

La justicia al servicio de las multinacionales

“Todo lo que tienen que hacer es blandir la amenaza de arbitraje de Vincent Arpoulet y Meriem Laribi.

Une justice au service des multinationales. Mars 2024, page 19

« Tout ce qu’elles ont à faire, c’est brandir la menace de l’arbitrage por Vincent Arpoulet y Meriem Laribi. Mars 2024, page 19

<https://www.monde-diplomatique.fr/2024/03/ARPOULET/66651>

Reproducido por <https://www.isds.bilaterals.org/?une-justice-au-service-des>

A menudo la gente no sabe que, gracias al mecanismo de arbitraje internacional, las empresas son capaces de alinear a los Estados, a veces desafiando las leyes o las Constituciones. Este sistema de justicia privado con prácticas opacas aparece, sin embargo, en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión (TBI), firmados con el pretexto de facilitar el movimiento de capitales.

Tan pronto como asumió el cargo, mientras el mundo experimentaba un fuerte aumento de los precios del petróleo, el presidente ecuatoriano Rafael Correa (2007-2017) quiso aumentar la proporción de excedentes que iba al Estado del 50% al 99%. El Parlamento le obliga a conformarse con el 80%. Esto sigue siendo demasiado para la multinacional Perenco, que explota las reservas del país. Denuncia una “expropiación indirecta” y remite el asunto al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), un “tribunal” adscrito al Banco Mundial que está bien establecido en materia de arbitraje (1). La empresa matriz de Perenco está registrada en las Bahamas, un paraíso fiscal, pero el grupo cita su sede en la capital francesa para invocar un tratado bilateral de inversiones (TBI) firmado en 1994 entre París y Quito. Exige 1.420 millones de dólares, o el 2,27% del producto interno bruto (PIB) de Ecuador en 2008.

El señor Correa denuncia el sistema y saca a Ecuador de la jurisdicción del CIADI. El artículo 422 de la Constitución que adoptó en 2008 (respetando una promesa electoral) establece que el Estado ecuatoriano tiene prohibido ceder “su jurisdicción soberana a órganos de arbitraje internacional”. También inicia un (largo) proceso de revisión de los TBI que da lugar a una serie de denuncias. La del acuerdo firmado entre París y Quito se produjo en 2017. Desgraciadamente, una “cláusula de supervivencia” que se encuentra en el corazón de los TBI prevé que el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) sigue siendo aplicable diez o veinte años después de su denuncia. , quince años para el TCE Francia-Ecuador. Por tanto, en 2021, Perenco está satisfecho. Por su parte, el presidente conservador Guillermo Lasso (2021-2023) ha reincorporado a Ecuador al CIADI, que impone una multa de 400 millones de dólares a Quito: el señor Lasso lo gobierna como una piedra.

La demanda presentada por Perenco contra Ecuador es sólo un ejemplo entre cientos de situaciones en las que los Estados ven intereses privados pisoteando su soberanía. El proveedor sueco de electricidad Vattenfall exigió 1.400 millones de dólares a Alemania en 2009 porque la ciudad de Hamburgo hizo que sus operaciones "no fueran rentables" al

votar a favor de prohibir una central eléctrica contaminante alimentada con carbón. la empresa estadounidense Prospera exigió a Honduras 10.800 millones de dólares (dos tercios del presupuesto nacional) en 2022 por haber suspendido la creación de una ciudad privada escapando a cualquier legislación en la isla de Roatán; En 2015, Argentina fue condenada a pagar más de 400 millones de dólares después de haber sido demandada por varias empresas, incluidas Suez y Vivendi, por congelar los precios del agua y la electricidad a raíz de la crisis financiera de 2001-2002.

En el CIADI, uno de los 60 centros de arbitraje identificados por las Naciones Unidas (ONU), el número de demandas interpuestas por multinacionales se ha duplicado en diez años, alcanzando un total de 998 desde la creación de la institución CIADI (2). Hasta la fecha, 132 países han respondido a una o más solicitudes de ISDS según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que afirma: “Dado que algunos arbitrajes pueden permanecer completamente confidenciales, es probable que el número real de disputas depositadas sea superior (3). »

Todo ocurre a puerta cerrada.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las nacientes Naciones Unidas consideraron que el desarrollo de las relaciones comerciales entre los Estados representaba la condición para mantener una paz duradera, siempre y cuando se establecieran reglas. La *lex mercatoria*, un conjunto de normas moldeadas por la costumbre y el uso desde la época medieval, fue reemplazada por el derecho comercial internacional moderno con la creación, en 1966, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La creciente influencia del sector privado en esta nueva arquitectura jurídica está dando lugar a una proliferación de acuerdos bilaterales de libre comercio. ¿Su particularidad? El 93% de ellos incluyen un mecanismo ISDS (4) y por tanto el uso del arbitraje para la resolución de disputas. Los defensores de esta justicia privada, alejada de cualquier influencia estatal, creen que garantiza una imparcialidad de la que los tribunales nacionales serían incapaces.

Los primeros TBI firmados durante el proceso de descolonización de la década de 1960 tenían como objetivo proteger a los inversores de los países occidentales. La continuidad colonial está asegurada: los países del Sur siguen sujetos a la depredación de las multinacionales. Treinta años después, estos tratados se multiplicaron en el Norte, cuando los conservadores decretaron, tras el colapso de la URSS, que “no hay alternativa” al capitalismo neoliberal. Así comienza un segundo tipo de colonialismo: la influencia de las corporaciones sobre la mayoría de los países del mundo. Los TBI incluyen convenientemente un conjunto de cláusulas más o menos vagas que abren posibilidades a múltiples interpretaciones, como la "prohibición de cualquier expropiación directa o indirecta" o el "trato justo y equitativo", estipulación según la cual la legislación nacional no debe socavar las normas internacionales de inversión. Por lo tanto, no se trata sólo de restringir el margen de maniobra del Sur en beneficio del Norte, sino de violar el principio mismo de soberanía de los Estados.

En este sistema, sólo los inversores extranjeros pueden atacar a los Estados; lo contrario no es posible. Todo ocurre a puerta cerrada, a veces durante años. Las sentencias, que en la mayoría de los casos perjudican a los países, se pagan con dinero público. Y esto a pesar de que muy a menudo las sumas estratosféricas que las multinacionales intentan obtener no se corresponden en modo alguno con sus inversiones iniciales. Prueba de ello es el caso que enfrenta desde 2006 a Nasser Al-Kharafi contra Libia. El arbitraje condenó al país norteafricano en 2013 a pagar cerca de mil millones de dólares al multimillonario kuwaití, que sólo había invertido cinco millones de dólares en una empresa turística. El proyecto nunca comenzó. Un cómodo “salto mortal” destinado a compensar una supuesta “pérdida de ingresos” (5).

Mientras Trípoli se niega a pagar, el grupo Al-Kharafi intenta, en una especie de Monopolio a escala real, obtener el embargo de activos libios: fondos depositados en cuentas de la Société Générale, del edificio Fnac de Ternes, en París, o de la sede presidencial. Avión estacionado en Perpiñán. A estas alturas, es un fracaso para el inversor, en particular debido a la congelación de la mayoría de los activos de Libia en el extranjero desde 2011 y a la protección de los fondos soberanos en Francia (6). Pero el episodio demuestra que cuando un Estado intenta resistir, se expone a una presión internacional considerable. De hecho, el mercado de arbitraje puede ser tan jugoso que atrae a inversores conscientes de las perspectivas de beneficios ligadas a este sistema.

Un mercado igualmente lucrativo para los miembros de los “tribunales” encargados de resolver estas disputas. En el CIADI, estos pueden estar compuestos por un único árbitro si las dos partes están de acuerdo, o por tres árbitros, uno designado por el Estado, otro por la empresa y un tercero, el presidente, elegido por los dos primeros. Teóricamente no se exige ninguna cualificación, pero el CIADI especifica que deben ser personas “con reconocidas competencias en materias jurídicas, comerciales, industriales o financieras (7)”. La mayoría de los árbitros son ex magistrados, abogados comerciales que desarrollaron sus carreras en torno al arbitraje o incluso líderes empresariales. No están obligados a dominar el derecho internacional, ni a tener en cuenta la Constitución y las leyes del país en el que se realiza la inversión. Esta justicia paralela pone el destino de los Estados en manos de personas con intereses financieros. Su remuneración, imposible de valorar, depende del negocio. Fuentes internas hablan de varios miles de dólares al día. “No se benefician de ninguna legitimidad soberana y no rinden cuentas ante el público. Sus decisiones (...) no están sujetas a apelación”, señala un sitio especializado en análisis ISDS (8).

Los árbitros suelen estar en el centro de conflictos de intereses opacos. Este es el caso de la señora Gabrielle Kaufmann-Kohler, elegida como árbitro en los casos entre Vivendi y Suez y el Estado argentino. La abogada había sido nombrado director del banco suizo UBS, principal accionista de las dos empresas, pero no consideró pertinente informar al tribunal de arbitraje. Argentina intentó impugnar su veredicto a favor de Vivendi y Suez y denunciar el conflicto de intereses ante distintas autoridades, en vano. El artículo 58 de los estatutos del CIADI estipula que cualquier recusación de un árbitro debe ser aprobada

no por un tercero imparcial, sino por los otros dos miembros del jurado, que generalmente operan en las mismas esferas. Este suele ser el caso del personal político que se supone representa los intereses de los Estados. Tras ratificar el tratado del CIADI en 1986, el Ministro de Relaciones Exteriores, Édgar Terán (1984-1987), vio su firma de consultoría jurídica Terán & Terán contratada en 2002 por el grupo IBM para representarlo en su propio país, Ecuador, ante el CIADI. (9). En París, la Sra. Agnès Pannier-Runacher, cuyo padre e hijos menores tienen intereses directos en Perenco, era Ministra Delegada a cargo de Industria en el momento de la condena de Ecuador. Luego fue ascendida a Ministra de Transición Energética, cargo que ocupó hasta el 11 de enero de 2024. Pero tengan la seguridad de que un decreto de noviembre de 2022 le prohibía abordar cuestiones relacionadas con esta empresa.

Rechazar el conteo

Según datos de la UNCTAD, entre 1987 y 2021, el 38 % de los litigios dieron lugar a una decisión que no penalizaba a los Estados (que, sin embargo, nunca obtienen una compensación financiera), mientras que las empresas obtuvieron una indemnización favorable en el 47 % de los casos (10). De hecho, el 28% de las sentencias dictadas son a favor de las empresas y el 19% se dice que están “resueltas”, lo que significa que se ha llegado a un acuerdo. Sin embargo, la amenaza del arbitraje a menudo lleva a los Estados a hacer concesiones sobre sus intereses legítimos o a pagar multas por adelantado por miedo a verse privados al final del arbitraje. En el caso entre Vattenfall y Alemania, la autoridad medioambiental de Hamburgo tuvo que abandonar sus exigencias. El 15% restante de los casos son abandonados o concluidos sin sentencia.

El derecho comercial internacional moderno que supuestamente calmaría las relaciones en el mundo de la posguerra terminó favoreciendo una forma de dumping en beneficio del sector privado, que no se ilustra con sus preocupaciones ecológicas, sanitarias o sociales. Para el periodista británico Matt Kennard (11), “esto da a las empresas el instrumento necesario para impugnar e incluso oponerse a las políticas públicas. Todo lo que tienen que hacer es amenazar con el arbitraje. Ahora es una preocupación constante para los gobiernos que paraliza el desarrollo de políticas en beneficio de la gente”.

Muchos Estados se preguntan sobre la utilidad de participar en un sistema de ese tipo. Otros han demostrado que pueden prescindir de él. Brasil, que nunca ha ratificado un TBI, tiene una de las estructuras industriales más desarrolladas de América Latina. Bajo el liderazgo del Partido de los Trabajadores (PT, izquierda), en el poder de 2002 a 2016, Brasilia rechazó el sistema ISDS para proteger el desarrollo económico nacional. Demostrando así que los Estados pueden negarse a dar su consentimiento para su recuento.

Note(s) :

(1) « Lire Maude Barlow et Raoul Marc Jennar, « Le fléau de l'arbitrage international », ainsi que Benoît Bréville et Martine Bulard, « Des tribunaux pour détrousser les États », Le Monde diplomatique, respectivement février 2016 et juin 2014. »

- (2) ĩ»¿ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi).
- (3) ĩ»¿ « Total number of known investment treaty cases rises to 1257 », Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced), 19 avril 2023.
- (4) ĩ»¿ Elvire Fabry et Giorgio Garbasso, « L'"ISDS" dans le TTIP. Le diable se cache dans les détails » (PDF), Policy Paper, n° 122, Institut Jacques Delors, Paris-Berlin, 13 janvier 2015.ĩ»¿
- (5) ĩ»¿ Tarek Badawy, « The Al-Kharafi v. Libya award and the jurisdictional limits of Egyptian courts », African Arbitration Association, 24 juillet 2020.
- (6) ĩ»¿ Nessim Aït-Kacimi, « Le fonds souverain libyen échappe à la saisie de ses actifs en France », Les Échos, Paris, 30 décembre 2022.ĩ»¿
- (7) ĩ»¿ « Convention et règlement du Cirdi » (PDF), Cirdi, avril 2006.
- (8) ĩ»¿ « Les bases », ISDS Platform.
- (9) ĩ»¿ Rapport de la Commission équatorienne pour l'audit citoyen complet des traités bilatéraux d'investissement et du système d'arbitrage en matière d'investissement (Caitisa), 2015.
- (10) ĩ»¿ « Facts on investor-state arbitrations in 2021 : with a special focus on tax-related ISDS cases » (PDF), Cnuced, juillet 2022.
- (11) ĩ»¿ Coauteur avec Claire Provost du Coup d'État silencieux, Éditions Critiques, Paris, 2024.ĩ»¿
-
-