) .21

¿El derecho internacional por el interés público o de las corporaciones?

En su corazón el régimen internacional de inversiones es profundamente injusta, ya que permite a las empresas multinacionales a demandar a los gobiernos, pero los gobiernos no son capaces de utilizar los mismos mecanismos jurídicos internacionales para demandar a las empresas. Los abogados de arbitraje internacional - que se benefician tan bien desde el proceso de arbitraje - es espejo en muchos aspectos de la naturaleza corporativa, de la polarización del régimen de inversión. No sólo está basada mayoritariamente en las empresas donde los principales clientes son corporaciones, en un sistema donde las empresas sólo pueden demandar - la mayoría de empresas están activas principalmente con asesoramiento sobre la manera de demandar a los gobiernos. La mayoría de las principales leyes de arbitraje son bufetes que actúan como consejeros del lado del inversor. Sólo unos pocos se han especializado en la defensa de gobiernos.22

"Un sistema amistoso con los gobiernos haría mucho menos interesante para los inversores el interponer demandas. Por lo tanto, es un problema inherente que aquellos que quieren mantener vivo el sistema, son los que se benefician de él, tienden a inclinarse hacia el inversor ", Nathalie Bernasconi-Osterwalder, abogado senior en el Instituto Internacional sobre el Desarrollo Sostenible (IISD) 23

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

"Llevar una demanda de mil millones de dólares ya no es suficiente para destacar en un estudio de arbitraje internacional. Tampoco es suficiente para ganar unos míseros \$ 100 millones. Atención, los abogados de arbitraje: Lo

qué se necesita para distinguirse en estos días es un premio de US\$ 350 millones, como mínimo. Las presentaciones son con vencimiento a enero de 2013. "American Lawyer Magazine" 15

Esto ha alentado a una red cerrada de "viejos muchachos", en el que los consejeros y los árbitros están motivados por el intercambio de favores. Como el árbitro chileno de la élite Francisco Orrego Vicuña con sede en Calle Essex 20 de Londres, indicó al explicar su ascenso a la cima del arbitraje internacional: "Creo que acabo de ser afortunado de que los amigos se han fijado en mí con amabilidad." 24

Árbitros con la mayor actividad el número de casos en 2009-2010

Arbitro	Posición actual / afiliación	Total de los arbitrajes en 2009 y 2010 *
1	Charles Brower, (masculino, EE.UU.) Miembro auto empleado de la 20 Essex Street Chamber, profesor de Londres y como profesor invitado en la Universidad de Cambridge y profesor visitante distinguido de la Universidad de Virginia Facultad de Derecho	25
2	Gabrielle Kaufmann-Kohler (mujer, Suiza) Socio de Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra también es profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y Director del Master de Solución de Controversias Internacionales	18
3	Brigitte Stern (mujer, Francia), profesora emérito de Derecho Internacional en la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne	18
4	Bernard Hanotiau (hombre, Bélgica), socio de Hanotiau y van den Berg, Profesor en Bruselas (Profesor extraordinario) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina, Centre de Droit International	17
5	Albert Jan van den Berg (hombre, Los Países Bajos) y socio de Hanotiau van den Berg, Bruselas también profesor de Derecho de la Universidad Erasmus de Rotterdam y profesor visitante en la Universidad de Miami Escuela de Derecho	16
6	William Park (hombre, EE.UU.) Profesor de Derecho en la Universidad de Boston	15
7	Henry Alvarez (masculino, Canadá), socio de Fasken Martinau, de Vancouver. También enseña arbitraje comercial internacional y solución de controversias en la Facultad de Derecho de la Universidad de British Columbia	14
8	Karl-Heinz Böckstiegel (hombre, Alemania), profesionista independiente, Alemania. Miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia como profesor emérito	13
9	L. Yves Fortier (hombre, Canadá), socio mayoritario y presidente emérito de Norton Rose OR, Montreal	10
10	Marc Lalonde (hombre, Canadá) Profesional Independiente	10
* Total basado en el arbitraje de tratados de inversión y los contratos.		

En varias ocasiones, los gobiernos incluso han tenido que impugnar el nombramiento de los árbitros de las empresas, que estaban involucrados en otros casos de solución de controversias en contra de ellos. Algunos de los retos que llevaron a las dimisiones de los árbitros, pero no en todos. En octubre de 2009 Venezuela desafió al árbitro Robert Von Mehren con el argumento de que era un socio jubilado de Debevoise & Plimpton, pero mantenía una oficina y servicios de secretaría de los casos de la misma firma, que era al mismo tiempo el que representaba a los demandantes en un caso similar contra Venezuela en ese mismo año (Holcim versus Venezuela). Pero su apelación fue rechazada. 25

Un sesgo a favor de las empresas se hace aún más probable por el hecho de que los consejeros de inversión y los árbitros a menudo sirven en la junta de directores de las entidades comerciales (y se les permite legalmente) con intereses financieros o de otro tipo.

El Canadiense Yves Fortier, alguna vez nombrado 'el más activo árbitro del mundo' por una revista líder en el arbitraje es sólo un ejemplo de ello: mientras que era el socio senior del bufete de abogados Ogilvy Renault, fue también árbitro y director de la gigante minera Rio Tinto plc y antes fue el presidente de la empresa minera canadiense Alcan. La industria extractiva es uno de los demandantes más poderoso dentro de sistema de arbitraje 26. Sin embargo, Fortier es conocido por haber presidido más de cinco casos de arbitraje conocidos en la industria extractiva demandante. Forbes estima que su remuneración total de Rio Tinto en 2010 a EE.UU. \$ 172.000 dollars. 27 Rio Tinto también mostró su agradecimiento al mundo de la ley de inversiones y Fortier por la financiación de la L. Yves Fortier Presidente de Arbitraje Internacional y Derecho Comercial Internacional en la Facultad de McGill de la ley.

"Figuras destacadas de la industria a menudo se ubican como árbitros, mientras que el asesoramiento y representación de los demandantes o demandados y al mismo tiempo promueven cláusulas de arbitraje en los contratos de inversión, los tratados o las reglas de arbitraje. Esto proporciona una base para la sospecha razonable de parcialidad en el sistema de tratados de inversión". Abogado de Inversiones que deseaba no se citara su nombre.²⁸

Fortier ha anunciado recientemente que tiene planes de retirarse de su bufete de abogados a finales de 2011 diciendo: "Ser un árbitro internacional como ser miembro de una práctica legal global puede crear riesgos inherentes a los conflictos." ³⁰ También renunció a la Junta de Rio Tinto, pero informes de prensa no sugieren que la preocupación por el conflicto de intereses fuera la principal razón para su salida. Más bien parecía que su renuncia fue forzada por Rio Tinto para apaciguar a los accionistas que querían castigar a Fortier y otros en la Junta por un fracaso en la adquisición por US\$38 mil millones del grupo canadiense de aluminio Alcan en 2007,³¹

En un caso conocido, un árbitro fue cuestionado por sus relaciones empresariales con un banco. En el caso Vivendi contra Argentina, la Argentina argumentó que la compensación debería ser anulada dado que uno de los árbitros, Gabrielle Kaufmann-Kohler, carecía de independencia e imparcialidad, pues también era miembro del Comité de Responsabilidad Corporativa, del banco suizo UBS, que en el momento era el mayor accionista de Vivendi reclamante. Sin embargo, aunque el comité ad hoc del CIADI, fue crítico al juzgar que Kaufmann-Kohler falló al no revelar sus posibles conflictos de intereses, los miembros del comité se negaron a anular la adjudicación. Ellos argumentaron que la independencia del árbitro suizo no se vio afectada en realidad y que sería injusto negar a los demandantes el beneficio de la concesión debido a las fallas de los árbitros, y a los largos procedimientos. ³²

"A través de la enseñanza académica, conferencias, investigaciones y publicaciones, los abogados de Levy Kaufmann-Kohler están constantemente a la vanguardia de la evolución del derecho de arbitraje internacional" ³⁵. Sitio Web de la firma de abogados Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra

Apuntalando un sistema injusto, pero lucrativo

El régimen de inversión 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 de arbitraje sobre inversión pública también han expresado su preocupación, tales como Philippe Sands de la cámara Matrix con sede en Londres, que cuestionó lo "apropiado" del un sistema de "puertas giratorias" .³³ El profesor de Derecho Gus Van Harten ha dicho que el arbitraje de tratados de inversión es incompatible con la Estado de Derecho.³⁴ Sin embargo, sus voces han sido una minoría y han quedado completamente eclipsadas por el cabildeo activo de la mayoría de las empresas de bufetes de abogados para apuntalar un sistema injusto, pero altamente lucrativo.

Apoyo intelectual

El cabildeo político está respaldado por una considerable promoción de la solución de controversias inversionista-Estado y los derechos de los inversionistas por los abogados de arbitraje en el mundo académico. Los que invierten en el sistema financiero son algunos de los defensores principales de la misma dentro de la esfera ideológica y académica.

Una mirada cercana a la tabla anterior revela que casi todos los árbitros más ricos y de mayor éxito con frecuencia son los que enseñan en las escuelas de derecho público y privado.

La explosión de los cursos de arbitraje internacional ha dado a los árbitros y los consejeros un amplio espacio para promover el sistema de arbitraje de inversión. Además, el secretismo y la falta de transparencia de la mayoría de los casos de arbitraje les permite defender sus argumentos y compartir información sin los controles normales académicos 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. La firma de abogados firmó un contrato con el Instituto de Capacitación e Investigación de las Naciones Unidas (United Nations Institute for Training and Research -UNITAR) para llevar a cabo un nuevo curso de aprendizaje electrónico titulado "Introducción al Arbitraje de Inversión", que tuvo lugar entre el 14 y 15 de abril de 2011,

38 Veintiún abogados, funcionarios y profesionales de la mayoría de los países en desarrollo y de economías en transición asistieron al curso, todos son futuros clientes potenciales para Lalive.

Con el aumento en el número de casos inversionista-estado, por lo menos un 30-40% por año, 36 lo último que la mayoría de los abogados de inversión quieren es una reforma radical, definiciones más estrictas o salvaguardas, ya sea en el sistema de arbitraje o el texto de los mismos tratados de inversión. Sin embargo los abogados de arbitraje de inversión se enfrentan a esa posibilidad cuando la Unión Europea en 2009 acordó, en el Tratado de Lisboa, un cambio de la competencia de los acuerdos de inversión de los Estados miembros de la Unión Europea. En respuesta los abogados sobre inversiones salieron con fuerza a presionar a la Comisión de la UE y al Parlamento Europeo para mantener el *status quo* y argumentan en contra de cualquier cambio de los 1,300 tratados bilaterales existentes de los estados miembros de la UE.

Mediante correos electrónicos el Observatorio Europeo de las Corporaciones (Corporate European Observatory) obtuvo, después de una solicitud de acceso a la información a la Dirección General de Comercio de la Comisión de la UE y de entrevistas con miembros clave del Parlamento Europeo, que quedaba evidente que los bufetes de abogados presionaron enérgicamente contra futuros cambios en la política de inversión. Lo hicieron mediante la organización de mesas redondas y conferencias en Bruselas, Londres y Frankfurt entre los principales inversores institucionales extranjeros y funcionarios de la Comisión y mediante el cabildeo de los diputados clave en la Comisión del Parlamento Europeo de Comercio Internacional (INTA).³⁷ En una reñida votación en el INTA el 13 de abril de 2011, los grupos de presión, finalmente se salieron con la suya. El Comité concedió poderes más débiles a la Comisión para revisar tratados bilaterales de inversión existentes en los Estados miembros y también limita las razones por las que la Comisión puede revocar la autorización de ciertos Tratados Bilaterales de Inversión.

Conclusión:

La revista *The American Lawyer* se jactó de que el arbitraje era un "secreto del mundo" formado por los "casos más grandes que nunca han oído hablar de ellos".³⁹ Esto sin duda ha sido el caso de las multinacionales en todo el mundo que han aprovechado de un régimen de inversión injusto para demandar a los gobiernos soberanos por millones de dólares. El costo total se ha sentido en la desviación de los limitados presupuestos gubernamentales retirando gasto social y debilitando la capacidad de los gobiernos para proteger a sus ciudadanos de los abusos corporativos. En todo el proceso los abogados han sido ampliamente ignorados o vistos como intermediarios neutrales.

Sin embargo, la evidencia sugiere que no sólo los abogados tienen un gran interés en el actual régimen internacional de inversiones, sino que perpetúan y exacerbaban su profunda injusticia. Con un gran beneficio económico personal, los abogados de arbitraje han buscado activamente los casos, explotan las lagunas y ha 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 los círculos académicos y mediante el cabildeo político directo. El resultado final ha sido el mantenimiento de un régimen que continuamente funciona a favor de los inversionistas sobre los gobiernos soberanos. A medida que el régimen internacional de inversiones esté bajo desafío público, es hora de que los actuales cazadores de ambulancias internacionales aclaren la forma en que se han beneficiado personalmente y acepten una reforma radical.

"Nunca he visto tanta atención extrema y exclusiva sobre los intereses corporativos ... nadie pensó en otra cosa que la protección de la industria." Carl Schlyter, MEP, Diputado Secretario en el Parlamento Europeo sobre los tratados bilaterales de Inversión de los estados miembros.⁴⁰

Alternativas

La mayoría de los problemas presentados en el estudio se resolvería si la solución de diferencias se limitara 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 individual o a un sector. Con el fin de que los inversores no privilegiar a los inversionistas extranjeros sobre los nacionales o los ciudadanos, los Estados deben revisar sus tratados de inversión con el fin de sustituir el actual sistema inversionista-Estado de arbitraje de un estado a estado (según lo propuesto por varios países, incluyendo Australia).

Pero, mientras que los países sigan estando atrapado por un sistema de solución de controversias inversionista-Estado, los siguientes cambios son necesarios para evitar a los abogados y bufetes de abogados sobre inversiones que explotan el sistema de controversias inversionista-estado:

- La industria de arbitraje no debería jugar ningún papel en la solución de controversias relativas a inversiones que afecten a cuestiones de derecho público y la política debido a que su interés financiero significativo en el campo es incompatible con los principios de independencia e imparcialidad judicial. Los Estados deben revisar sus tratados de inversión con el fin de salir de las instalaciones del CIADI y otras instituciones de arbitraje comercial de controversias sobre inversiones.
- Las controversias sobre Inversión deben ser resueltas por órganos independientes de adjudicación. Estos podría ser los tribunales nacionales u organismos creados específicamente con la sesión "jueces" que gozan de garantías objetivas de independencia e imparcialidad, y son responsables ante el público en general y con experiencia jurídica en el ámbito de la regulación / legislación pública. Un grupo de trabajo del bloque regional de América Latina UNASUR ha propuesto un Tribunal Permanente de Arbitraje para resolver controversias relativas a inversiones, donde los árbitros seleccionados no se les permita mantener otros cargos.
- Teniendo en cuenta el interés de firmas de abogados en el debate sobre la reforma del régimen internacional de inversiones, los políticos deberían tener cuidado con sus consejos.
- Se debe imponer un límite a los costos de abogados y árbitros. Dentro de UNASUR, los países han propuesto un Centro de Asesoría Legal que podrían representar los intereses de los estados de ser demandado y seguiría el modelo del Centro Legal para la Solución de Diferencias de la OMC, cuyos servicios son diez veces más baratos que los costos de las empresas de derecho internacional . Otra solución propuesta es la creación de una norma internacional que establezca límites máximos en los gastos legales.
- Los abogados con intereses económicos en el arbitraje no se les debe permitir participar en enseñanza del derecho de arbitraje.

RMALC/A.V. Nov. 2011

Citas:

1. <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2011/mar11/30021.pdf>; accessed 2 November 2011.
2. <http://www.kslaw.com/imageserver/KSPublic/library/publication/ca051711.pdf>; accessed 2 November 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>; accessed 2 November 2011.
7. [Http://www.americanlawyer.com/amlaw100](http://www.americanlawyer.com/amlaw100); accessed 30 October 2011
8. See endnote 4.
9. Ibid.; ICSID (2008): Schedule of Fees, January 1.
10. www.chevron.com/chevron/pressreleases/article/08312011_chevronawarded96millioninarbitration_claimagainstthegovernmentofecuador.news; accessed 2 November 2011.
11. This phenomenon has led some corporations to assert their location in a country based on merely having a postbox there. The Californian construction giant, Bechtel, did this after it was thrown out of Cochabamba Bolivia in 2000, using a postbox in the Netherlands to sue Bolivia under a Netherlands-Bolivia BIT.
12. <http://www.unctad.org/iia-dbcases/cases.aspx>
13. See endnote 4.

14. Focus Europe (2011): Arbitration Scorecard 2011. Top Ten Arbitrators, 1 July 2011, <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202498054264> [accessed on 24 October 2011]; additional internet research.
15. Michael D. Goldhaber (2011), High Stakes, American Lawyer Magazine, 1 July <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleFriendlyTAL.jsp?id=1202498051923>; accessed 2 November 2011.
16. Interview on 20 September 2011 with legal expert who wants to remain anonymous.
17. <http://www.globalarbitrationlitigation services.com/lcp.html>; accessed 2 November 2011.
18. Global Arbitration Review: Third-party funder raises US\$130 million in flotation, Friday, 23 October 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. See endnote 5; <http://edant.clarin.com/diario/2008/04/06/elpais/p-02201.htm>; calculations of the average salary of a doctor in Argentina based on: <http://www.semanaprofesional.com/?nota=22581>; public budget figures based on: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/proy2012/ley/pdf/anexo_estadistico/cuadros_comparativos/cap1cu02.pdf; all accessed 2 November 2011.
22. Analysis based on <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202503347678>.
23. Corporate Europe Observatory interview with Nathalie Bernasconi-Osterwalder, 17 March 2011.
24. <http://gearbpucminas.blogspot.com/2010/12/latin-lawyer-interview-with-chilean.html>; accessed 2 November 2011.
25. Procedural requirements for arbitrator challenges, Investment Treaty News, 23 September 2010; <http://www.iisd.org/itn/2010/09/23/procedural-requirements-for-arbitrator-challenges-finding-fault-with-cemex-v-venezuela/>; accessed 2 November 2011.
26. Institute for Policy Studies (2010): Mining for profits in international tribunals.
27. <http://people.forbes.com/profile/l-yves-fortier/97098>; accessed 2 November 2011.
28. Interview with lawyer on 16 September 2011, in confidence.
29. Focus Europe (2011): Arbitration Scorecard 2011. Top Ten Arbitrators, 1 July 2011, <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202498053372>; accessed on 24 October 2011; additional internet research.
30. <http://www.nortonrose.com/news/57534/revered-international-arbitrator-yves-fortier-leaving-norton-rose-or-to-establish-independent-practice>; accessed 2 November 2011.
31. <http://www.theage.com.au/business/alcan-fallout-crushes-sir-rod-20110304-1bhej.html>; accessed 2 November 2011.
32. Johnson, L. (2010), Annulment of ICSID Awards: Recent developments, background papers for IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, New Delhi, October 27-29.
33. Peterson, Luke Eric (2010): Arbitrator decries 'revolving door' roles of lawyers in investment treaty arbitration, 22 February, http://www.iareporter.com/articles/20100226_1; accessed 2 November 2011.
34. See endnote 3.
35. <http://www.lk-k.com/uk/our-firm.html>; accessed on 2 November 2011.
36. Bernasconi-Osterwalder, Nathalie (2010): European Parliament Hearing on Foreign Direct Investment, November, 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-lalve-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; accessed 2 November 2011.
40. Corporate Europe Observatory interview with MEP Carl Schlyter, 24 March 2011. <http://www.corporateeurope.org/global-europe/blog/pia/2011/03/24/mep-lobbyism-main-reason-bad-policy>.