



Cuando la injusticia es negocio

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



T
N
I

Cuando la injusticia es negocio

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



Autoras: Pia Eberhardt y Cecilia Olivet,
con aportaciones de Tyler Amos y Nick Buxton

Editora: Helen Burley

Diseño e ilustraciones: Ricardo Santos

Traducción al español: Beatriz Martínez

Bruselas/Amsterdam, noviembre de 2012

Publicado por Corporate Europe Observatory y Transnational Institute

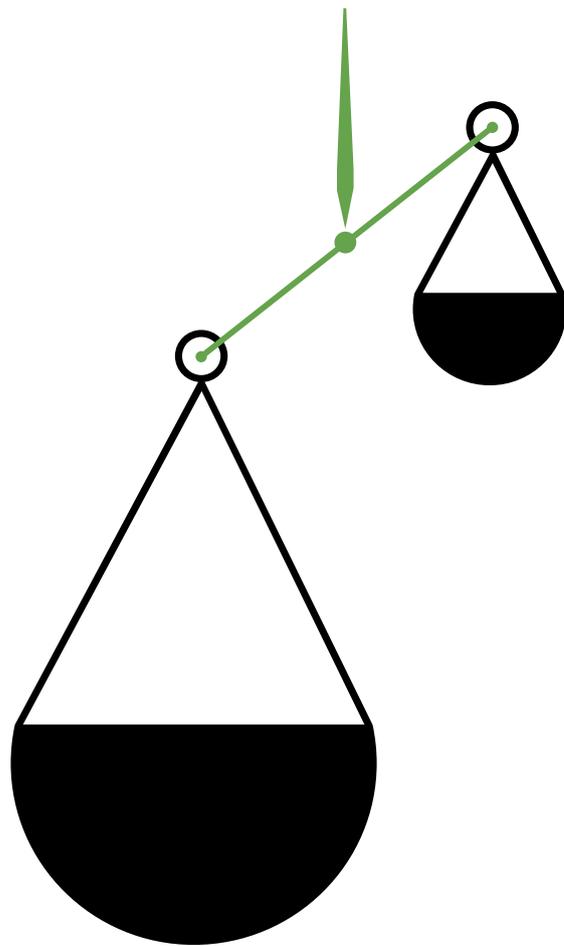
El material de este informe se puede citar o reproducir sin fines comerciales, siempre y cuando se indique la fuente de información.

Agradecimientos

Nos gustaría dar las gracias, entre otras personas, a Christian Bellak, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Peter Fuchs, Rhea Hoffmann, Taylor St John y Erik Wesselius por las discusiones y los valiosos comentarios sobre los diversos borradores del texto. Gracias también a Pauline Gairanod por su apoyo en la investigación. Finalmente, le agradecemos a la organización católica de cooperación al desarrollo Misereor-Alemania su respaldo financiero a la publicación.

Índice

Resumen ejecutivo	7
Capítulo 1 Introducción	10
Capítulo 2 Controversias relacionadas con tratados de inversión: Un gran negocio para la industria del arbitraje	12
Capítulo 3 Tiburones legales: alimentando la demanda del arbitraje de inversiones	18
Capítulo 4 ¿Quién vigila a los guardianes? Los conflictos de interés de los árbitros de inversiones	34
Capítulo 5 Especulando con la injusticia: Financiación de controversias relativas a inversiones por parte de terceros	56
Capítulo 6 El caballo de Troya de la academia: ¿Está la industria del arbitraje socavando la investigación independiente?	64
Capítulo 7 Conclusión y recomendaciones - El arbitraje de inversiones: Una lucrativa industria construida sobre un espejismo de neutralidad	70



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 representantes de las partes (o consejeros), 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 costos 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.

Capítulo 1

Introducción

“ De poco sirve ir a juicio contra el diablo cuando el tribunal se lleva a cabo en el infierno. ”

Humphrey O'Sullivan, *The Diary of an Irish Countryman*, 1831



¿Irías a juicio contra el diablo si el tribunal tuviera lugar en el infierno? Claro que no. Sin embargo, los Gobiernos lo han hecho cientos de veces. Y siguen haciéndolo.

En las controversias relativas a inversiones internacionales las compañías multinacionales pueden demandar a un Gobierno si este ha tomado alguna medida que la multinacional considere perjudicial para sus ganancias. Por ejemplo, el gigante del tabaco Philip Morris presentó una demanda contra Uruguay y Australia porque estos dos países introdujeron advertencias obligatorias sobre los riesgos para la salud en las cajas de cigarrillos. La compañía energética Vattenfall, por su parte, demandó a Alemania porque el país decidió abandonar gradualmente la energía nuclear.

Estos casos se dirimen ante un tribunal internacional de árbitros: tres personas que deciden qué es más importante, si los beneficios privados o el interés público. En todo el mundo, estos tribunales han otorgado a grandes compañías millones de dólares procedentes de los bolsillos de los contribuyentes, muchas veces para compensar el supuesto impacto que han tenido sobre las ganancias de esas compañías leyes adoptadas democráticamente con el objetivo de proteger el medio ambiente, la salud pública o el bienestar social.

Las bases jurídicas para la interposición de estas demandas se hallan en los tratados de inversión entre Estados. Históricamente, estos tratados fueron establecidos por Gobiernos occidentales para proteger a sus compañías cuando estas invertían en el exterior. El fin era garantizar a sus inversores el acceso a un sistema de solución de controversias justo e independiente en caso de que tuvieran problemas con el Estado de acogida. Se consideraba que los tribunales del propio Estado de acogida eran demasiado parciales, demasiado lentos y, a veces, demasiado corruptos como para desempeñar ese papel. Y de ahí surgió la idea de un organismo 'neutral' de expertos jurídicos, los árbitros, que debían actuar como mediadores independientes.

La idea de que el arbitraje de inversiones es un espacio justo e independiente para resolver controversias entre multinacionales y Gobiernos es una de las principales justificaciones de un sistema que cuesta muy caro a los contribuyentes y que socava la capacidad de Gobiernos soberanos para actuar en pro de los intereses de sus ciudadanos y ciudadanas.

Este informe arguye que la presunta imparcialidad e independencia del arbitraje de inversiones es totalmente ilusoria. Las leyes y las ulteriores demandas están determinadas en gran medida por firmas de abogados, árbitros y, últimamente, por una ristra de especuladores que ganan mucho dinero con los pleitos. Impulsada por sus propios intereses económicos, esta 'industria del arbitraje' promueve activamente un creciente número de demandas por parte de corporaciones, creando, al mismo tiempo, las lagunas jurídicas y los mecanismos de financiación que necesita para asegurar su propia continuidad. Esta industria también es responsable de inflar su propio negocio con una interpretación de los tratados favorable a los inversores. Mientras tanto, los abogados especializados en inversiones luchan duro para que el sistema de arbitraje de inversiones permanezca intacto frente a las críticas, tanto con su labor en círculos académicos como con el cabildeo político directo en contra de toda reforma que persiga el interés público.

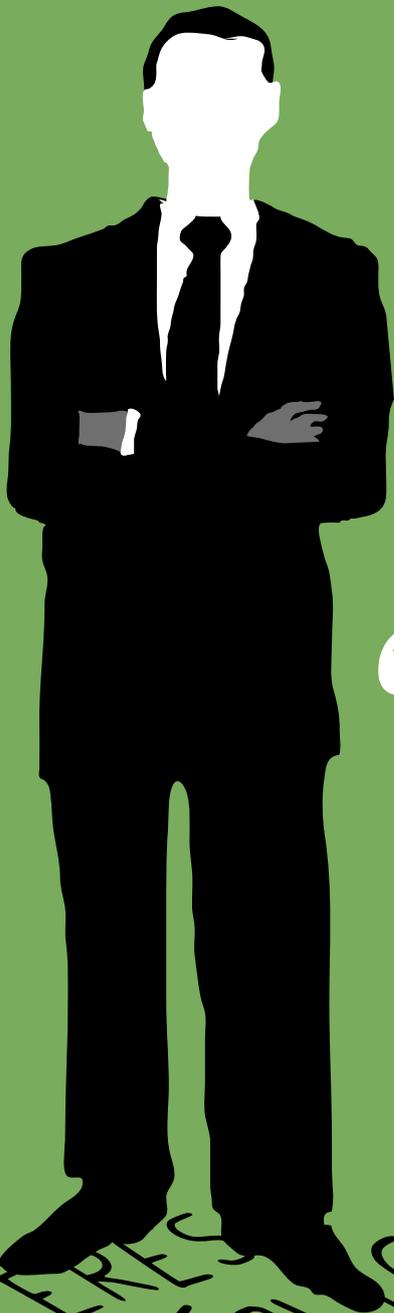
Al firmar los tratados de inversión y aceptar las condiciones de arbitraje, los Estados han aceptado, en efecto, que el diablo los pueda demandar en el infierno.

Los abogados, los árbitros y los financiadores del arbitraje de inversiones han escapado en gran medida de la mirada pública. Muchos de sus casos se desconocen; algunos nunca llegan a hacerse públicos. Los intereses económicos tras sus acciones se esconden tras un grueso manto de retórica jurídica sobre la independencia e imparcialidad judicial, y la promoción del estado de derecho. Ya es hora, por tanto, de arrojar luz sobre los principales actores de la industria del arbitraje, que impulsan las injusticias de las reglas globales de inversión al tiempo que se benefician de ellas.

Capítulo 2

Controversias relacionadas con tratados de inversión

Un gran negocio para la industria del arbitraje



“ Los tratados bilaterales de inversión pueden plantear profundos y graves riesgos a las políticas del Gobierno. ”

Funcionario del Gobierno sudafricano¹

Después de la catástrofe nuclear de Fukushima, el Gobierno alemán decidió que abandonaría gradualmente la energía nuclear. Para proteger la salud pública, los Gobiernos de Uruguay y Australia introdujeron advertencias sanitarias obligatorias en las cajas de cigarrillos. Para corregir las desigualdades generadas por el régimen del *apartheid*, el Gobierno sudafricano concede a las personas negras ciertos privilegios económicos. ¿Qué tienen en común estos escenarios? Todos han sido cuestionados legalmente por compañías que consideraban que las medidas gubernamentales iban en detrimento de sus ganancias. Sin embargo, esas compañías no cuestionaron las medidas nacionales en los tribunales de los respectivos países de acogida, sino que demandaron a los Gobiernos ante un tribunal internacional de árbitros especializado en la solución de diferencias relativas a inversiones internacionales. En los últimos 20 años, muchos de estos tribunales han otorgado a grandes compañías unas cuantiosas sumas en concepto de indemnización; sumas pagadas con los impuestos de los ciudadanos y, a menudo, por leyes adoptadas democráticamente para proteger el medio ambiente, la salud pública o el bienestar social.

El auge de los tratados de inversión crea una lucrativa industria

Las bases jurídicas para la interposición de estas demandas se hallan en los tratados entre países que determinan los derechos de los inversores en sus respectivos territorios. Estos tratados internacionales de inversión otorgan amplios poderes a los inversores extranjeros, como el privilegio especial de poder presentar demandas directamente ante tribunales internacionales, sin tener que pasar necesariamente por los tribunales locales. Las compañías pueden exigir que se las indemnice por medidas tomadas por los Gobiernos de acogida que hayan perjudicado a sus inversiones. Estas medidas incluyen la expropiación directa, pero también, regulaciones de prácticamente todo tipo que el Gobierno decide imponer. El concepto de 'inversión' se entiende en un sentido tan amplio que las corporaciones pueden exigir indemnizaciones no solo por el dinero invertido, sino también por las ganancias previstas en el futuro.

CUADRO 1

Algunas disputas inversor-Estado emblemáticas

Corporaciones contra la salud pública – Philip Morris contra Uruguay y Australia: Amparándose en tratados bilaterales de inversión (TBI), el gigante del tabaco Philip Morris ha demandado a Uruguay y a Australia por sus leyes antitabaco. Según la compañía, las grandes etiquetas de advertencia que deben llevar obligatoriamente las cajas de cigarrillos le impiden mostrar efectivamente sus marcas comerciales, lo cual le genera una notable pérdida de cuota de mercado².

Corporaciones contra la protección ambiental – Vattenfall contra Alemania I y II: En 2009, la multinacional sueca de la energía Vattenfall interpuso una demanda contra el Gobierno alemán, al que exigía 1.400 millones de euros (1.900 millones de dólares³) más intereses en concepto de indemnización por las restricciones ambientales impuestas a una de sus centrales eléctricas de carbón. El caso se resolvió fuera de los tribunales, después de que Alemania aceptara relajar su normativa ambiental, exacerbando así el impacto de la central eléctrica de Vattenfall sobre el río Elba y su flora y fauna⁴. En 2012, Vattenfall presentó una segunda demanda, por la que reclamaba 3.700 millones de euros (4.600 millones de dólares⁵) por la pérdida de ganancias con respecto a dos de sus centrales de energía nuclear. El caso se planteó después de que el Gobierno alemán decidiera comenzar a abandonar la energía nuclear a raíz de la catástrofe de Fukushima⁶. Ambas acciones se tomaron en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, que incluye disposiciones de protección de inversiones parecidas a las de los TBI (véase el cuadro 5, página 27).

Corporaciones contra la emancipación de la población negra – Piero Foresti y otros contra Sudáfrica: En 2007, un grupo de inversores italianos demandó a Sudáfrica por su Ley de empoderamiento económico de la población negra, que persigue corregir algunas de las injusticias del régimen del *apartheid*. La ley exige a las compañías mineras, por ejemplo, que traspasen una parte de sus acciones a manos de inversores negros. La controversia (que se amparaba en los TBI firmados por Sudáfrica con Italia y Luxemburgo) se zanjó en 2010, después de que los inversores recibieran nuevas licencias que requerían un traspaso de acciones mucho menor⁷.

Corporaciones contra las medidas para mitigar las crisis financieras – CMS y otras 40 compañías contra Argentina: Cuando Argentina congeló las tarifas de los servicios públicos (energía, agua, etc.) y devaluó su moneda para responder a la crisis financiera que azotó al país en 2001-2002, se vio sorprendida por más de 40 demandas de inversores. Grandes compañías como CMS Energy (Estados Unidos), Suez y Vivendi (Francia), Anglian Water (Reino Unido) y Aguas de Barcelona (Estado español) reclamaban paquetes de compensación multimillonarios por la pérdida de ingresos⁸.

Actualmente, hay más de 3.000 tratados de este tipo⁹. La gran mayoría de ellos son tratados bilaterales de inversión (TBI) entre dos países. Otros son tratados de libre comercio (TLC) que incluyen capítulos sobre inversiones, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN; NAFTA en inglés) entre Canadá, México y los Estados Unidos, o bien acuerdos multilaterales, como el Tratado sobre la Carta de la Energía, que regula las inversiones en el sector energético.

Desde fines de la década de 1990, estos tratados han desencadenado una oleada de demandas de inversores contra Estados. En 1996, solo se habían registrado 38 controversias de este tipo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, el principal organismo mundial encargado de este tipo de procesos arbitrales y que en aquel entonces llevaba ya 30 años funcionando¹⁰. Al personal del CIADI, de hecho, le preocupaba que “pronto estarían con las manos vacías”¹¹. Pero no tenían motivos para inquietarse. En 2011, estaban ya en marcha 450 casos inversor-Estado conocidos, la mayoría de los cuales presentados por corporaciones de países industrializados contra países del Sur Global¹². Y teniendo en cuenta que la

Llevar una demanda de mil millones de dólares ya no es suficiente para destacar en un estudio sobre arbitraje internacional. Tampoco es suficiente ganar unos míseros 100 millones... Lo que se necesita estos días para despuntar es una indemnización de 350 millones de dólares como mínimo.

Revista *The American Lawyer*¹⁴

mayoría de instancias arbitrales están sujetas a normas de confidencialidad, es probable que el número real de casos sea mucho mayor.

Los intereses en juego también se han disparado. En 2011, la revista *The American Lawyer* informó de 151 casos de arbitraje de inversiones que entrañaban costos de al menos 100 millones de dólares y se mostraba convencida de que, en su próximo estudio, esos intereses se incrementarían aún más: “Llevar una demanda de mil millones de dólares ya no es suficiente para destacar en un estudio sobre 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”¹³.

CUADRO 2

Cronología de una controversia internacional relativa a inversiones

El curso exacto de un caso de arbitraje inversor-Estado depende de las normas relevantes y de la institución que administre el caso. La mayoría de casos conocidos se manejan a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en Washington. Las segundas normas más utilizadas son las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI; UNCITRAL en inglés). La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en La Haya, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), así como dos organizaciones comerciales, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), también resuelven controversias con regularidad.

A pesar de las diferencias de procedimiento, un caso de arbitraje de inversiones sigue, aproximadamente, las fases siguientes:

- Fase 1** El proceso de arbitraje se inicia cuando un inversor extranjero envía una notificación de arbitraje a un Estado. Ambas partes, tanto el inversor como el Estado, contarán con la asistencia de abogados (llamados consejeros o representantes de las partes) durante el procedimiento.
- Fase 2** El inversor y el Estado seleccionan, conjuntamente, al tribunal de arbitraje. Por lo general, cada parte elige a un árbitro y ambas designan a un tercero para que actúe como presidente.
- Fase 3** El procedimiento se prolonga varios años y suele celebrarse a puerta cerrada, con escasa o nula información a disposición del público; en ocasiones, ni siquiera el hecho de que hay un caso en curso.
- Fase 4** Los árbitros determinan finalmente si el inversor debe ser compensado, así como el tipo y el tamaño de la compensación. También asignan los costos legales del procedimiento (véase el cuadro 3). Las posibilidades de recurrir el laudo de un tribunal son muy limitadas y los Gobiernos no suelen hacerlo.
- Fase 5** Los Estados deben cumplir con los laudos arbitrales. Si se niegan a ello, el laudo puede ejecutarse prácticamente en cualquier lugar del mundo; por ejemplo, confiscando una propiedad del Estado en cuestión en otro país.

El crecimiento de la industria del arbitraje de inversiones

A medida que ha ido creciendo el número de controversias internacionales relativas a inversiones, el arbitraje se ha convertido en una máquina de hacer dinero. Nicolas Ulmer, un abogado especializado en arbitrajes de la firma suiza Budin & Partners, explicaba: “Las instituciones de arbitraje compiten por su cuota de mercado en las controversias, las legislaturas aprueban medidas que favorecen el arbitraje para atraer a este negocio, durante todo el año se organizan conferencias y talleres, se ha desarrollado una clase de árbitros prácticamente a tiempo completo y un ‘colegio internacional de arbitraje’ altamente especializado persigue grandes casos con avidez. Ha surgido una verdadera ‘industria del arbitraje’”¹⁵.

De hecho, el arbitraje de inversiones es considerado “seguramente el área de más rápido desarrollo del derecho internacional”¹⁶. “Se ha convertido en algo sexy”, declaró a los medios Yves Derains, consejero y árbitro del bufete parisino Derains & Gharavi. “Ofrece la oportunidad de contribuir a la jurisprudencia”. Y es una oportunidad para promocionar tu marca. “Con los arbitrajes de inversiones, puedes presumir”¹⁷.

CUADRO 3

Consecuencias muy caras Los costos del arbitraje de inversiones

El arbitraje de inversiones es muy caro; incluso antes del arreglo final de la diferencia. Tanto el Estado como el inversor deben pagar por la administración del caso. También deben pagar a los árbitros, testigos y peritos, que suelen estar repartidos por diferentes lugares del mundo y necesitan servicios de traducción y gastos de viaje y dietas. Y también deben pagar a sus propios abogados.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “los costos del arbitraje entre inversores y Estados se han disparado en los últimos años”¹⁸. Para los casos conocidos de los que se dispone de datos, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) calculó recientemente que los costos legales y arbitrales se sitúan, como promedio, en más de 8 millones de dólares por caso, aunque en algunos pueden superar los 30 millones¹⁹. Compárese esa cifra, por ejemplo, con el costo legal medio de 194.000 dólares por parte en los pleitos relacionados con la restricción de los monopolios nacionales en los Estados Unidos²⁰. El Gobierno filipino gastó 58 millones de dólares para defenderse en dos casos contra el operador aeroportuario alemán Fraport, una suma con la que se podrían haber pagados los salarios de 12.500 profesores durante todo un año, vacunado a 3,8 millones de niños y niñas contra enfermedades como la tuberculosis, la difteria, el tétanos y la polio, o construido dos nuevos aeropuertos²¹.

La mayor parte de estas sumas termina en los bolsillos de los abogados de las partes. Los profesionales de la industria calculan que más del 80 por ciento de todos los costos legales que entraña el arbitraje se gastan en concepto de representación y consejeros²². Las firmas de élite que llevan los casos cobran hasta 1.000 dólares por hora y abogado, y en muchos casos se necesita el trabajo de todo un equipo²³. Según cifras del CIADI, los árbitros también se llenan los bolsillos y reciben unos honorarios de 3.000 dólares por día, además de gastos de viaje y dietas²⁴.

El pago de los costos legales no siempre debe ser asumido por la parte perdedora. Según un estudio empírico sobre los costos del arbitraje de inversiones, “lo más habitual es que los tribunales exijan a las partes que compartan los costos del tribunal y administrativos por igual y que asuman sus propios gastos jurídicos”²⁵. Esto significa que incluso cuando las corporaciones no ganan, los ciudadanos aún tienen que pagar millones en concepto de honorarios por servicios jurídicos. ¿Quiénes son los verdaderos ganadores? Las firmas de abogados que reciben pagos multimillonarios, sea cual sea el resultado.

En el caso de Plama Consortium contra Bulgaria, por ejemplo, los honorarios por servicios jurídicos de Bulgaria ascendieron a 13.243.357 dólares, por defenderse de una demanda que, en última instancia, se consideró fraudulenta. Aunque Bulgaria fue indemnizada con 7.000.000 dólares para cubrir dichos servicios, aún se vio obligada a pagar los restantes 6.243.357 dólares²⁶. En aquel momento, Bulgaria estaba lidiando con una crisis del sistema de salud debido a la falta de enfermeras; con ese dinero, se podría haber pagado el salario de más de 1.796 enfermeras en el país²⁷.

Si examinas los laudos del CIADI, y en concreto los costos legales de las partes, te caerás de la silla. 6 millones, 8 millones, 12 millones... solo para las firmas de abogados.

Lars Markert, Gleiss Lutz²⁸

Hay también blogs plagados de anécdotas sobre “abogados jóvenes y prometedores que desean irrumpir en la arena del arbitraje internacional o veteranos ya experimentados que buscan hacer una transición hacia este [...] campo jurídico”²⁹. Son cada vez las firmas de abogados que anuncian la apertura de una filial especializada en arbitrajes en ciudades estratégicas como París, Londres, Washington y Nueva York. Los eventos sobre arbitraje se multiplican como hongos en todo el mundo, con multitud de abogados “que cargan arriba y abajo con portátiles y Blackberries para asegurarse de cumplir con los plazos de los arbitrajes”³⁰. Revistas y páginas web publican periódicamente listas con los casos más destacados, los árbitros con más casos y las firmas de abogados con mayor demanda³¹.

El arbitraje de inversiones en aguas revueltas

Originalmente, el arbitraje inversor-Estado estaba concebido para casos de expropiación directa, cuando el Gobierno tomaba la fábrica por ejemplo. Pero el sistema está fuera de control y las multinacionales lo están utilizando para perseguir ‘ganancias perdidas’. Las últimas dos décadas han visto varias demandas multimillonarias contra los supuestos efectos de la legislación pública. Corporaciones transnacionales han demandado a países desarrollados y en desarrollo de todos los continentes por adoptar medidas tributarias o políticas fiscales, prohibir productos químicos nocivos o actividades mineras, requerir que se realicen evaluaciones de impacto ambiental, introducir regulaciones sobre residuos peligrosos, etcétera³². A veces, la amenaza de una demanda ha bastado para congelar las medidas del Gobierno, haciendo que los responsables de formular políticas se den cuenta de que deben pagar para regular³³.

La resolución de diferencias inversor-Estado... abre las puertas de cuestiones de vital interés nacional a estrechos intereses comerciales y... representa un desafío frontal a los procesos constitucionales y democráticos de elaboración de políticas.

Funcionario del Gobierno sudafricano³⁵

Estos desafíos jurídicos han levantado una tormenta global de oposición crítica a los tratados y al arbitraje de inversiones. Grupos de interés público y académicos han instado a los Gobiernos a que se opongan al arbitraje inversor-Estado, alegando que este incumple las normas básicas de transparencia, independencia judicial e imparcialidad procesal, y que amenaza a la responsabilidad de los Estados de actuar en el interés de sus ciudadanos, el desarrollo económico y social, y la sostenibilidad ambiental. También se han planteado inquietudes por la ausencia flagrante de obligaciones por parte de los inversores y los términos imprecisos de muchos tratados de inversión, lo cual da pie a que los tribunales arbitrales adopten una interpretación de los derechos corporativos muy amplia y favorable a los inversores³⁴.

Algunos países han empezado a tomar conciencia de las injusticias y las incoherencias del arbitraje internacional de inversiones y están intentando 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 TBI y se han retirado del CIADI, enviando un claro mensaje político de que se niegan a cooperar con esta instancia en el futuro. Argentina, que ha sido objeto de 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 ha anunciado que no renovará los tratados de inversión vigentes cuando estos venzan. Y según algunas noticias, India ha decidido no incluir disposiciones sobre la resolución de diferencias inversor-Estado en sus futuros tratados de libre comercio³⁶.

Los llamados ‘usuarios del arbitraje de inversiones’, las compañías multinacionales, se han movilizado en bloque para impedir toda reforma radical del sistema³⁷. Y no han estado solas. La industria del arbitraje de inversiones está de su lado, promoviendo un sistema injusto pero lucrativo.

“ El arbitraje de tratados de inversión es una importante pieza jurídica e institucional del rompecabezas neoliberal porque impone unas restricciones legales y económicas excepcionalmente poderosas sobre los Gobiernos y, por extensión, sobre las opciones democráticas, con el fin de proteger de toda regulación los bienes de compañías multinacionales. ”

Profesor Gus van Harten, Facultad de Derecho Osgoode Hall, Toronto³⁸

Referencias capítulo 2

- 1 Xavier Carim, Director General Adjunto del Departamento de Comercio e Industria de Sudáfrica; comentario en un encuentro sobre acuerdos internacionales de inversión durante el Foro Público de la OMC, celebrado en Ginebra el 25 de septiembre de 2012; véase: Raman, Meena (2012) BITs ‘not decisive in attracting investment’, says South Africa, SUNS – South-North Development Monitor, 27 de septiembre, <http://www.sunsonline.org/contents.php?num=7446> [08-10-2012].
- 2 Porterfield, Matthew C. y Byrnes, Christopher R. (2011) Philip Morris v. Uruguay. Will investor-State arbitration send restrictions on tobacco marketing up in smoke? Investment Treaty News, <http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/philip-morris-v-uruguay-will-investor-state-arbitration-send-restrictions-on-tobacco-marketing-up-in-smoke/> [27-08-2012]; IISD (2012) News in Brief. Philip Morris files for arbitration over intellectual property dispute with Australia, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/news-in-brief-6/> [01-09-2012].
- 3 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,352 USD (vigente a 17 de abril de 2009). Todas las referencias a dólares en este informe, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 4 Bernasconi, Nathalie (2009) Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, IISD; Rechtsanwälte Günther (2012) Briefing Note. The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg, ICSID proceedings by Vattenfall under the Energy Charter Treaty and the result for environmental standards, 11 de abril.
- 5 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,244 USD (vigente a 31 de mayo de 2012).
- 6 PowerShift (2012) Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? Hintergründe zum neuen Streitfall Vattenfall gegen Deutschland (II), octubre.
- 7 IIAPP (2011) Foresti v South Africa (Italy-South Africa BIT), http://iiapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf [02-09-2012].
- 8 Phillips, Tony (2008) Argentina versus el Banco Mundial: ¿Juego limpio o partido arreglado? (CIP). <http://www.cipamericas.org/es/archives/649> [02-02-2013].
- 9 UNCTAD (2012) World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies, p. 84.
- 10 CIADI (2012) Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Número 2012-1), p. 7.
- 11 Arbitration International (2008) Birth of an ICSID Case – Act I, Scene I, Arbitration International 24:1, 5-15, p. 5.
- 12 UNCTAD (2012) Latest Developments in investor-state dispute settlement. II A Issues Notes No 1, abril, p. 1.
- 13 Goldhaber, Michael D. (2011) High Stakes, Focus Europe. An American Lawyer supplement, verano, 19-22, p. 22.
- 14 Ibid.
- 15 Ulmer, Nicolas (2010) The Cost Conundrum, Arbitration International 26:2, 221-250, p. 224.
- 16 Lalive/UNITAR (2012) Introduction to Investment Arbitration (2012), <http://www.unitar.org/event/laliveunitar-introduction-investment-arbitration-2012> [04-09-2012].
- 17 Casley Gera, Ravinder (2007) International arbitration. Investment arbitration – The end of the boom?, <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/International-arbitration-INVESTMENT-ARBITRATION---The-end-of-the-boom/> [17-05-2012].
- 18 UNCTAD (2010) Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje, Nueva York y Ginebra, p. 14.
- 19 OECD (2012) Scoping paper for Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July 2012, p. 18.
- 20 Franck, Susan (2011) Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration, Washington University Law Review 88:4, 769-852, p. 812.
- 21 Olivet, Cecilia (2011) El lado oscuro de los acuerdos de inversión, diciembre, p. 5, <http://www.tni.org/es/article/el-lado-oscurito-de-los-acuerdos-de-inversion> [01-02-2013].
- 22 Confirmado por una conferencia de profesionales en 2011; resumido aquí: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/05/arbitral-institutions-under-scrutiny/> [19-03-2012].
- 23 OECD (2012), véase nota 22, p. 19.
- 24 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2008) Derechos, honorarios y cargos (a partir del 1 de enero de 2012), p. 1.
- 25 Franck, Susan (2011), véase nota 23, p. 777.
- 26 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No.ARB/03/24).
- 27 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,32 USD y un salario mensual promedio de 220 EUR, según datos de: European Federation of Nurses Associations (2012) Caring in Crisis. The Impact of the Financial Crisis on Nurses and Nursing, p. 8.
- 28 Markert, Lars (2012) “Investitionsrecht aus der anwaltlichen Praxis”, presentación en el International Investment Law Centre Cologne, 18 de mayo; traducción de Pia Eberhardt.
- 29 Bench Nieuwveld, Lisa (2012) How and How? The two most commonly asked questions, 16 de marzo, blog de Kluwer Arbitration, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/03/16/how-and-how-the-two-most-commonly-asked-questions/> [04-04-2012].
- 30 Ibid.
- 31 *Global Arbitration Review* publica una clasificación anual de las principales firmas de arbitraje y *Focus Europe*, un suplemento de la revista *The American Lawyer*, clasifica las principales firmas de arbitraje, los árbitros más activos y los laudos más importantes cada dos años.
- 32 International Institute for Sustainable Development (2011) Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development, Questions and answers, p. 7.
- 33 Tienhaara, Kyla (2010) Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science, <http://ssrn.com/abstract=2065706> [16-11-2012].
- 34 Para ejemplos de la crítica académica del sistema de arbitraje de inversiones, véanse las siguientes dos declaraciones: <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>; http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement. Se pueden consultar muchos trabajos críticos elaborados por grupos de interés público en la página web de la Red por la Justicia Social en la Inversión Global: es.justinvestment.org.
- 35 Raman, Meena (2012), véase nota 1.
- 36 Para una panorámica general del creciente descontento con el sistema de arbitraje de inversiones, véase: UNCTAD (2012) World Investment Report 2012. Towards a new generation of investment policies, pp. 86ff.
- 37 Por ejemplo, la Cámara de Comercio e Industria de Australia (ACCI) está cabildeando en contra de la decisión del Gobierno australiano de dejar de incluir disposiciones sobre la resolución de diferencias inversor-Estado en sus tratados comerciales. Véase: <http://acsi.asn.au/Research-and-Publications/Media-Centre/Media-Releases-and-Transcripts/Global-Engagement/Australian-Foreign-Investment-Requires-Right-to-Su.aspx>.
- 38 Van Harten, Gus (2010) Five Justifications for Investment Treaties. A Critical Discussion, Trade, Law & Development 2:1, p. 5.

Capítulo 3

Tiburones legales

Alimentando la demanda del arbitraje de inversiones

“ ¿Por qué se dedican las firmas de abogados a la legislación en materia de inversiones? Un motivo es claro: por el dinero. [...] Los casos son increíblemente largos, increíblemente complejos y puedes hacer un montón de dinero. ”

Lars Markert, Gleiss Lutz¹



La crisis de la deuda en Grecia acaparó la atención de todo el mundo en 2011. El país, aquejado por un enorme déficit presupuestario, estaba siendo escenario de violentas protestas y recortes en el gasto público que estaban devastando la vida de la gente. Grecia parecía estar constantemente al borde del derrumbe y, sin una reestructuración profunda para reducir la deuda, su supervivencia estaba amenazada. Y con ella, también la del conjunto de la economía europea. En este contexto, varias firmas internacionales de abogados también estaban siguiendo muy de cerca los acontecimientos en Grecia; pero su preocupación no era salvar a los ciudadanos griegos de la catástrofe social ni evitar el hundimiento económico de Europa.

En plena crisis de la deuda, un grupo de abogados comenzó a animar a las corporaciones multinacionales a que usaran el arbitraje de inversiones para defender sus ganancias en Grecia. El bufete alemán Luther, por ejemplo, informó a sus clientes de que, allí donde los Estados no estuvieran dispuestos a pagar, se podía interponer una demanda amparándose en los tratados internacionales de inversión. Luther sugería que “el sucio comportamiento financiero de Grecia” ofrecía un fundamento sólido para que los inversores descontentos reclamaran una indemnización, algo que, en última instancia, se pagaría con los impuestos de los ciudadanos griegos².

El entusiasmo de este grupo de abogados no era fruto de la fantasía. Las Naciones Unidas han reconocido que los tratados internacionales de inversión pueden limitar gravemente la capacidad de los Estados para luchar contra las crisis financieras y económicas³. Argentina ha sido demandada más de 40 veces a consecuencia de los programas de reforma económica que puso en marcha tras su crisis económica de 2001. A fines de 2008, las indemnizaciones que debía pagar el país por los laudos arbitrales resueltos en su contra alcanzaban un total de 1.150 millones de dólares⁴. Esa suma equivale al salario promedio anual de 150.000 profesores o 95.800 doctores de hospitales públicos en Argentina⁵.

Analizando una de las demandas pendientes contra Argentina en un informe para sus clientes de octubre de 2011, la firma de abogados estadounidense K&L Gates señalaba que el arbitraje de tratados de inversión podría “obtener el resarcimiento de los daños sufridos por pérdidas de inversión de los países que no pagaran su deuda soberana”. Y proseguía: “Dadas las actuales crisis financieras en todo el mundo, esto debería dar esperanza a los inversores que han sufrido pérdidas a causa de la reestructuración soberana de sus instrumentos de deuda”. La firma señalaba a Grecia como un país donde los inversores deberían comprobar qué tratados de inversión “podrían proteger sus inversiones”. Y también le sugería a los clientes que utilizaran la amenaza del arbitraje de inversiones como un “instrumento de presión” al renegociar la reestructuración de la deuda con Gobiernos⁶.

Los tiburones legales ya han empezado a dar vueltas alrededor de las consecuencias de la reestructuración de la deuda soberana de Grecia.

Patrick Heneghan & Markus Perkams, Skadden⁷

El bufete de abogados estadounidense Milbank, el holandés De Brauw y el británico Linklaters adoptaron una línea parecida⁸, preparando el terreno para interponer demandas multimillonarias contra un país sin liquidez y que estaba luchando para restaurar su economía. Mientras sus ganancias por socio subían hasta los 2,5 millones de dólares en 2011 (en Milbank), Grecia reducía el salario mínimo mensual de los trabajadores menores de 25 años a 510 euros (660 dólares)⁹.

En marzo de 2012, después de largas negociaciones entre la UE y los bancos, los fondos y las aseguradoras a los que Grecia debía dinero, la mayoría de acreedores aceptó flexibilizar las condiciones de reembolso. Poco después, varias firmas de abogados anunciaron que reclamarían millones por daños y perjuicios en nombre de los prestamistas que negaban a aceptar el canje de la deuda¹⁰.

El caso de la crisis de la deuda griega destaca solo como un ejemplo entre otros del lucrativo negocio del arbitraje de inversiones y apunta a la aparición de una nueva clase de ‘cazadores de ambulancias’ en el escenario global. El término ‘cazadores de ambulancias’ se acuñó en los Estados Unidos a fines del siglo XIX para referirse a los abogados que buscaban sacar provecho de las lesiones o accidentes sufridos por una persona, siguiendo a las ambulancias hasta las unidades de urgencias de los hospitales en búsqueda de posibles clientes. Hoy día, la caza de ambulancias se ha globalizado: las firmas internacionales de abogados animan a las multinacionales a demandar a los gobiernos con controversias relativas a inversiones internacionales, causando estragos en las finanzas públicas y en las políticas sociales, sanitarias y ambientales.

TABLA 1

Las 20 firmas de abogados especializadas en arbitraje de inversiones con más casos

Estas firmas de abogados han notificado su participación en la mayoría de disputas relativas a tratados de inversiones en 2011¹¹. Téngase en cuenta que los datos son los proporcionados por las propias firmas, que no han sido verificados externamente y que algunas firmas no los facilitaron. Por otro lado, no se debe subestimar la importancia de los bufetes de abogados que no aparecen en la lista, ya que puede que también manejen controversias con enormes consecuencias para el interés público y que sean actores importantes en el mundo del arbitraje de inversiones¹².

Firma	Número de casos relativos a tratados a tratados en 2011 ¹³	Ingresos brutos en 2011 (USD) ¹⁴	Ganancias por socio en 2011 (USD) ¹⁵	¿Trabaja para inversores o para Estados? ¹⁶	Destacados árbitros en materia de tratados de inversiones	Otra información de interés
Freshfields Bruckhaus Deringer (Reino Unido)	71	1.820 millones	2,07 millones	Ambos, pero representó al inversor en la mayoría de casos conocidos.	Jan Paulsson, Noah Rubins, Lucy Reed, Nigel Blackaby	Por lejos, la firma especializada en arbitraje de inversiones que ha dominado este ámbito en la última década.
White & Case (Estados Unidos)	32	1.330 millones	1,47 millones	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para Estados.	Carolyn Lamm, Charles Brower (hasta 2005), Horacio Grigera Naón (hasta 2004)	Representó a los acreedores italianos en su demanda multimillonaria contra Argentina tras la reestructuración de la deuda soberana del país a raíz de su crisis financiera de 2001 (véase la página 19).
King & Spalding (Estados Unidos)	27	781 millones	1,93 millones	Trabaja para inversores, con muy pocas excepciones.	Doak Bishop, Guillermo Aguilar-Alvarez, Eric Schwartz, John Savage	Especializada en demandas contra Argentina y en controversias sobre energía sucia, como la de Chevron contra Ecuador (véase la página 25). Actúa para el grupo empresarial estadounidense Renco, reclamando más de 800 millones de dólares a Perú por una planta de fundición de metales situada en un lugar considerado como una de las zonas industriales más contaminadas del mundo.
Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle (Estados Unidos)	20	165 millones	1,54 millones	En las disputas relativas a inversiones, siempre representa al Estado, nunca al inversor.		Los ingresos de la firma aumentaron un 50% entre 2007 y 2012 gracias, en gran parte, a su labor en materia de arbitraje de inversiones para Estados como Venezuela, Kazajistán y Turkmenistán ¹⁷ .
Sidley Austin (Estados Unidos)	18	1,41 millones	1,60 millones	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para compañías.	Stanimir Alexandrow, Daniel Price (hasta 2011)	Junto con Lalive, Sidley representa al gigante del tabaco Philip Morris en su caso contra Uruguay, desafiando las restricciones del país sobre la comercialización de cigarrillos (véase la página 13).
Arnold & Porter (Estados Unidos)	17	639 millones	1,40 millones	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para Estados.	Jean Kalicki, Whitney Debevoise	Junto con Ogilvy Renault (ahora fusionada con Norton Rose) la firma demandó a Canadá en nombre del fabricante de papel Abitibi-Bowater porque un gobierno provincial había recuperado sus derechos sobre los recursos de agua y madera después de que la compañía cerrara sus fábricas en la zona. Canadá pagó 130 millones de dólares para resolver el caso, la indemnización más elevada que se conoce hasta la fecha en el marco del TLCAN.
Crowell & Moring (Estados Unidos)	13	329 millones	845 mil	Trabaja para inversores, con muy pocas excepciones.		La firma representa a la compañía minera canadiense Pacific Rim en su batalla legal contra El Salvador, país al que reclama en torno al 1% de su PIB por no haberle aprobado una licencia para la explotación de oro.
K&L Gates (Estados Unidos)	13	1.060 millones	890 mil	Ambos	Sabine Konrad	Siempre que el gigante energético Vattenfall ha demandado a Alemania, el Gobierno alemán ha elegido a Sabine Konrad como consejera, a pesar de ser una conocida promotora del arbitraje de inversiones contra Estados (véanse las páginas 19 y 27).
Shearman & Sterling (Estados Unidos)	12	750 millones	1,56 millones	Ambos, pero actúa como consejero del inversor en la gran mayoría de casos conocidos	Emmanuel Gaillard, Philippe Pinsolle, Fernando Mantilla-Serrano, Yas Banifatemi	El árbitro de élite Emmanuel Gaillard es la figura emblemática de la firma y atrae mucho trabajo como consejero. Gaillard, una de las eminencias intelectuales de la industria, interviene constantemente en debates políticos y académicos sobre la legislación y el arbitraje en materia de inversiones (véanse las páginas 28, 41 y 47).

DLA Piper (Estados Unidos)	11	2.240 millones	1,22 millones	Ambos	Pedro Martinez-Fraga	El segundo mayor bufete de abogados del mundo representa a inversores en varios casos presentados ante el CIADI contra Venezuela, todos ellos interpuestos antes de que se hiciera efectiva la retirada de Caracas de esta instancia, en el verano de 2012.
Chadbourne & Parke (Estados Unidos)	11	306 millones	1,31 millones	Inversor		La firma es un excelente ejemplo de la opacidad que impera en el arbitraje internacional de inversiones. Aunque afirma que en 2011 actuó en 11 demandas, ninguna de ellas aparece en su página web.
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton (Estados Unidos)	Más de 10¹⁸	1.120 millones	2,69 millones	Ambos		Cleary Gottlieb representó a Telecom Italia en una demanda contra Bolivia. En respuesta al mal servicio y las pocas inversiones de Telecom Italia, Bolivia renacionalizó la compañía de telecomunicaciones Entel. Bolivia pagó 100 millones de dólares para resolver el caso en curso en el CIADI.
Appleton & Associates (Canadá)	10 o más¹⁹	Sin datos disponibles	Sin datos disponibles	Siempre representa al inversor, nunca al Estado.		Barry Appleton llevó algunos de los primeros casos contra Canadá en el marco del TLCAN. Entre otros, representó a la corporación Ethyl por la prohibición de un tóxico aditivo de la gasolina. El caso se resolvió cuando Canadá derogó la prohibición y pagó 13 millones de dólares como compensación. Appleton aún demanda a Canadá con regularidad.
Foley Hoag (Estados Unidos)	10	149 millones	1 millón	Estados	Mark Clodfelter	En los casos de arbitraje de inversiones, el bufete trabaja fundamentalmente para los Estados. Varios de sus abogados tienen experiencia en el Gobierno.
Latham & Watkins (Estados Unidos)	10	2.150 millones	2,27 millones	Ambos	Robert Volterra (hasta 2011)	En uno de los primeros arbitrajes de inversión que siguieron a la "primavera árabe", la cuarta firma de abogados más grande del mundo representa a la multinacional Indorama contra Egipto. Un tribunal egipcio ordenó a Indorama que devolviera una fábrica textil que había adquirido bajo el régimen de Mubarak, aparentemente en circunstancias marcadas por la corrupción.
Hogan Lovells (Estados Unidos/ Reino Unido)	10	1.660 millones	1,16 millones	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para Estados.		Representa la compañía británica Churchill, que reclama al Gobierno indonesio 2.000 millones de dólares por haberle revocado unos permisos para la explotación de carbón en la isla de Borneo. Los tribunales indonesios habían dictaminado previamente que los permisos se habían falsificado.
Clyde & Co (Reino Unido)	10	460 millones	915 mil	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para inversores.		Es el primer bufete de abogados extranjero que ha abierto una oficina en Libia tras la caída de Gaddafi, previendo las controversias que surgirán a raíz del cambio de régimen (véase la página 23).
Norton Rose (Reino Unido)	10	1.320 millones	620 mil	Tiende a trabajar para el inversor.	Yves Fortier (hasta 2011), Michael Lee (hasta 2001)	En 2011, Norton Rose se fusionó con la firma canadiense Ogilvy Renault, que ha representado a inversores en casos polémicos contra Canadá, como el que entrañó impugnar una prohibición de plaguicidas para la compañía estadounidense Dow. Tras más de 50 años, Yves Fortier, árbitro a tiempo completo, abandonó su puesto en el bufete en 2011, alegando posibles conflictos de interés entre su labor como árbitro y su trabajo con los clientes en una firma jurídica internacional (véase la página 39).
Salans (Francia)	9	260 millones²⁰	725 mil²¹	Ambos, aunque seguramente realiza más trabajo para inversores.	Bart Legum, Jeffrey Hertzfeld, Hamid Gharavi (hasta 2008)	El responsable del departamento de arbitraje de inversiones, Barton Legum, fue abogado del Gobierno estadounidense y defendió a este país en varias controversias en el marco del TLCAN. Hoy día, vende los conocimientos que adquirió a la compañía farmacéutica canadiense Apotex, demandando a los Estados Unidos en virtud del capítulo de inversiones del TLCAN (véase la página 29).
Debevoise & Plimpton (Estados Unidos)	9	675 millones	2,07 millones	Representa al inversor en prácticamente el 100% de los casos conocidos.	Donald Francis Donovan	Junto con Covington & Burling, Debevoise ganó el mayor laudo conocido del CIADI: 1.760 millones de dólares, más otros millones de intereses, para la compañía estadounidense Occidental Petroleum (Oxy) en una demanda contra Ecuador por haber clausurado un yacimiento de producción petrolífera en la Amazonía. Oxy ha sido acusada de violaciones de los derechos humanos y destrucción ambiental.

Un gran negocio para las grandes firmas

A escala mundial, tres firmas se han erigido como líderes del mercado en el negocio del arbitraje de inversiones: Freshfields Bruckhaus Deringer (Reino Unido), White & Case (Estados Unidos) y King & Spalding (Estados Unidos) (véase la tabla 1, páginas 20-21). Solo Freshfields afirma haber actuado en más de 165 disputas inversor-Estado²². Esta situación de dominio crea una cierta reputación para estas firmas, lo cual, a su vez, trae nuevos casos y conduce a un mercado concentrado al que no pueden acceder fácilmente los bufetes que no forman parte del círculo establecido. Según un profesional, 25 de cada 30 nuevos casos registrados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) van a los pesos pesados en este campo²³. Las firmas de abogados no occidentales de los países más demandados por los inversores apenas pueden echar un vistazo.

En cualquier arbitraje, el principal costo es el costo de los abogados.

Gabriele Crespi Reghizzi, profesor, árbitro y consejero de Lombardi Molinari e Associati²⁴

Los abogados de los bufetes de élite especializados en arbitraje cobran hasta 1.000 dólares por hora a cambio de sus servicios; además, en muchos casos se necesita el trabajo de todo un equipo de abogados y los casos duran años. La consiguiente factura por servicios jurídicos que deben pagar los países por defenderse de las demandas puede ser astronómica (véase el cuadro 3, página 15).

Los abogados especializados en arbitraje también se benefician cuando los casos se resuelven incluso antes de un laudo final, como sucede con muchas controversias. Los acuerdos de honorarios condicionales, por los que los abogados solo reciben el pago total si ganan el caso o este es resuelto a su favor, normalmente como un porcentaje de la recuperación neta del cliente, son cada vez más habituales, lo cual significa que los abogados pueden obtener unos honorarios sustanciales incluso sin un largo proceso. Según un caso del que se tiene constancia, el bufete King & Spalding reclamó al parecer más del 80% de un laudo de 133 millones de dólares a su cliente²⁵.

Las firmas de abogados conocen las reglas no escritas del juego

Una anécdota publicada en *Global Arbitration Review* (GAR) 100, una encuesta anual de las firmas especializadas en arbitraje, ilustra muy bien por qué los abogados del arbitraje se han convertido en actores tan bien pagados. La historia trata sobre una clase centrada en el arbitraje internacional que dio en la universidad Matthew Weiniger, del bufete británico Herbert Smith Freehills y que comparece con regularidad ante tribunales arbitrales. Weiniger comparó los dos volúmenes de los reglamentos y procedimientos de los tribunales del Reino Unido con un fino librito elaborado por la Cámara de Comercio Internacional. “La diferencia entre estos dos grosores”, explicó Weiniger a sus estudiantes, “es lo que saben los abogados especializados en arbitraje internacional. Y no está escrito”²⁶.

Es precisamente esta “falta de reglas y reglamentos que consultar” lo que lleva a que muchos jóvenes abogados que entran en el campo del arbitraje internacional “se sientan casi mareados”, según GAR. “Están desorientados en un mundo donde el procedimiento de los casos puede ser totalmente ad hoc”. El arbitraje internacional ni siquiera parece un procedimiento judicial. Un observador externo “vería dos pequeños grupos de abogados, vestidos de calle, en la sala de un hotel o en una sala de reuniones. Al otro lado de la sala: un trío, seguramente con algunas canas más. No hay público ni ujieres, y poco indicio de pompa o ceremonia. Quizá se podría confundir con un curso de formación”²⁷. O con una reunión de negocios.

Contratar a algunos de los pocos abogados que poseen un conocimiento privilegiado de este universo misterioso ofrece una ventaja significativa. Un profesional de la firma suiza Schellenberg Wittmer explicaba: “¿A quiénes deberíamos elegir como árbitros? ¿Cuántos testigos deberíamos tener? ¿Cuántas presentaciones escritas? ¿Deberíamos aceptar declaraciones escritas de los testigos? Debes ser consciente de estas cuestiones para saber qué es bueno para tu caso y qué no”²⁸.

Los países que no pueden permitirse este tipo de conocimientos se encuentran a menudo con que sus argumentos de defensa adolecen de fuentes dispersas e incompletas en materia de legislación y competencia sobre inversiones³⁰. La República Checa, por ejemplo, solo consiguió defender con éxito sus casos cuando prescindió de los abogados de su país y recurrió a algunas de las costosas firmas de élite internacionales³¹. El secretismo del régimen de arbitraje de inversiones garantiza el mercado para los principales bufetes.

Con frecuencia se observa que ‘el arbitraje depende de los árbitros que elijas’. Pero podría decirse que el proceso empieza un paso antes. Elige al consejero adecuado y pondrás en marcha una reacción en cadena que debería finalizar de forma positiva.

*Global Arbitration Review*²⁹

Conoce al 'juez'; sé el 'juez'

Los abogados especializados en arbitraje tienen aún otra ventaja. Conocen a los 'jueces'. Y los 'jueces' los conocen. Como presumía un abogado de este campo: "Ahora mismo tengo un caso ante [un importante árbitro internacional]. Cada vez que voy a una conferencia, allí está. He leído sus libros y él los míos. Mi adversario en el caso... bueno, no tiene ni idea [...]. Entre todos los socios de nuestro grupo [...] hemos comparecido ante todos los árbitros que merece conocer. No solo una vez, sino varias en los últimos años, y por eso contamos con conocimientos privilegiados"³².

Cuanto mejor conoces a un árbitro, mejor sabes cómo convencerle. La familiaridad también aumenta la posibilidad de elegir a alguien que se pronunciará en tu favor. Como señala la firma K&L Gates: "Nuestro conocimiento de los árbitros significa que también estamos bien situados para garantizar que su caso se presente de tal forma [sic] que atraiga más probablemente a la mayoría del tribunal, teniendo en cuenta lo que les gusta y no les gusta y su enfoque general"³³. No es de extrañar, por lo tanto, que las partes tiendan a confiar en las sugerencias de sus consejeros al designar a los árbitros. De este modo, los abogados especializados en arbitraje se convierten en los 'guardianes' de la comunidad arbitral, manteniendo su hermetismo³⁴.

Dos docenas de veteranos abogados de las principales firmas también actúan como árbitros³⁶, con lo que se abre una caja de Pandora de posibles conflictos de interés debido a su especial motivación por que crezca su propio negocio. Un árbitro, por ejemplo, puede verse tentado de tomar una decisión que favorezca a un cliente al que representa como consejero en otro caso. Hay quien sugiere que el papel dual de árbitro y consejero es "uno de los problemas más significativos del régimen de arbitraje de inversiones"³⁷. Pero según una de las líderes en el mercado del arbitraje, la firma suiza Lalive, "el abogado que suele actuar como árbitro es el defensor más astuto"³⁸ (véase también el capítulo 4).

Todo se reduce a un viejo dicho, 'conoce al juez', y sobre todo a la segunda parte, 'asegúrate de que el juez te conozca'. Cuanto más tiempo pasa un abogado en presencia de los árbitros, mejores serán sus posibilidades de ser convincente frente a ellos.

*Global Arbitration Review*³⁵

Multiplicando los arbitrajes contra países

Convertir el arbitraje internacional de inversiones en un lucrativo negocio ha generado un gran incentivo para que los abogados inteligentes mantengan y expandan el sistema con el fin de maximizar los beneficios. Mantener a los clientes corporativos constantemente informados de las oportunidades de litigio es el pan de cada día de un abogado especializado en el arbitraje internacional de inversiones. Alimentar demandas contra países que lidian con una importante crisis económica es una forma de expandir el negocio, pero los abogados también han intentado sacar provecho de catástrofes humanas.

Tomemos el ejemplo de la guerra civil que estalló en Libia en 2011. Mientras el público de todo el mundo seguía los acontecimientos temiendo una masacre inminente, la industria del arbitraje se dedicaba a aconsejar a la comunidad de las multinacionales sobre cómo defender sus ganancias en el país. Freshfields sugirió a las corporaciones que podían usar los tratados relativos a inversiones para demandar al Estado libio, señalando que los inversores podían reclamar una indemnización financiera porque el país no había cumplido con sus promesas "con respecto a la seguridad física y la protección de instalaciones, personal, etc."⁴⁰. Puede que el nuevo Gobierno libio deba ahora indemnizar a las compañías que apoyaron al régimen dictatorial como resultado del giro hacia la democracia.

King & Spalding siguió una línea parecida, destacando las posibilidades de arbitraje de que disponían las compañías de petróleo y gas en Libia⁴¹, al igual que Clifford Chance, Cleary Gottlieb y Fulbright⁴². El renombrado árbitro Christoph Schreuer identificó el "considerable" potencial legal de los tratados de inversiones en situaciones como la guerra civil de Libia, escribiendo sobre la protección de inversiones en conflictos armados⁴³.

Cuando Hungría introdujo un impuesto sobre las compañías rentables para reducir su enorme deuda pública en 2011, el bufete de abogados K&L Gates propuso algunas "atractivas" posibilidades de arbitraje⁴⁴. Cuando Vattenfall, el gigante sueco de la energía, anunció su proceso arbitral contra el abandono de la energía nuclear por parte de Alemania (véase el cuadro 5, página 27), la firma británica Herbert Smith Freehills analizó cómo los inversores "podrían solicitar reparación en el Reino Unido en caso de que aquí se

Crisis in Libia: ¿De qué opciones legales disponen las compañías de petróleo y gas?

'Alerta para clientes' enviada por King & Spalding en plena guerra civil libia en 2011³⁹

tomara una decisión parecida⁴⁵. En 2012, cuando India autorizó a un productor de medicamentos genéricos a vender una versión más barata de un medicamento patentado contra el cáncer, White & Case señaló que las multinacionales farmacéuticas que poseían la patente “podrían estar en disposición de buscar reparación en virtud de los tratados bilaterales de inversión aplicables⁴⁶.”

Las firmas especializadas en casos de arbitraje mantienen grandes departamentos de marketing dedicadas a identificar posibles oportunidades para interponer demandas relacionadas con inversiones, y destinadas a los propios inversores⁴⁸. No todas las compañías siguen su consejo⁴⁹, pero la ‘caza de ambulancias’ que practican algunos bufetes de abogados es, en todo caso, una de las fuerzas que está impulsando el auge del arbitraje internacional de inversiones. Como explica una abogada: “Los abogados viven de las demandas. Crean monstruos como el actual régimen de arbitraje de inversiones y lo promueven para generar trabajo para sí mismos, como abogados y como árbitros. Creo sinceramente que el sistema de arbitraje de inversiones no existiría de la forma en que existe hoy día si no fuera por los abogados⁵⁰.”

Los abogados del arbitraje de inversiones no solo se dedican a cazar ambulancias. También están creando los accidentes porque, al actuar también como árbitros, con frecuencia interpretan los tratados en sentido muy amplio. La caza de ambulancias se da después de que tu amigo ha puesto cáscara de banana en la carretera.

Profesor Gus van Harten, Facultad de Derecho Osgoode Hall, Toronto⁵¹

Poniendo freno a la democracia

Para las firmas de abogados que buscan maximizar los beneficios del arbitraje, las regulaciones estatales para proteger el medio ambiente, la salud pública y la seguridad social se han convertido en lucrativas oportunidades de negocio. En palabras de dos abogados del bufete Milbank: “Las acciones adversas por parte de un Gobierno no tienen por qué producirse solo con un régimen autocrático. El populismo que puede generar la democracia es a menudo el catalizador de tales acciones⁵².”

En un folleto titulado “¡Ayuda, me están expropiando!”, la firma alemana Luther ha promovido como oportunidades para el arbitraje de inversiones escenarios tales como la introducción de nuevos impuestos, la adopción de leyes ambientales y la existencia de precios reducidos controlados por el Estado. En ese mismo folleto se presentaba también el ejemplo de la abolición de los privilegios fiscales y las zonas económicas especiales tras la Revolución naranja que tuvo lugar en Ucrania en 2005⁵⁴.

Creo sinceramente que el sistema de arbitraje de inversiones no existiría de la forma en que existe hoy día si no fuera por los abogados.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD)⁴⁷

Extracto de un juego de rol para formar a profesionales del arbitraje⁵³

Abogado especializado en inversiones: Bien, se que están buscando un abogado duro para que les ayude en [el país imaginario] Ruritania, pero hoy estoy aquí para proponerles un enfoque totalmente distinto a ese problema que tienen en Ruritania, y creemos, basándonos en nuestra experiencia, que es un enfoque que les garantizará con mucha mayor probabilidad el tipo de compensación que merece Toll-Stoy [una compañía constructora imaginaria].

Abogado de Toll-Stoy: ¿Y qué enfoque es ese?

Abogado especializado en inversiones: ¿Se han planteado una demanda amparada en un TBI?

Abogado de Toll-Stoy: ¿Un TBI?

Abogado especializado en inversiones: Un tratado bilateral de inversiones.

Abogado de Toll-Stoy: ¿Tratado bilateral de inversiones? ¿Qué es eso?

[Largo intercambio sobre el sistema de los TBI]

Abogado especializado en inversiones: Bien, el TBI les evita los tribunales de Ruritania y los sitúa ante un organismo independiente y neutral de árbitros que tiene el poder de dictar laudos de millones de dólares a favor de Toll-Stoy, y después pueden tomar ese laudo y conseguir que sea tratado como una sentencia en 142 países de todo el mundo.

Abogado de Toll-Stoy: Oh, eso sí que me interesa. Siga contándome.

CUADRO 4

Perfil de King & Spalding

King & Spalding se ha hecho un lugar entre las principales firmas del arbitraje internacional durante la última década, centrándose casi exclusivamente en las demandas inversor-Estado. Según *Global Arbitration Review*, la clave del éxito de este bufete fue ganar varios casos contra Argentina ante el CIADI⁵⁵. Hasta febrero de 2012, King & Spalding había representado a inversores en al menos 15 de los 49 casos presentados contra Argentina en el CIADI⁵⁶, más que ninguna otra firma. Doak Bishop, corresponsable del grupo de arbitraje internacional de la firma, es considerado “el abogado de referencia para las demandas derivadas de la crisis del peso en Argentina”⁵⁷. Bishop consiguió una asombrosa indemnización de 185 millones de dólares para la compañía estadounidense Azurix, que había asumido la gestión del sistema privatizado de agua y alcantarillado en la región de Buenos Aires y que demandó a Argentina cuando la junta reguladora del agua de la región la culpó por un brote de algas en 2000.

La segunda gran especialidad de King & Spalding es trabajar para “grandes y megagrandes compañías internacionales de gas y petróleo”⁵⁸. A mediados de la década de 1990, la firma abrió una oficina en Houston a petición del gigante del petróleo Texaco, con sede en esa misma ciudad, que deseaba que King & Spalding se encargara de sus necesidades en materia de litigios. Desde entonces, el bufete ha informado a las compañías energéticas de que el arbitraje es una de las “opciones estratégicas disponibles cuando la catástrofe sacude al gran proyecto internacional de energía”. El concepto de ‘catástrofe’ ha incluido, por ejemplo, que un Gobierno recién elegido rescinda un proyecto, situaciones de revuelta civil o que ejecutivos de una compañía fueran arrestados con cargos penales⁵⁹. Las controversias relacionadas con la energía representan, de hecho, una parte importante de las demandas inversor-Estado.

King & Spalding representa actualmente a Chevron en una polémica demanda contra Ecuador. Chevron inició el proceso arbitral para evitar pagar 18.000 millones de dólares para limpiar una zona contaminada por sus actividades de perforación de petróleo en la selva amazónica, tal como le habían ordenado los tribunales ecuatorianos. El caso ha sido tildado de “atroz abuso” del arbitraje de inversiones para evadir la justicia⁶⁰. Doak Bishop, por su lado, ha tachado de “irrelevantes” a las comunidades de la selva que se vieron perjudicadas por la destrucción ecológica de Chevron⁶¹.

El árbitro designado por el inversor en el caso de Chevron-Ecuador, Horacio Grigera Noan, ha recibido duras críticas de las comunidades de la selva por su estrecha relación comercial con King & Spalding⁶². En otro caso de una compañía petrolera estadounidense contra Ecuador, el árbitro designado por el inversor, Guido Tawil, dimitió a raíz de que se denunciara una “conexión y relación extremadamente cercanas” con King & Spalding, encargada de defender a la compañía⁶³.

King & Spalding cuenta con unos 50 abogados especializados en arbitraje, que trabajan desde ciudades estratégicas como Washington, Nueva York, París, Londres y Singapur⁶⁴. Varios de los abogados de la firma actúan como árbitros y algunos ocupan cargos en instancias arbitrales como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI⁶⁵. Margrete Stevens, “el ex funcionario del CIADI de más alto nivel en pasarse al sector privado”⁶⁶, se incorporó a King & Spalding después de 17 años en el CIADI. Sus colegas también tienen excelentes contactos con responsables de la formulación de políticas en materia de inversiones: Guillermo Aguilar-Álvarez, por ejemplo, trabajó en su día como asesor jurídico para el Gobierno mexicano en las negociaciones sobre el TLCAN (el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre los Estados Unidos, Canadá y México)⁶⁷.

Los abogados de King & Spalding rara vez han representado al Estado en una disputa inversor-Estado; de las 37 disputas de este tipo citadas en su página web en marzo de 2012, en 35 de ellas habían actuado en nombre de la compañía⁶⁸.

El temor como instrumento para someter a los Gobiernos

Los abogados especializados en arbitraje también animan a sus clientes a utilizar la amenaza de las demandas de inversión como forma de asustar a los Gobiernos y que estos cedan. Según la firma Luther: “Un acuerdo, al que siempre se debería aspirar, es más fácil de alcanzar bajo la sombra de una inminente demanda relativa a un tratado de inversiones”⁶⁹. Luther fue uno de los bufetes que ayudó a conseguir un acuerdo para el gigante sueco de la energía Vattenfall contra Alemania, en lo que fue el típico caso en que un Gobierno rebaja los estándares al verse frente a una gran demanda de indemnización (véase el cuadro 5, página 27).

He visto las cartas de las firmas de abogados de Nueva York y Washington que llegaban al Gobierno canadiense sobre prácticamente cualquier nueva regulación ambiental [...]. Apuntaron a casi todas las nuevas iniciativas y la mayoría de ellas nunca vio la luz del día.

Ex-funcionario del Gobierno canadiense⁷⁰

Estos ‘ataques preventivos’ parecen ir al alza, de forma que el arbitraje de inversiones ya no representa un último recurso, sino un arma política en una guerra de desgaste más amplia contra los Estados⁷¹. Hay pruebas de que algunas leyes propuestas o incluso ya adoptadas en materia de protección del medio ambiente y la salud pública han sido abandonadas o diluidas debido a la amenaza de una gran demanda por daños y perjuicios. Canadá, por ejemplo, no siguió ciertas políticas antibacaco después de que las grandes tabaqueras amenazaran con reclamar una indemnización⁷². Cinco años después de que entraran en vigor las disposiciones inversor-Estado del TLCAN, un exfuncionario del Gobierno canadiense le explicaba a un periodista: “He visto las cartas de las firmas de abogados de Nueva York y Washington que llegaban al Gobierno canadiense sobre prácticamente cualquier nueva regulación y propuesta ambiental en los últimos cinco años. Incluían temas como productos químicos para el lavado en seco, productos farmacéuticos, pesticidas y la ley de patentes. Apuntaron a casi todas las nuevas iniciativas y la mayoría de ellas nunca vio la luz del día”⁷³.

Haciendo dinero con el ajedrez en 3-D: estructurando las inversiones en búsqueda del tratado más favorable

Los abogados también ayudan a los inversores a estructurar sus inversiones de manera de elegir los tratados más favorables para sus demandas contra Estados, lo que se conoce como ‘la búsqueda del tratado más favorable’ (*treaty-shopping*). Gracias a su alcance global, las multinacionales pueden demandar al mismo país en varias instancias y basándose en los mismos hechos. En uno de los casos más famosos de esta “guerra de varios frentes”, que se ha comparado con “un ajedrez en 3-D”⁷⁴, el multimillonario de la compañía estadounidense de cosmética Ronald Lauder demandó a la República Checa amparándose en el TBI entre los Estados Unidos y la República Checa y, después, volvió a hacerlo amparándose en el TBI entre los Países Bajos y la República Checa (la inversión se había estructurado a través de un vehículo neerlandés). En el segundo caso, se ordenó a la República Checa que pagara 270 millones de dólares más intereses, una cantidad equivalente a todo el presupuesto de salud del país. El primer caso fue desestimado⁷⁵.

Los abogados también aconsejan a sus clientes sobre lo que denominan, eufemísticamente, “estructuración corporativa para la protección de inversores” con el objetivo de garantizar el acceso a las vías de arbitraje más favorables a los inversores. El autoproclamado ‘abogado de política exterior’ Robert Amsterdam lo explicaba así: “Con el fin de sacar partido de los TBI más fuertes, el inversor debería plantearse estructurar la compañía a través de un tercer Estado para mayor seguridad; es decir, una compañía canadiense que desee invertir en Bolivia podría optar por establecer una sociedad ficticia en Suecia para conseguir las medidas de protección de un tratado más fuerte”⁷⁷. Gracias a esta estructuración exterior, una compañía ‘lituana’ podría demandar a Ucrania en base a un TBI, incluso aunque esta fuera en un 98% propiedad de ciudadanos ucranianos⁷⁸.

No es ningún delito ser inteligentes con la búsqueda del TBI más favorable.

Elvira R. Gadelshina, de la firma de abogados rusa Yukov, Khrenox & Partners⁷⁶

Los Países Bajos, que cuentan con una de las mayores redes de tratados de inversión del mundo, son un “destino popular en la búsqueda del tratado más favorable”⁷⁹. Esto es gracias a firmas de abogados como De Brauw Blackstone Westbroek, con sede en Amsterdam, que viajan por todo el mundo anunciando inversiones en países en desarrollo y ricos en recursos energéticos ‘a través de’ los Países Bajos⁸⁰. El bufete estadounidense Baker McKenzie recomienda a sus clientes en los Estados Unidos que estructuren las inversiones en China a través de compañías intermediarias en los Países Bajos, puesto que no existe ningún tratado de inversión entre los Estados Unidos y China, pero sí entre China y los Países Bajos⁸¹. Cuando el Gobierno australiano dio la espalda al arbitraje inversor-Estado en abril de 2011, la firma Clifford Chance sugirió que los Países Bajos ofrecían “una alternativa muy popular” a las corporaciones australianas que aún desearan demandar a Estados extranjeros⁸².

CUADRO 5

Representando a Vattenfall

Desprecio por el medio ambiente y la democracia

En 2009, el gigante sueco de la energía Vattenfall interpuso la primera demanda conocida relativa a un tratado de inversiones en contra de Alemania. La compañía reclamaba una indemnización de 1.400 millones de euros (1.900 millones de dólares⁸³) por las medidas ambientales que limitaban el uso y el vertido del agua de refrigeración para una central eléctrica de carbón situada en las márgenes del río Elba en Hamburgo. Después de que Alemania accediera a rebajar los estándares ambientales, se alcanzó un acuerdo, con lo que se exacerba el impacto que tendrá la central eléctrica en el río y en su fauna y flora⁸⁴.

Después de la primera incursión exitosa, Vattenfall presentó su segunda demanda inversor-Estado contra Alemania en mayo de 2012, reclamando daños y perjuicios en relación con dos de sus centrales nucleares. Después de la catástrofe de Fukushima y de que el público alemán endureciera su postura antinuclear, el Gobierno alemán había decidido abandonar paulatinamente la energía nuclear. Vattenfall está exigiendo por ello una indemnización de 3.700 millones de euros (4.600 millones de dólares⁸⁶), incluso aunque esas dos centrales no estaban operativas en el momento en que se tomó la decisión sobre el abandono de la energía nuclear⁸⁷.

En ambos casos, Vattenfall fue representada por la firma alemana Luther y por la sueca Mannheimer Swartling. Estos dos bufetes no se encuentran entre los más grandes del mundo, pero su labor arbitral es global.

El equipo especializado en solución de controversias de **Mannheimer Swartling**, compuesto por 60 abogados, es el “grupo dominante”⁸⁸ de la firma. Los abogados están repartidos entre Suecia, Alemania y Hong Kong, aunque también vuelan con frecuencia a su oficina en Moscú⁸⁹. Están especializados en controversias relacionadas con recursos energéticos y naturales en el marco de TBI y del Tratado sobre la Carta de la Energía, que muchas veces implica a países de la antigua Unión Soviética. Seis de los abogados del bufete actúan como árbitros⁹⁰, entre los cuales Kaj Hobér, exabogado de la firma White & Case, que ha comparecido en más de 300 arbitrajes⁹¹. En tanto que “uno de los referentes entre los actuales académicos-practicante de la profesión”⁹², Hobér fue nombrado catedrático de la Universidad de Uppsala, Suecia, para dirigir el primer programa de maestría de Europa sobre arbitraje relativo a tratados de inversión⁹³.

Luther es una de las tres firmas alemanas entre las primeras 100 del mundo⁹⁴ y se ve a sí misma como “una firma comercial”, que “piensa y actúa como los empresarios”⁹⁵. Este bufete también parece estar especializado en controversias planteadas en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía; uno de sus socios, Richard Happ, pasó parte de su formación jurídica en la secretaría de la Conferencia sobre la Carta de la Energía⁹⁶. Happ también actúa como árbitro y es co-autor de un folleto publicado por el Gobierno alemán en que se sugieren varias políticas públicas que son propicias al arbitraje de inversiones (véase la página 24).

Un tercer actor en los casos de Vattenfall es la firma estadounidense **K&L Gates**, que representa al Gobierno alemán. A este último no parece importarle que las abogadas de la firma que trabajan en el caso, Sabine Konrad y Lisa Richman, se encuentren entre los abogados que están promocionando de forma más activa que se interpongan demandas relativas a tratados de inversión contra Estados (véanse las páginas 19 y 23). Konrad también actúa como árbitro y se movilizó en contra de la reforma de la política europea de inversiones (véase la página 28)⁹⁷. Dirige el departamento de arbitraje en Alemania para K&L Gates junto con Johann von Pachelbel, que fue uno de los consejeros de Mannheimer Swartling en representación de Vattenfall en el primer caso de esta compañía contra Alemania⁹⁸.

Quien desee la paz,
que prepare la guerra.

Vegecio, siglo IV

Nosotros estamos
preparados

Anuncio de la firma Luther sobre
su labor de arbitraje⁸⁵

Allanando el camino para futuras demandas

Las firmas de abogados también desempeñan un papel clave a la hora de asegurar que los laudos arbitrales sean de alcance amplio y favorables a los inversores, con lo que pueden incrementar su negocio en el futuro. ¿Debe permitirse a un inversor agraviado interponer demandas paralelas basadas en los mismos hechos? ¿Puede un inversor con un 98% de titularidad ucraniana demandar a Ucrania a través de un holding lituano? Las respuestas a estas polémicas cuestiones jurídicas son importantes para los casos concretos, pero también para las futuras posibilidades de éxito de los inversores. Según algunos estudios, los tribunales tienden a resolver estas cuestiones con interpretaciones amplias y favorables a los inversores, con lo que se allana el camino para que sigan proliferando las demandas contra Estados⁹⁹. Y aunque, en última instancia, son los árbitros los que deciden sobre estos temas, los abogados de las partes desempeñan un papel clave al aportar los argumentos de base¹⁰⁰. Esta es otra vía de que disponen las firmas de abogados para perpetuar y exacerbar la injusticia del sistema de arbitraje de inversiones.

Enseña a los Gobiernos y asegúrate nuevos clientes

Las firmas de abogados especializadas en arbitraje incluso parecen haber negociado algunos tratados de inversión para Gobiernos, a los que instruyen con regularidad sobre el arbitraje y a los que aconsejan sobre la redacción de tratados. El bufete suizo Lalive, por ejemplo, organiza periódicamente cursos de aprendizaje electrónico sobre el arbitraje de inversiones para UNITAR, la organización de las Naciones Unidas para la generación de capacidades en países en desarrollo¹⁰¹. Los funcionarios de países pobres reciben becas extra y Lalive se beneficia de una larga lista de nuevos clientes en potencia.

En noviembre de 2011, una docena de abogados del Gobierno de Ghana, Gambia, Liberia, Sudáfrica, Uganda y Egipto asistieron durante toda una semana a una formación sobre la legislación y el arbitraje de inversiones, patrocinada por algunas de las grandes firmas del arbitraje, como Salans, Hogan Lovells, Volterra Fietta, WilmerHale y Allen & Overly, que proporcionó a los formadores¹⁰².

Cabildeo para acabar con la reforma de los tratados de inversión

A medida que los Gobiernos se dan cuenta de la amenaza que representa el régimen internacional de inversiones para el desarrollo de políticas públicas responsables, son cada vez más los que intentan reducir su exposición jurídica a las controversias inversor-Estado (véase la página 16). Las asociaciones de la industria y las grandes firmas de abogados han organizado feroces campañas de cabildeo para neutralizar cualquier proceso de reforma, apuntalando un sistema injusto pero tremendamente lucrativo¹⁰⁴.

El actual debate en la UE es un caso paradigmático¹⁰⁵. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, los abogados se vieron ante el riesgo de que se produjera una reforma radical de los tratados de inversión en la UE. Sindicatos y grupos de la sociedad civil llevaban mucho tiempo instando a que se revisaran los TBI de los Estados miembros de la UE con el fin de garantizar un mayor equilibrio entre intereses públicos y privados. Abogaban por una nueva generación de acuerdos: sin disposiciones sobre la solución de controversias inversor-Estado, con obligaciones para los inversores, con términos más precisos y restrictivos sobre sus derechos, y con referencias explícitas al derecho a regular de los países. Algunos eurodiputados también se estaban moviendo en esa dirección.

Hay gente dentro del sistema que está muy a favor de la forma en que funciona actualmente y hace mucho para animar a los Gobiernos a firmar tratados. Trabajan como abogados, asesoran a los Gobiernos y les dicen que, en realidad, todas esas preocupaciones sobre los tratados de inversión son exageradas y que deberían seguir firmándolos.

Investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones¹⁰⁶

propuesto¹⁰⁷. De Brauw y K&L Gates se hicieron eco de esta advertencia¹⁰⁸. Pero los bufetes se guardaron de mencionar que obtienen importantes beneficios con estos llamados 'TBI intracomunitarios', demandando a los mismos Gobiernos de la UE a los que estaban presionando para que la base jurídica de su negocio permaneciera intacta. De Brauw, por ejemplo, representa a la compañía de seguros neerlandesa Eureko en una demanda por la que se reclaman 100 millones de euros (142 millones de dólares¹⁰⁹) al Gobierno eslovaco amparándose en el TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia. El Gobierno eslovaco había revertido las políticas de privatización de la salud de la administración anterior, exigiendo a los proveedores de seguros de salud que operaran sin fines de lucro¹¹⁰.

También asesoramos a los Gobiernos sobre la redacción y la negociación de TBI, y sobre la gestión del riesgo de las demandas de inversión en la ejecución de las políticas gubernamentales.

Hogan Lovells¹⁰³

Pero eso no era lo que tenía en mente la industria del arbitraje. Para influir en el debate, firmas como Hogan Lovells, Herbert Smith Freehills y Baker McKenzie invitaron a responsables de políticas de la UE a una serie de debates "informales pero informados" con sus clientes multinacionales, entre ellos varios de los que han demandado a Estados en base a tratados de inversión, como Deutsche Bank y Shell. El bufete neerlandés De Brauw envió un artículo a los eurodiputados en que criticaba duramente las moderadas propuestas de reforma del Parlamento Europeo. El mensaje de estas firmas estaba claro. Los TBI vigentes y el alto nivel de protección de los inversores, especialmente en lo referente al arbitraje inversor-Estado, debían mantenerse, y la protección de las inversiones no debía vincularse con normas laborales ni ambientales.

Los abogados especializados en inversiones estaban también muy interesados en mantener los tratados de inversión que los países de la UE habían firmado entre ellos. Emmanuel Gaillard, un árbitro de élite de la firma Shearman & Sterling, advirtió sobre las "desastrosas consecuencias económicas" en caso de que dichos tratados fueran abolidos, tal como se había

Abogados especializados en inversiones: entrando y saliendo del Gobierno

En su lucha contra una reforma significativa de la legislación en materia de inversión internacional, la industria del arbitraje puede contar con un acceso de primer nivel a los legisladores y funcionarios de políticas que se encargan de negociar los tratados de inversión y manejar las controversias. Muchos de estos funcionarios públicos recorren las mismas conferencias y socializan en las mismas cenas de gala; y muchos de los que integran el circuito del arbitraje, especialmente en los Estados Unidos, han trabajado previamente en el Gobierno y en instituciones internacionales (véase el cuadro 6).

Esta puerta giratoria le garantiza a la industria del arbitraje un valioso acceso a información privilegiada. En una entrevista, Theodore Posner, que en el pasado trabajó para el Gobierno estadounidense y ahora trabaja para la firma Weil, Gotshal & Manges, explicó que él y otros como él “sabemos cómo los funcionarios del Gobierno negocian los tratados y cómo analizan los problemas”. Posner está ahora cabildeando para que los futuros tratados de inversión de los Estados Unidos se ajusten a las necesidades de sus clientes corporativos¹¹¹.

La puerta giratoria también provoca conflictos de interés, ya que invita a funcionarios públicos a utilizar sus cargos para su provecho personal, incluido para el beneficio de futuros empleadores. Varios de los negociadores y asesores del capítulo sobre inversiones del TLCAN se han convertido en nombres muy conocidos de la industria del arbitraje. Entre ellos, estarían Daniel Price, que negoció por parte de los Estados Unidos (véase su perfil en la página 44), y Jan Paulsson (véase su perfil en la página 40) y Guillermo Aguilar-Álvarez (de King & Spalding), ambos asesores del Gobierno mexicano. En cuanto se firmó el TLCAN, estos abogados animaron a varias compañías a demandar a los tres Estados signatarios. En un artículo de 1995, Paulsson se mostraba entusiasmado con “este nuevo territorio para el arbitraje internacional” que solo permite a las compañías demandar al Estado, pero no viceversa¹¹².

CUADRO 6

La puerta giratoria: algunos casos emblemáticos

Barton Legum, de la firma parisina Salans, antes llamada Debevoise & Plimpton, trabajó para el Departamento de Estado estadounidense de 2000 a 2004. Legum era el principal consejero encargado de defender a los Estados Unidos frente a demandas de inversión y ayudó a desarrollar nuevos tratados de inversión. Actualmente, vende los conocimientos privilegiados que adquirió durante ese período a compañías como Apotex, una farmacéutica canadiense que ha demandado a los Estados Unidos por al menos 520 millones de dólares basándose en el capítulo de inversiones del TLCAN¹¹³. Legum también actúa como árbitro.

Regina Vargo entró a trabajar en Greenberg Traurig, un bufete de Washington, después de más 30 años en el Gobierno estadounidense, durante los que, entre otras cosas, actuó como principal negociadora de tratados de libre comercio e inversiones como el CAFTA-DR (Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica y República Dominicana)¹¹⁴. Según uno de sus colegas “nadie ha tenido una relación más estrecha y personal con el CAFTA”¹¹⁵. En la primera demanda inversor-Estado que se interpuso al amparo de este tratado, Vargo obtuvo un laudo de unos 12 millones de dólares del Gobierno guatemalteco para un inversor ferroviario estadounidense. Según comentaba un sindicalista: “Fue pagada por el USTR [Representante de Comercio de los Estados Unidos] para cerrar un buen trato en nombre de los inversores estadounidenses en Centroamérica. Y ahora está asumiendo el primer caso para demostrar la forma en que tratados como el CAFTA favorecen a esos inversores”¹¹⁶.

Anna Joubin-Bret, de la firma estadounidense Foley Hoag, trabajó durante 15 años en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), asesorando a países en desarrollo sobre cuestiones relacionadas con tratados de inversión. Joubin-Bret fue la principal organizadora de las tristemente famosas rondas para la firma multitudinaria de tratados organizadas por la UNCTAD, en las que se atraía a países en desarrollo a una sala llena de negociadores, de la que salían como signatarios de docenas de tratados de inversión¹¹⁷. En Foley Hoag, Joubin-Bret representa ahora a Gobiernos en demandas inversor-Estado y los asesora sobre la redacción de tratados.

Los miembros de nuestro equipo tienen unos conocimientos y experiencia sin igual, a menudo procedente de su previo servicio en Gobiernos de todo el mundo.

Sidley Austin hablando sobre su departamento de arbitraje¹¹⁸

Custodios de la llama corporativa

En 2001, el periodista y escritor William Greider describía el capítulo sobre inversiones del TLCAN como fruto de la estrategia a largo plazo de la industria para obligar a los Gobiernos a desembolsar una indemnización siempre que regulan. Los abogados corporativos, sugería Greider, eran “la principal correa de transmisión” para poner en práctica esta idea. “Su papel, a menudo subestimado, consiste en actuar como los custodios de la llama, alimentando objetivos normativos a largo plazo durante muchos años y más allá de la influencia transitoria de políticos electos o directores de compañías. Ellos mismos entran y salen del Gobierno, ayudando a redactar los textos y leyes oficiales que luego, cuando vuelven al sector privado, utilizan como herramientas en nombre de clientes corporativos”¹¹⁹.

“ Un grupo de exploradores ha partido con la intención de descubrir un nuevo territorio para el arbitraje internacional. Ya han desembarcado en algunas islas y han preparado mapas que muestran un inmenso continente bajo sus pies. ”

Jan Paulsson, de Freshfields, promoviendo el arbitraje de inversiones en 1995¹²⁰



La guía básica de un abogado especializado en inversiones

Hazte miembro del club. Toma la Blackberry y asiste a conferencias sobre arbitraje en todo el mundo. Abónate a caras listas de correo electrónico. Hazte amigo de otros abogados, árbitros, financiadores y académicos que se mueven en el mundo del arbitraje.

Ficha a funcionarios de Gobiernos. Su información privilegiada es inestimable y sus contactos con antiguos compañeros podría resultar muy útil.

Conoce a los árbitros. Entérate de qué leen, escriben y piensan; qué les gusta y qué no. Cuanto mejor conozcas al árbitro, más fácil te resultará convencerlo y conseguir que emita un dictamen a tu favor.

Sé el árbitro. ¡Aún mejor! Nadie es tan astuto como el abogado que actúa regularmente como árbitro.

Crea tu propio negocio. Permanece atento a las guerras, crisis económicas y cambios políticos. Y no te olvides del marketing. Convince a tus clientes multinacionales que el arbitraje de inversiones es una forma de hacer dinero con estas situaciones turbulentas.

Infla el negocio. Dedícate a la búsqueda selectiva de tratados. Interpón demandas paralelas contra Estados basadas en los mismos hechos. Presenta interpretaciones amplias y favorables al inversor sobre cuestiones jurídicas controvertidas con el fin de allanar el camino a más demandas en el futuro.

Asusta a los Estados. La amenaza de una demanda multimillonaria por parte de un inversor mantendrá a raya a los Gobiernos. Con un contrato de honorarios condicionales, puedes embolsarte una buena cifra con un acuerdo amistoso.

Actúa como mentor. Ofrece actividades gratuitas para el fortalecimiento de capacidades a Gobiernos pobres, todos ellos clientes potenciales. Quizá puedes incluso asesorarlos sobre la redacción de tratados.

Cabildea contra la reforma de los tratados de inversión. Los tratados de inversión son tu gallina de los huevos de oro. Lucha contra las propuestas de reforma que podrían reducir su rentabilidad.

¡Pero protege el sistema! El arbitraje relativo a tratados de inversión atraviesa una crisis de legitimidad. Tendrás que tragarte algunas pequeñas reformas para que el sistema se mantenga intacto y siga siendo lucrativo.

Referencias capítulo 3

- 1 Markert, Lars (2012) "Investitionsrecht aus der anwaltlichen Praxis", presentación en el International Investment Law Centre Cologne, 18 de mayo; traducción de Pia Eberhardt .
- 2 Happ, Richard/ Bischoff, Jan Asmus (2011) Rechtsschutz bei Staatsbankrott?, Luther News, 16 de agosto, pp. 1, 6.; traducción de Pia Eberhardt.
- 3 UNCTAD (2011) Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements, Issues Note No 2, julio.
- 4 Peterson, Luke Erik (2008) Round-Up: Where things stand with Argentina and its many investment treaty arbitrations, Investment Arbitration Reporter, 17 de diciembre, http://www.iareporter.com/articles/20090929_15 [02-09-2012].
- 5 En 2008, el salario promedio de un profesor en Argentina era de 2.158 pesos argentinos al mes (<http://www.cippec.org/Main.php?do=documentsDoDownload&id=468>) y de un doctor, 4.000 pesos argentinos al mes (<http://www.semanaprofesional.com/?nota=22581> y <http://www.semanaprofesional.com/?nota=13220>).
- 6 Konrad, Sabine F./ Richman, Lisa M. (2011) Investment Treaty Protection for State Defaults on Sovereign Bonds – The Broader Implications of Abaclat et al. v. The Argentine Republic, K&L Gates Legal Insight, 17 de octubre, p. 1, 4.
- 7 Heneghan, Patrick/ Perkams, Markus (2012) The clawback – can arbitration help Greek bondholders against redress?, LegalWeek.com, 11 de mayo, <http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/2173647/clawback-arbitration-help-greek-bondholders-gain-redress> [15/06/2010].
- 8 Nolan, Michael D./ Sourgens, Frédéric G. (2011) The U.S. And EU Debt Crises in International Law – A Preliminary Review, Wall Street Lawyer 15:10; Leijten, Marnix/ van Geuns, Edward (2011) Griekenland moet wel terugbetalen, Het Financieel Dagblad, 23 de septiembre; Strik, Daniella (2012) Proposed Greek Collective Action Clauses Law May Trigger Its International Law Obligations, <http://kluwer.practicesource.com/blog/2012/proposed-greek-collective-action-clauses-law-may-trigger-its-international-law-obligations/> [11-07-2012].
- 9 The American Lawyer (2012) Firm profiles. Milbank, Tweed, Hadley & McCloy, <http://www.americanlawyer.com/firmProfile.jsp?name=Milbank%2C+Tweed%2C+Hadley+%26+McCloy> [23-08-2012]. Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1.295 USD (vigente a 31 de diciembre de 2011).
- 10 La firma de abogados alemana Gröpper Köpke está representando a un grupo de 500 prestamistas alemanes, que reclaman unos 100 millones de euros en concepto de daños y perjuicios. Según algunas noticias, los bufetes estadounidenses Brown Rudnick y Bingham McCutchen también ofrecieron a los acreedores un consejo parecido. Véase Karadelis, Kyriaki (2012) Greece. A new Argentina?, Global Arbitration Review, 12 de junio, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30603/greece-new-argentina> [13-06-2012].
- 11 El número de casos relativos a tratados fue proporcionado por las firmas de abogados a *Global Arbitration Review* (GAR), pero no ha sido verificado por esta. Los casos se refieren a arbitrajes de inversiones que estaban activos en septiembre de 2011; fuente (salvo que se indique lo contrario): <http://www.globalarbitrationreview.com/gar100/>.
- 12 Entre los ejemplos, estarían: Allen & Overy (Reino Unido), Baker & McKenzie (Estados Unidos), Baker Botts (Estados Unidos), Clifford Chance (Estados Unidos), Covington & Burling (Estados Unidos), de Brauw Blackstone Westbroek (Países Bajos), Dechert (Estados Unidos), Derains & Gharavi (Francia), Herbert Smith Freehills (Reino Unido), Lalive (Suiza), Mannheimer Swartling (Suecia), Milbank, Tweed, Hadley & McCloy (Mannheimer Swartling), Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom (Mannheimer Swartling), Squire Sanders (Mannheimer Swartling), Volterra Fietta (Reino Unido), Weil, Gotshal & Manges (Mannheimer Swartling), Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr (Mannheimer Swartling) y Wolf Theiss (Austria).
- 13 Véase nota 11.
- 14 Salvo que se indique lo contrario, las cifras de esta columna proceden de la revista *The American Lawyer* (The Global 100, The Am Law 200 o los perfiles de firmas individuales que ofrece la revista).
- 15 Ibid.
- 16 Información elaborada por las autoras basándose en los casos mencionados por la revista *The American Lawyer*, las páginas web de las propias firmas, el servicio de noticias y análisis Investment Arbitration Reporter (<http://www.iareporter.com/>) y el portal electrónico Investment Treaty Arbitration (<http://italaw.com/>).
- 17 Chambers Associate (2012) Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mostle LLP, <http://www.chambers-associate.com/Law/FirmFeature/3832> [23-10-2012].
- 18 Según Amy Fantini Deschodt, responsable de prensa de Cleary Gottlieb, en 2011 la firma participó en más de 10 casos inversor-Estado relativos a tratados. Correo electrónico de Amy Fantini Deschodt a Corporate Europe Observatory con fecha de 28 de agosto de 2012.
- 19 Según Barry Appleton, socio gerente de Appleton & Associates, en 2011 la firma participó en 10 o más casos inversor-Estado relativos a tratados . Correo electrónico de Barry Appleton a Corporate Europe Observatory con fecha de 21 de agosto de 2012.
- 20 Zeughauser Group (2012) ZGuide to leading law firms, p. 44.
- 21 Ibid.
- 22 Freshfields Bruckhaus Deringer (2010) Bilateral investment treaties. Managing the risk of government intervention, junio, p. 2.
- 23 Markert, Lars (2012), véase nota 1.
- 24 Casley Gera, Ravinder (2009) The Globalisation of Arbitration, The Chambers Magazine, <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/The-Globalisation-of-Arbitration> [16-05-2012].
- 25 Peterson, Luke Eric (2010) Investor and lawyers fall out over contingency-fee arrangement in aftermath of ICSID arbitration, Investment Arbitration Reporter, 7 de mayo, http://www.iareporter.com/articles/20100507_6 [15-06-2012].
- 26 Global Arbitration Review (2012) Global Arbitration Review 100. The guide to specialist arbitration firms 2012, p. 3.
- 27 Ibid.
- 28 Casley Gera, Ravinder (2009), véase nota 24.
- 29 Global Arbitration Review (2009) Global Arbitration Review 100. The guide to specialist arbitration firms 2009, p. 2.
- 30 Gottwald, Eric (2007) Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?, *American University International Law Review* 22:2, 237-275, pp. 252ff.
- 31 Bouc, Frantisek/Aust Ondrej (2009) Česko našlo recept na arbitráže, Lidove Noviny, 9 de julio.
- 32 Global Arbitration Review (2012), véase nota 26, p. 4.
- 33 K&L Gates (2012) International Arbitration. Why K&L Gates? Key distinguishing features of our arbitration practice, p. 1.
- 34 White & Case/Queen Mary University of London International School of Arbitration (2010) 2010 International Arbitration Survey. Choices in International Arbitration, p. 27.
- 35 Global Arbitration Review (2012), véase nota 26, p. 4.
- 36 Freshfields, con 25 abogados que actúan como árbitros, es la líder del mercado. Véase: Global Arbitration Review (2012) Freshfields Bruckhaus Deringer, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30337/freshfields-bruckhaus-deringer/> [16-08-2012].

- 37 Comunicación por correo electrónico con Nathalie Bernasconi-Osterwalder, abogada sénior del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), 24 de agosto de 2012.
- 38 Global Arbitration Review (2009), véase nota 29, p. 31.
- 39 King & Spalding (2011) Client Alert. Crisis in Libya: What Legal Options are Available to Oil and Gas Companies?, mayo.
- 40 Freshfields Bruckhaus Deringer (2011) Investments in Libya. Potential claims under Bilateral Investment Treaties and political risk insurance policies, marzo, p. 2.
- 41 King & Spalding (2011), véase nota 39.
- 42 Véase, por ejemplo: Clifford Chance (2001) Contracts with Libyan State agencies – implications of the current crisis, marzo; Annacker, Claudia/ Maydell, Niklas (2001) Libyen: Entschädigung für Investoren im Kriegsgebiet, Die Presse, http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/684109/Libyen_Entschaedigung-fuer-Investoren-im-Kriegsgebiet, 8 de agosto; Fulbright (2011) New Business Opportunities Expected, but Are Troubling Times Also Ahead for Investors in Libya?, septiembre, http://www.fulbright.com/index.cfm?fuseaction=publications.detail&pub_id=5086&site_id=494&detail=yes [17-05-2012].
- 43 Schreuer, C. H. (2011) The Protection of Investments in Armed Conflicts, advance publication, Transnational Dispute Management, junio.
- 44 K&L Gates (2011) Arbitration Alert. International Arbitration against Hungarian Special Sales Tax, 17 de enero.
- 45 Poulton, Ed/ Davies, Richard (2011) Vattenfall v Germany: the nuclear option and investment arbitration, Commercial Dispute Resolution, 10 de noviembre, <http://www.cdr-news.com/arbitration-and-adr/112-articles/1554-vattenfall-v-germany-the-nuclear-option-and-investment-arbitration> [19-05-2012].
- 46 White & Case (2012) Indian Patent Office Grants Compulsory License for Bayer's Nexavar. Implications for Multinational Drug Companies, abril, <http://www.whitecase.com/alerts-04022012/> [28-08-2012].
- 47 Entrevista con Nathalie Bernasconi-Osterwalder, abogada sénior del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), 15 de junio de 2012.
- 48 Markert, Lars (2012), véase nota 1.
- 49 Véase, por ejemplo, la reflexión del abogado de plantilla de la compañía General Electric, Michael McIlwrath, sobre la visita de una firma especializada en arbitraje que estaba promocionando sus servicios. McIlwrath sintió que lo trataban como "fungible" y que el interés de General Electric por la mediación (a diferencia del arbitraje) era ridiculizado "como un lindo hobby personal"; <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/04/12/anti-arbitration-feedback-on-your-recent-pitch/> [28-08-2012].
- 50 Entrevista con Nathalie Bernasconi-Osterwalder, véase nota 47.
- 51 Entrevista con Gus Van Harten, profesor adjunto de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, Universidad de York, Toronto, 30 de noviembre de 2011.
- 52 Nolan, Michael/ Baldwin, Teddy (2012) Minimising Risk in the Face of Government Action, Project Finance International, 16 de mayo, 47-49, p. 49, nota 1.
- 53 Arbitration International (2008) Birth of an ICSID Case – Act I, Scene I, Arbitration International 24:1, 5-15, pp. 6ff.
- 54 Germany Trade & Invest (2011) Hilfe, ich werde enteignet! Abkommen schützen Auslandsinvestitionen. p. 5; traducción de Pia Eberhardt.
- 55 Global Arbitration Review (2010) Global Arbitration Review 100. The guide to specialist arbitration firms 2010, p. 50.
- 56 Cálculo de las autoras, basado en los casos contra Argentina enumerados en la página web del CIADI el 23 de febrero de 2012, <http://icsid.worldbank.org> [23-02-2012].
- 57 Goldhaber, Michael D. (2007) Houston, We Have an Arbitration, Focus Europe, 2-4, p. 3.
- 58 King & Spalding (2011) Annual Review 2011, p. 5.
- 59 Bishop, Doak R./ Dimitroff Sashe D./ Miles, Craig S. (2001) Strategic Options Available When Catastrophe Strikes the Major International Energy Project, Texas International Law Journal 36, 635-688, p. 636.
- 60 Véase la página web <http://chevrontoxico.com/>. Para conocer la versión de los hechos de Chevron, véase: <http://www.theamazonpost.com/>.
- 61 The Chevron Pit (2012) Maria Aguinda. The Grandmother Who Beat Chevron, <http://thechevrontoxico.blogspot.de/2012/04/maria-aguinda-grandmother-who-beat.html> [05-04-2012].
- 62 Amazon Defense Coalition (2012) Chevron's Arbitrator Suffers from Acute Ethical Problems, Ecuadorians Assert, <http://chevrontoxico.com/news-and-multimedia/2012/0223-chevrons-arbitrator-suffers-from-acute-ethical-problems.html> [10-03-2012].
- 63 Ross, Alison (2012) Tawil and Stern step away from tribunal, Global Arbitration Review, 23 de febrero, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30195/tawil-stern-step-away-tribunal/> [23-03-2012].
- 64 King & Spalding (2011), véase nota 58, p. 13.
- 65 King & Spalding (2012) International Arbitration. Overview, <http://www.kslaw.com/practices/International-Arbitration/Overview> [22-02-2012].
- 66 Global Arbitration Review (2010), véase nota 55, p. 50.
- 67 King & Spalding (2012) Guillermo Aguilar-Alvarez, <http://www.kslaw.com/people/Guillermo-Aguilar-Alvarez> [10-03-2012].
- 68 King & Spalding (2012) International Arbitration, <http://www.kslaw.com/practices/International-Arbitration/Matters> [10-03-2012].
- 69 Germany Trade & Invest (2011), véase nota 54, p. 9; traducción de Pia Eberhardt.
- 70 Greider, William (2001) The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century, The Nation, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century#> [05-09-2012].
- 71 Zachary Douglas, de Matrix Chambers y del Graduate Institute de Ginebra Geneva (en aquel momento, aún en la Universidad de Cambridge), identificó esta tendencia en una conferencia celebrada en Frankfurt, del 1 al 3 de diciembre de 2009. European Commission (2009) Mission Report. 50 years of Bilateral Investment Treaties Conference – Frankfurt 1-3 December 2009, p. 4. Documento obtenido a través de las normas sobre libertad de información de la UE.
- 72 Para un análisis amplio sobre el arbitraje de inversiones y cómo los Gobiernos abandonan leyes por la amenaza de enfrentarse a grandes demandas por daños y perjuicios, véase: Tienhaara, Kyla (2010) Regulatory chill and the threat of arbitration, in: C. Brown and K. Miles (eds) Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, 606-627.
- 73 Greider, William (2001), véase nota 70.
- 74 Goldhaber, Michael (2009) Playing 3-D Chess, The American Lawyer, 1 de julio, <http://www.law.com/jsp/PubArticle.jsp?id=1202431685556> [10-05-2012].
- 75 CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic y Ronald S. Lauder vs. the Czech Republic (ambos procesos ante la CNUDMI).
- 76 Gadelshina, Elvira R. (2011) Major Pitfalls for Foreign Investors in Russia. What Are Russian BITs Worth?, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/12/01/major-pitfalls-for-foreign-investors-in-russia-what-are-russian-bits-worth/> [20-05-2012].
- 77 Amsterdam, Robert (2008) The Resource Nationalism Checklist, <http://corporateforeignpolicy.com/corporate-foreign-policy/the-resource-nationalism-checklist>, 17 de abril [16-05-2012].

- 78 Tokios Tokelès vs. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18).
- 79 SOMO (2011) Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to 'treaty shopping' by multinational corporations for investment protection.
- 80 Geuze, Niels/ Rebergen, Mark (2012) Benefits of structuring foreign energy investments through the Netherlands, *Oil&Gas Financial Journal*, 1 de febrero, <http://www.ogfj.com/articles/print/volume-9/issue-2/department/capital-perspective/benefits-of-structuring.html> [16-05-2012].
- 81 Baker & McKenzie (2011) How the Netherlands Bilateral Investment Treaty with China Offers Protection of your Chinese Investments, enero.
- 82 Clifford Chance (2011) Australia says good-bye to neutral investor-state dispute resolution, junio, p. 3.
- 83 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,352 USD (vigente a 17 de abril de 2009).
- 84 Bernasconi, Nathalie (2009) Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration, IISD; Rechtsanwälte Günther (2012) Briefing Note. The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg, ICSID proceedings by Vattenfall under the Energy Charter Treaty and the result for environmental standards, 11 abril.
- 85 Luther (2011), *International Arbitration*, p. 2.
- 86 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,244 USD (vigente a 31 de mayo de 2012).
- 87 PowerShift (2012) Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? Hintergründe zum neuen Streitfall Vattenfall gegen Deutschland (II), octubre.
- 88 *Global Arbitration Review* (2012), véase nota 26, p. 78.
- 89 *Global Arbitration Review* (2011) *Global Arbitration Review* 100. Mannheimer Swartling, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/29175/mannheimer-swartling/> [08-11-2012].
- 90 *Global Arbitration Review* (2012), véase nota 26, p. 78.
- 91 Mannheimer Swartling (2012) Dispute Resolution – Investment Treaty Arbitration, <http://www.mannheimerswartling.se/en/Activity-Groups/Litigation-and-Arbitration/Investment-Treaty-Arbitration/> [14-05-2012].
- 92 *Global Arbitration Review* (2011), véase nota 89.
- 93 Mannheimer Swartling (2012) News. Kaj Hobér appointed Professor of International Investment and Trade Law at Uppsala University, 28 de marzo, <http://www.mannheimerswartling.se/en/News/Latest-news/Kaj-Hober-appointed-Professor-of-International-Investment-and-Trade-Law-at-Uppsala-University-unique-interdisciplinary-and-jurisprudential-research-programme-launched/> [14-05-2012].
- 94 *Global Arbitration Review* (2012) GAR 100 – 5th edition, <http://www.globalarbitrationreview.com/surveys/survey/628/GAR-100/> [14-05-2012].
- 95 Luther (2012) Luther – die Unternehmeranwälte, <http://www.luther-lawfirm.com/ueberuns.php?r=1> [15-05-2012]; traducción de Pia Eberhardt.
- 96 Luther (2011), véase nota 85, p. 10.
- 97 Konrad, Sabine (2012) Investment Protection at Risk, K&L Gates (2012) K&L Gates Global Government Solutions 2012. Annual Outlook, 21-22.
- 98 Juve (2012) Ausbau. K&L Gates verstärkt Schiedsverfahrens- und Arbeitsrecht, <http://www.juve.de/nachrichten/namennachrichten/2012/01/ausbau-kl-gates-verstaerkt-schiedsverfahrens-und-arbeitsrecht> [14-05-2012].
- 99 Van Harten, Gus (2012) Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment-Treaty Arbitration? Forthcoming Study Gives Cause for Concern, *Investment Treaty News*, 13 de abril, <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investment-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern/> [18-06-2012].
- 100 Markert, Lars (2012), véase nota 1.
- 101 Lalive/UNITAR (2012) Introduction to Investment Arbitration (2012), <http://www.unitar.org/event/laliveunitar-introduction-investment-arbitration-2012> [04-09-2012].
- 102 Véase la página web de Africa International Legal Awareness (AILA), <http://www.aila.org.uk/>.
- 103 Hogan Lovells (2011) *Investment Protection and Arbitration*, p. 8.
- 104 Véase, por ejemplo: ACCI (2012) Australian Foreign Investment Requires Right to Sue Foreign Governments, 9 de agosto, <http://acci.asn.au/Research-and-Publications/Media-Centre/Media-Releases-and-Transcripts/Global-Engagement/Australian-Foreign-Investment-Requires-Right-to-Su.aspx> [04-09-2012].
- 105 Para más información sobre el apartado que sigue y la batalla del lobby corporativo contra la reforma de los tratados de inversión en la UE, véase: Corporate Europe Observatory (2011) Investment rights stifle democracy, 31 de marzo.
- 106 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 107 Gaillard, Emmanuel (2011) Menaces sur la protection des investissements en Europe, *Option Droit et Affaires*, 11 de mayo, p. 8.
- 108 van Geuns, Edward/ Jansen, Nani (2011) Protecting investments post-Lisbon Treaty, *Global Arbitration Review* 6:1, 1-2; Konrad, Sabine (2012), véase nota 97.
- 109 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 EUR = 1,429 USD (vigente a 1 de octubre de 2008).
- 110 Hall, David (2010) Challenges to Slovakia and Poland health policy decisions: use of investment treaties to claim compensation for reversal of privation/liberalisation policies, enero.
- 111 The Metropolitan Corporate Counsel (2012) Protecting Your Company's Global Interests Using Treaty-Based International Arbitration, <http://www.metrocorpccounsel.com/articles/19649/protecting-your-company%E2%80%99s-global-interests-using-treaty-based-international-arbitration/> [05-07-2012].
- 112 Paulsson, Jan (1995) Arbitration Without Privity, *Foreign Investment Law Journal* 10:2, 232-257, p. 232.
- 113 Peterson, Luke (2012) As United States is hit with another arbitration claim, pharma companies are growing creative in their use of investment treaties, *IA Reporter*, 13 de marzo, <http://www.iareporter.com/articles/20120314> [05-09-2012].
- 114 Greenberg Traurig: People. Regina K. Vargo, <http://www.gtlaw.com/People/ReginaKVargo> [17-05-2012].
- 115 *Global Arbitration Review* (2009), véase nota 29, p. 25.
- 116 Wallach, Jason (2007) Ex-USTR Negotiator Vargo Key in CAFTA Case, 28 de marzo, <http://upside-downworld.org/main/news-briefs-archives-68/678-ex-ustr-negotiator-vargo-key-in-cafta-case> [17-05-2012].
- 117 Véase, por ejemplo, UNCTAD (2003) Round of Negotiations of Bilateral Investment Treaties for English-Speaking African Least Developed Countries. Final report.
- 118 Sidley Austin (2012) Our Practice. International Arbitration (Commercial and Treaty), <http://www.sidley.com/internationalarbitration/> [22-08-2012].
- 119 Greider, William (2001), véase nota 70.
- 120 Paulsson, Jan (1995), véase nota 112, p. 232.

Capítulo 4

¿Quién vigila a los guardianes?

Los conflictos de interés de los árbitros de inversiones

“ Cuando me despierto por la noche y pienso en el arbitraje, nunca deja de sorprenderme que Estados soberanos hayan aceptado el arbitraje de inversiones [...] A tres particulares se les concede el poder de revisar, sin ningún tipo de restricción o procedimiento de apelación, todas las acciones del Gobierno, todas las decisiones de los tribunales y todas las leyes y reglamentos que emanan del Parlamento. ”

Juan Fernández-Armesto, árbitro español¹



Los árbitros de inversiones se mantienen al margen de la mirada pública; apenas son mencionados en los medios internacionales. Puede que esto no resulte sorprendente, ya que la mayoría de la gente desconecta con solo escuchar el término. Sin embargo, a este pequeño grupo de abogados de élite se les ha otorgado un poder sin precedentes para dictaminar sobre casos que afectan a millones de personas.

Cuando las compañías demandan a los Gobiernos ante tribunales de arbitraje internacional, los árbitros de inversiones tienen el poder de desviar el dinero de los contribuyentes a las corporaciones. Así, pueden decidir penalizar a un Gobierno por tratar de garantizar los derechos humanos de las personas a la salud, el acceso al agua o a la electricidad. Este campo del derecho puede parecer tecnocrático y de importancia solo en términos jurídicos, pero adquiere una relevancia mucho más amplia cuando comprendemos el papel que desempeña este grupo de abogados en decisiones que afectan a las vidas de la gente común.

Los árbitros: ¿guardianes neutrales del sistema de arbitraje de inversiones?

Los defensores del sistema de arbitraje internacional afirman que este es necesario porque los tribunales nacionales no son lo suficientemente neutrales. Sostienen que solo los tribunales de arbitraje internacional pueden proporcionar un terreno neutral para atender las preocupaciones de los inversores. Eso significa que los árbitros de inversiones se convierten en los garantes del arbitraje de inversiones y que la confianza en el sistema se basa en su imagen de independencia.

Sin embargo, los árbitros de inversiones están muy lejos de ser guardianes neutrales y de situarse por encima de la ley. Por el contrario, son actores clave de la industria del arbitraje y tienen intereses financieros en la existencia del arbitraje de inversiones. Los árbitros, en un grado mucho mayor que los jueces, tienen un interés financiero y profesional en el sistema². Obtienen cuantiosas recompensas por sus servicios. A diferencia de los jueces, no hay un salario fijo, por lo que no existe un tope sobre la remuneración económica.

Los árbitros son personas a los que otros encomiendan su riqueza y bienestar.

William W. Park, árbitro de inversiones³

Los honorarios de los árbitros pueden oscilar entre los 375 y los 700 dólares por hora, dependiendo del lugar en que tiene lugar el arbitraje⁴. La suma que gana el árbitro por cada caso dependerá de la duración y la complejidad de este, pero por una controversia de 100 millones de dólares, un árbitro puede ganar, como promedio, hasta 350.000 dólares⁵. Pero también puede ser mucho más. El árbitro que presidió el caso de Chevron y Texaco contra Ecuador cobró 939.000 dólares⁶. En otro caso, el presidente del tribunal facturó un total de 719 horas a una tarifa de 660 dólares por hora más IVA⁷.

CUADRO 7

¿Quiénes son los árbitros de inversiones y cómo son elegidos?

- Los árbitros especializados en tratados de inversiones son abogados.
- Son distintos de los árbitros comerciales privados, que dirimen controversias entre compañías basadas en contratos. Los árbitros especializados en tratados de inversión manejan disputas entre compañías y Estados en el marco de tratados internacionales de inversión.
- Pueden proceder de firmas de abogados, del mundo académico o de instancias gubernamentales.
- La mayoría de paneles de arbitraje están integrados por tres personas. Cada una de las partes elige un árbitro y el tercero, el presidente, suele ser designado por los dos árbitros nombrados por las partes. En ocasiones, es una institución previamente acordada, como el Banco Mundial o la Cámara de Comercio Internacional, la encargada de seleccionar a los árbitros.
- Los árbitros no deben estar registrados en ningún lugar para poder optar al puesto. Ambas partes pueden designar a cualquier persona que estimen oportuna.
- Hay miles de abogados que desean convertirse en árbitros, pero solo unos pocos que lo consiguen realmente.

En otras palabras: si un médico recibe financiación de una compañía farmacéutica, podríamos preguntarnos si el medicamento que nos ha prescrito es el mejor para nuestra salud; si un funcionario público recibe dinero de un grupo de presión, podríamos plantearnos si las políticas que promueven están en el interés público. Siguiendo la misma lógica, si la principal fuente de ingresos y oportunidades laborales de un árbitro dependen de la decisión de las compañías de demandar, deberíamos preguntarnos cuán imparciales son sus decisiones.

Y los motivos de preocupación no solo se derivan de los beneficios financieros que obtienen. Los árbitros suelen combinar este papel con otros: trabajan como abogados, académicos, asesores de políticas o comentaristas en los medios. Con estos distintos roles, este pequeño grupo de abogados especializados en inversiones puede influir en la trayectoria del sistema de arbitraje de inversiones de forma que les pueda seguir beneficiando.

Un examen detallado del mundo del arbitraje revela por qué los árbitros, lejos de ser neutrales, se han convertido en poderosos actores que han determinado el sistema de arbitraje de inversiones favorable a las corporaciones que conocemos hoy día.

El club de los árbitros

Puede que los árbitros no sean muy conocidos en el mundo exterior, pero los miembros del club del arbitraje se conocen muy bien entre sí. Los árbitros internacionales son el paradigma de una comunidad muy unida. Académicos, periodistas y otras personas cercanas al circuito del arbitraje de inversiones lo han descrito como “un pequeño club secreto”⁸, “un círculo cerrado”⁹, “un hermético grupo homogéneo integrado por ‘grandes veteranos’” o incluso “una ‘mafia’ del arbitraje”¹⁰.

Mantener las pequeñas dimensiones del club y su carácter hermético significa que los árbitros tienen un fuerte control sobre el sistema de arbitraje de inversiones y pueden ejercer una enorme influencia sobre él.

Un académico especializado en la legislación sobre inversiones, que prefiere permanecer en el anonimato, ha planteado incluso si el sistema del arbitraje de inversiones sería siquiera viable si no lo mantuviera esta pequeña comunidad, unida por unos valores, una educación y unas perspectivas similares. En su opinión, esa cohesión entre los árbitros en lo que respecta a su idea de cómo debería funcionar el sistema es fundamental para la supervivencia de este. De este modo, los árbitros “desempeñan el papel de mantener unido el sistema”¹².

Hombres, favorables a las corporaciones y del Norte rico

La mayoría de los miembros de este club son hombres procedentes de un pequeño grupo de países desarrollados:

- *Porcentaje de árbitros de Europa occidental y Norteamérica:* 69% de todos los casos dirimidos en el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹³ y 83% si se tiene en cuenta a los árbitros que han actuado en más de 10 casos (véase el anexo A¹⁴).
- *Porcentaje de árbitros que son mujeres:* 4%. Dos mujeres (Brigitte Stern y Gabrielle Kaufmann-Kohler) dominan esta lista, y representan el 75% de los casos llevados por mujeres¹⁵.

Algo aún más importante para la cohesión de la industria del arbitraje es su visión compartida del mundo. “Los árbitros deben tomar decisiones para resolver las controversias, que por supuesto se basan en su punto de vista político”, señala Brigitte Stern¹⁶. Existen pruebas que demuestran que muchos de los árbitros gozan de estrechos vínculos con el mundo corporativo y comparten las ideas de las corporaciones con respecto a la importancia de proteger los beneficios de los inversores. Teniendo en cuenta el carácter unilateral del sistema, donde solo los inversores pueden demandar y solo los Estados son demandados, una visión favorable a las corporaciones podría interpretarse como una elección estratégica para un ambicioso abogado de inversiones dispuesto a ganarse la vida con un negocio muy lucrativo¹⁷.

En el mundo del arbitraje todo el mundo conoce a todo el mundo.

Guy Sebban, exsecretario general de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)¹¹

Lo que da orden al sistema arbitral son los árbitros, que comparten normas y puntos de vista básicos y que, en el proceso de resolver las controversias, en muchos casos están también “generando legislación” que respalda su visión compartida de cómo debería ser el mundo.

Stephan Schill, investigador del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional¹⁸

Según Yves Dezalay y Bryant Garth, especialistas en antropología jurídica y entre los primeros en estudiar la emergencia de una élite transnacional de árbitros en la década de 1990, “esta generación del arbitraje es más cercana a las corporaciones y, por lo tanto, es más probable que integre el sentido común de los negocios en las normas legales aplicadas a cada caso”. Los autores también confirman la “fuerte orientación al mercado” de los árbitros¹⁹. Algunos de los árbitros que mencionaron en su estudio de hace 20 años se encuentran entre los más destacados árbitros de inversiones de hoy día.

De hecho, los propios árbitros han declarado que “no suelen verse a sí mismos como garantes del interés público”²⁰. Un conocido profesor en este campo apuntó que “la mayoría de árbitros son expertos en cualquier cosa, salvo en normas de derechos humanos”²¹.

Esta situación es algo irónica. Aunque la preocupación por el bien público no parece ser uno de los puntos fuertes de los árbitros, muchas demandas jurídicas documentadas presentadas por corporaciones entrañan cuestiones que se derivan de la aplicación de políticas por parte de Gobiernos para defender el interés público. De hecho, las corporaciones pueden cuestionar —y cuestionan en efecto— regulaciones ambientales, subidas de impuestos, políticas monetarias y la renacionalización de servicios públicos y recursos naturales²². En muchos casos, sopesar el interés público al interpretar las reglas de los tratados queda a discreción de los árbitros. Por ejemplo, cuando Argentina alegó un “estado de necesidad” para justificar las medidas que adoptó durante la crisis económica de 2001-2002 y que condujeron a más de 30 demandas por parte de inversores, los árbitros podrían haber aceptado esta defensa. Entre los casos resueltos hasta la fecha, la mayoría de los árbitros ha optado por no hacerlo²³.

Las ovejas negras son marginadas

Los integrantes de la comunidad del arbitraje tienden a recomendarse entre sí para actuar como consejero o como árbitro; se invitan entre sí a conferencias y a presentar artículos a revistas. Sin embargo, las ovejas negras, aquellos abogados especializados en inversiones que expresan sistemáticamente sus críticas al sistema de arbitraje, son marginadas.

Como ejemplo, se podría citar la hostil reacción que despertó en 2010 una declaración pública firmada por 37 académicos, incluidos algunos conocidos abogados especializados en inversiones, en que instaban a los Estados a retirarse de los tratados de inversión vigentes o a renegociarlos²⁵. Todos ellos fueron repudiados, con acusaciones de que no sabían de qué estaban hablando. Todd Weiler, especialista en arbitraje, comentó: “He visto la lista [de académicos que habían firmado el documento]. Y veo a cuatro profesionales que reconozco como personas con experiencia en política sobre arbitraje de inversiones y solo a una que tiene una experiencia notable en la resolución de controversias. Creo que ese hecho habla por sí solo”²⁶. Lo que daba a entender con estas palabras estaba claro: solo puedes ofrecer observaciones útiles sobre el sistema si formas parte de él, si ya estás en deuda con él.

Según un investigador especializado en arbitraje de inversiones que desea permanecer en el anonimato, mientras que los defensores del sistema de arbitraje de inversiones tienden a expresarse de forma abierta, nunca escucharás a un miembro de esta cerrada comunidad manifestar explícitamente que los países deberían restringir los derechos de las corporaciones o evaluar con mirada crítica el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado. El mismo especialista señaló que ir a contracorriente y no reproducir las opiniones de las figuras respetadas en el mundo del arbitraje de inversiones es algo que puede costar muy caro. Romper con esta comunidad tan unida podría suponer dejar de ser designado como árbitro, ser aislado de la comunidad académica y dejar de ser invitado a conferencias sobre tratados de inversiones²⁷.

Esto no significa que los árbitros sean un bloque hegemónico. De hecho, algunos árbitros destacados han presentado propuestas para ‘mejorar’ algunos aspectos del sistema. Parece, no obstante, que es más probable que las críticas se toleren mientras no comprometan la legitimidad del conjunto del sistema.

Los árbitros no suelen verse a sí mismos como garantes del interés público.

Guillermo Aguilar-Álvarez y William W. Park, árbitros

Los árbitros se convierten en una omertà, una sociedad cerrada que promete mantener fuera a todos los demás.

Audley Sheppard, socio de la firma de abogados Clifford Chance²⁴

Una élite de 15 árbitros mueve los hilos del arbitraje de inversiones

Jan Paulsson, uno de los árbitros más destacados, aseguró una vez públicamente que la existencia de un grupo de árbitros ‘de élite’ era una “ilusión”²⁸. Sin embargo, nuestras investigaciones demuestran que, dentro de la cerrada comunidad, hay un grupo de 15 árbitros que poseen suficiente influencia como para mover los hilos del arbitraje internacional de inversiones (véase la tabla 2). Este grupo entra en la categoría de lo que Toby Landau, árbitro profesional, ha bautizado recientemente como “superárbitros”, que son “no solo la mafia, sino una mafia interna, más pequeña”²⁹.

Estos 15 árbitros de élite son los que llevan más expedientes en su cartera como árbitros en controversias relativas a tratados de inversión, manejan la mayoría de casos más grandes en términos de las cantidades reclamadas por las corporaciones y han sido calificados repetidamente como árbitros de primer nivel en encuestas bien conocidas.

15 árbitros han acaparado la toma de decisiones del 55% del total de casos relativos a tratados de inversión conocidos hasta la fecha.

Entre los 15, han resuelto:

el **55%**

(247 casos³⁰)

de 450 demandas relativas a tratados de inversión conocidas hasta hoy³¹

el **64%**

(79 casos)

de las 123 demandas relativas a tratados de al menos 100 millones de dólares

el **75%**

(12 casos)

de las 16 demandas relativas a tratados de al menos 4.000 millones de dólares

Fuentes: véanse los anexos B y C³²

A diferencia de lo que afirma Paulsson, parece que, entre los cientos de abogados que trabajan como árbitros de inversiones³³, existe un grupo de élite del que es miembro destacado el propio Paulsson.

La concentración de casos en tan pocas manos sugiere que este pequeño grupo de árbitros designados con frecuencia tiene un importante interés profesional en el sistema. Esto es problemático porque plantea el peligro de que los árbitros sean aún más receptivos a los intereses de los inversores, que son los únicos que pueden poner en marcha controversias sobre inversiones.

TABLA 2

¿Quién forma parte de la élite de 15 árbitros?

Árbitro (país)	Total de casos como árbitro en controversias conocidas relativas a tratados de inversión	% de casos basados en tratados conocidos (450)	Total de casos conocidos como consejero en controversias relativas a tratados de inversión ³⁴
----------------	--	--	--

Algunos apuntes biográficos que quizá no encuentren en las propias listas de la industria.

Brigitte Stern (Francia)

39

8,7%

N/A

- La opción favorita de los Estados. Los Gobiernos la han designado como árbitro en el 79% de sus casos conocidos relativos a tratados de inversión.
- Catedrática en la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne; no pertenece a ninguna firma de abogados.
- Abiertamente contraria a que los abogados desempeñen el doble papel de consejero y árbitro³⁵.
- Aunque ha criticado la conducta del sistema internacional de arbitraje, también ha declarado que no es necesario cambiar sus reglas: “me parece que no hay ningún problema sistémico con el arbitraje en materia de tratados de inversión. El mayor desafío es garantizar que todas las partes interesadas –tanto inversores como Estados de acogida– consideren que el sistema es digno de confianza”³⁶.

Charles Brower (Estados Unidos)

33

7,3%

3

- Uno de los favoritos de los inversores. Las compañías lo han designado como árbitro en el 94% de los casos conocidos relativos a tratados de inversión en los que ha estado implicado.
- Ha pasado la mayor parte de sus 37 años de experiencia en la eminente firma de abogados White & Case. En 2005, se incorporó a 20 Essex Street Chambers, con sede en Londres.
- Acérrimo defensor del arbitraje internacional de inversiones, una vez declaró: "Mi planteamiento es que cualquier propuesta que altere alguno de los elementos fundamentales del arbitraje internacional constituye un ataque inaceptable contra la misma institución"³⁷.
- Durante el caso con Perenco, Ecuador cuestionó su imparcialidad como árbitro después de que Brower se refiriera a Ecuador y Bolivia como "países de acogida recalcitrantes" porque los Gobiernos de estos dos países se negaron a aceptar las decisiones del tribunal de arbitraje que contradecían sus propias constituciones³⁸. Las acciones que Brower consideró actos arbitrarios también podrían interpretarse como el derecho soberano de Ecuador y Bolivia a respetar su propia legislación nacional en defensa de los intereses de su pueblo.

Francisco Orrego Vicuña (Chile)

30

6,7%

N/A

- Árbitro prolífico, que generalmente actúa como presidente del panel (57% del total de casos conocidos relativos a tratados de inversión) o como abogado designado por el inversor (33% de casos conocidos).
- Actualmente es miembro de 20 Essex Street Chambers, en Londres. Ocupó varios cargos en el Gobierno durante los 16 años que duró la dictadura de Pinochet (73-89), de los que cabría destacar el de embajador de Chile en el Reino Unido (1983-1985)^{39,40}.
- Firme defensor del arbitraje de inversiones, se opone a que los tribunales nacionales resuelvan las demandas de inversores. Considera que "si los países no firman TBI [tratados bilaterales de inversión], no tendrán nada que ofrecer y perderán la inversión"⁴¹.

Marc Lalonde (Canadá)

30

6,7%

N/A

- Político de profesión durante 13 años, ocupó cargos de alto nivel en el Gobierno canadiense, entre los cuales el de ministro de Salud, ministro de Justicia, ministro de Energía y ministro de Finanzas.
- Destacado abogado/árbitro, trabajó con la firma canadiense Stikeman Elliott durante más de 22 años, hasta que en 2006 pasó a ejercer por cuenta propia.
- Miembro activo de la comunidad corporativa, se incorporó a las juntas directivas de Citibank Canada y de Air France en la década de 1990. Desde 1998, también ha desempeñado funciones en la compañía minera y energética Sherritt International⁴². Los casos relacionados con la energía y la minería representan la mitad de su trabajo conocido en el ámbito del arbitraje en materia de tratados de inversión.
- Sus fuertes vínculos con el mundo corporativo podrían explicar por qué los inversores lo han designado en 17 ocasiones y los Estados, solo 3.

L. Yves Fortier (Canadá)

28

6,2%

N/A

- Al igual que Lalonde, Fortier ha combinado cargos en el Gobierno con el ejercicio privado de la abogacía, el arbitraje y altos puestos corporativos⁴³. Como diplomático de carrera, fue embajador de Canadá en las Naciones Unidas y, en 1989, presidente del Consejo de Seguridad de la ONU. Durante casi 50 años, formó parte de la firma de arbitraje de élite Ogilvy Renault, hasta que dimitió en 2011, alegando que "ser un árbitro internacional como miembro de un bufete jurídico internacional puede crear conflictos de riesgo inherentes"⁴⁴.
- Actualmente, participa en el panel de arbitraje de dos de los casos más grandes en cuanto a la cantidad reclamada pro el inversor: Yukos contra Rusia (103.600 millones de dólares) y ConocoPhillips contra Venezuela (30.000 millones de dólares).
- Miembro de varias juntas corporativas, como NOVA Chemicals Corporation (1998-2009), la productora de aluminio Alcan Inc. (2002-2007) y el gigante de la minería Rio Tinto (2007-2011), entre otras.
- Reconoce abiertamente que ser parte del mundo corporativo ha determinado sus puntos de vista: "Formar parte de la junta directiva de una empresa que cotiza en bolsa —y he participado en varias de estas juntas— me ha ayudado en mi práctica como árbitro internacional. Siempre me ha dotado de una visión sobre el mundo de los negocios que no habría podido alcanzar como abogado"⁴⁵.

Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza)	28	6,2%	N/A
--	-----------	-------------	-----

- Dirige Lévy Kaufmann-Kohler, el bufete de abogados que fundó en 2007. Catedrática universitaria y árbitro activo, también ha formado parte de varias juntas directivas de corporaciones.
- Como árbitro en casos relativos a tratados de inversión, ha presidido al menos 17 paneles. En otros nueve casos conocidos, fue designada por el inversor y en uno, por el Estado. En otro de ellos, se desconoce su papel.
- En 2004, fue designada como árbitro por la compañía de agua Vivendi y el proveedor de gas y energía EDF en dos demandas distintas contra Argentina. Dos años después, en 2006, Kaufmann-Kohler fue elegida para la junta directiva del banco suizo UBS, que era el mayor accionista individual de Vivendi y que cuenta también con participaciones en EDF. Kaufmann-Kohler manifestó que no tenía conocimiento de tales conexiones. Argentina cuestionó su imparcialidad sobre el caso. Un comité convocado para decidir sobre la cuestión desestimó la petición de Argentina, pero arremetió contra Kaufmann-Kohler por no haber informado sobre sus funciones como miembro de una junta corporativa⁴⁶.
- Aunque alegó que “tener una participación activa en el mundo empresarial a través de la pertenencia a juntas directivas constituye, sin duda, un activo para un árbitro”, renunció a su puesto en la junta de UBS en 2009⁴⁷.

Albert Jan van den Berg (Países Bajos)	27	6,0%	N/A
---	-----------	-------------	-----

- Tiene una carrera muy activa, como abogado y en el mundo académico. Pasó por varios bufetes desde 1980 hasta que abrió su propia firma especializada en arbitraje⁴⁸ junto con Bernard Hanotiau en 2001.
- Ha sido nombrado al menos ocho veces por compañías en casos relativos a tratados de inversión; cinco de esos casos eran contra Argentina, a raíz de la respuesta del Estado a la crisis económica de 2001-2002. En dos de los casos, van den Berg respaldó resultados contradictorios, incluso cuando los hechos y los razonamientos de la defensa de ambas demandas fueron casi idénticos⁴⁹. Argentina cuestionó después la imparcialidad del árbitro, pero su petición fue desestimada⁵⁰.

Karl-Heinz Böckstiegel (Alemania)	21	4,7%	N/A
--	-----------	-------------	-----

- Trabaja como árbitro y académico; no se tiene constancia de que haya sido designado como árbitro por un Estado. Según los casos conocidos relativos a tratados, ha presidido el 62% de los casos y en el 28% de ellos fue nombrado por la compañía.
- En una conferencia sobre arbitraje internacional que pronunció en 2006, Böckstiegel presentó a los Estados como el personaje bíblico de Goliat, el gigante guerrero que aterroriza al reino, y a las compañías, como el desamparado David⁵¹. El uso de esta metáfora revela un aparente sesgo a favor de las corporaciones en su perspectiva.

Bernard Hanotiau (Bélgica)	17	3,8%	2
-----------------------------------	-----------	-------------	----------

- Hanotiau era ya un árbitro bien establecido antes de que cofundara la firma Hanotiau & van den Berg, aunque, desde entonces, está muy solicitado. En 2010, fue nombrado árbitro del año por la revista *Global Arbitration Review* (GAR)⁵². En 2011, fue elegido para actuar como árbitro en al menos siete casos relativos a tratados de inversión.
- Parece estar en la cresta de una ola de nuevas tendencias en materia de arbitraje internacional tras el auge de Asia y actúa regularmente como árbitro en Singapur⁵³. Anticipando quizá un incremento de nuevas demandas en la región, en 2011 su bufete abrió una oficina en Singapur⁵⁴.

Jan Paulsson (Francia)	17	3,8%	16
-------------------------------	-----------	-------------	-----------

- Paulsson, un nombre muy conocido en el arbitraje internacional, tiene oficina en Londres, Miami y Bahrain. Es uno de los pocos árbitros de élite que sigue formando parte de una firma de abogados global, Freshfields, a pesar del creciente riesgo de que se planteen conflictos de interés⁵⁵. Su imparcialidad fue cuestionada en 2008, durante el caso de Lemire contra Ucrania, porque el bufete Freshfields estaba defendiendo a Ucrania en otro caso.
- No es solo un árbitro activo, sino que también actúa como consejero en paneles relativos a tratados de inversión. Actualmente, representa al gigante del petróleo ConocoPhillips en su demanda de 30.000 millones de dólares contra Venezuela.
- A pesar de ser un ferviente defensor del arbitraje internacional, hace poco cuestionó uno de los fundamentos del actual sistema de arbitraje de inversiones, al sugerir que los tres árbitros deberían ser designados por un órgano neutral⁵⁶.
- En 2009, publicó una crítica devastadora sobre los Gobiernos que están intentando recuperar el control de sus recursos naturales de inversores extranjeros, que despliegan políticas redistributivas y que se muestran críticos con el arbitraje internacional y con las leyes que otorgan a los inversores extranjeros amplios derechos⁵⁷.

Stephen M. Schwebel (Estados Unidos) **15** **3,3%** **10**
[9 con D. Price]

- El juez Schwebel ocupó diversos cargos en el Departamento de Estado de los Estados Unidos durante los Gobiernos de Kennedy y Carter, y trabajó como juez en la Corte Internacional de Justicia durante 11 años⁵⁸.
- Árbitro habitual en demandas relativas a tratados de inversión, en el 40% de sus casos conocidos ha sido designado por el inversor. En el 60% de casos conocidos restantes, su labor se dividió a partes iguales entre abogado designado por el Estado y presidente del tribunal.
- Consejero activo que se ha dedicado principalmente a defender a compañías (en ocho de diez casos conocidos).
- Sostiene que los TBI representan un gran avance y que deberían ser alimentados y valorados en lugar de denunciados y socavados⁵⁹. Se opone firmemente a toda restricción a la protección de los inversores⁶⁰.

Henri Alvarez (Canadá) **14** **3,1%** N/A

- Al igual que Paulsson y Galliard, es uno de los tres árbitros de los 15 de la élite que aún forma parte de un bufete global, Fasken Martineau.
- Especializado en Latinoamérica. En nueve de sus 14 casos conocidos, arbitró en contra de un país latinoamericano. Designado fundamentalmente por compañías (64% de los casos conocidos).
- Abogó por que Canadá firmara tratados de inversión. En 2009, cuando entró en vigor el tratado de libre comercio entre Canadá y la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio, integrada por Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein), expresó su decepción porque "no hace nada para establecer normas de protección de las inversiones"⁶¹.

Emmanuel Gaillard (Francia) **14** **3,1%** **21**

- Gaillard, que trabaja como abogado con la firma internacional Shearman & Sterling, ha sido más prolífico como abogado defensor que como árbitro en los casos relativos a tratados de inversión. En el 76% de los casos conocidos, ha representado al inversor. Representó a Yukos en un importante caso contra Rusia, en que la compañía reclamaba 103.600 millones de dólares.
- Su doble papel como consejero y árbitro le creó problemas cuando Ghana cuestionó su imparcialidad después de que arbitrara en el caso de Telekom Malaysia contra Ghana al mismo tiempo que actuaba como consejero en otro caso relacionado, el de RFCC contra Marruecos⁶².
- Criticó a Rusia por retirarse del Tratado sobre la Carta de la Energía⁶³ y a la Comisión Europea por proponer rescindir los tratados de inversión entre los Estados miembros de la UE (conocidos como TBI intracomunitarios)⁶⁴.

William W. Park (Estados Unidos) **9** **2,0%** **1**

- Actualmente es presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la institución de arbitraje más antigua y una de las más conocidas. La LCIA también es una de las instancias de arbitraje más herméticas. Hasta 2006, estaba prohibido que se publicaran sus decisiones, aunque ahora se ha publicado un resumen de las demandas que ha tratado.
- Sugiere que los tratados de inversión que otorgan a los inversores extranjeros una amplia protección, así como el derecho a demandar directamente a los Gobiernos, son positivos para el desarrollo⁶⁵. Ha defendido esta posición aunque no siempre se ha identificado como un árbitro activo que se beneficia económicamente de la existencia de los tratados de inversión.
- Defiende las cláusulas de protección de las inversiones en acuerdos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Ha criticado a aquellas personas en los Estados Unidos que han intentado suavizar las disposiciones del TLCAN⁶⁶.

Daniel Price (Estados Unidos) **9** **2,0%** **15**
[9 con S. Schwebel]

Véanse sus apuntes biográficos en el cuadro 8 (página 44).

Nota: La información sobre esta élite de 15 árbitros no es exhaustiva, sino que se basa en información publicada sobre su cartera de casos, listas de calificación de medios especializados en arbitraje (American Lawyer y Chambers and Partners) y/o el hecho de que tengan otros papeles como consejeros, académicos o funcionarios gubernamentales. Puede que haya otros árbitros que podrían calificarse como de élite en función de la frecuencia con que son designados. El número 15 se ha elegido por conveniencia y hay otros árbitros que podrían considerarse como importantes actores de la industria del arbitraje de inversiones. El número de casos se basa en los casos conocidos relativos a tratados de inversión regidos por distintas normas (UNCITRAL, CIADI, etc.). Para consultar la lista completa de casos, véase el anexo B⁶⁷.

Todo queda en casa

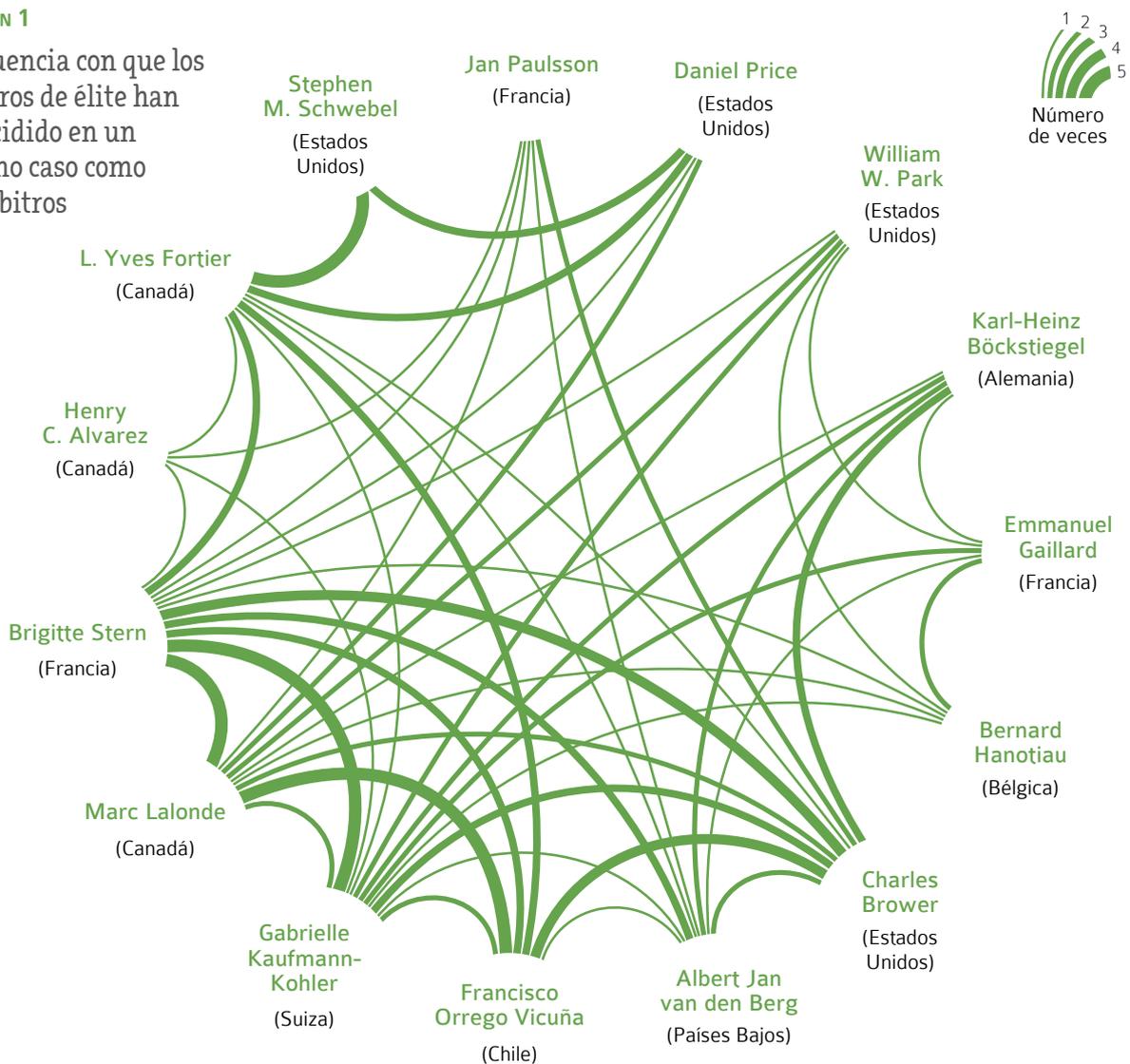
¿Cómo sería el arbitraje de inversiones si no funcionara como un club cerrado? ¿Qué sucedería si los paneles estuvieran formados por muchos más abogados movidos por el interés público? ¿Y si la interpretación de las disposiciones en materia de inversión fueran más heterogéneas? ¿O si los árbitros tendieran a conceder al bienestar humano y ambiental un mayor valor que a los derechos de propiedad al considerar los méritos de un caso? En tales circunstancias, es probable que muchas de las demandas interpuestas por inversores fueran desestimadas. De hecho, el sistema podría incluso derrumbarse, ya que los inversores serían más reacios a presentar casos si el sistema de arbitraje garantizara igualdad de condiciones para todas las partes.

La supervivencia del arbitraje internacional de inversiones podría muy bien depender de que el club de árbitros siga siendo pequeño y se mantenga interconectado y cohesionado. Y es así como funciona en realidad.

Una vez que constatamos que los resultados del arbitraje de inversiones vienen determinados, en parte, por factores no jurídicos, tales como las preferencias de los árbitros en materia de políticas y su trayectoria social y personal⁶⁸, el hecho de que los árbitros de élite coincidan regularmente como co-árbitros en un mismo caso adquiere una especial relevancia. Todos los integrantes de la élite de los 15 han actuado al menos una vez —y muchos dos veces— con otro árbitro de élite. La situación extrema en que todos los árbitros en el panel formaban parte de la élite de los 15 se ha dado en al menos 15 casos conocidos relativos a tratados (véase el anexo D1⁶⁹). Por ejemplo, cuando la compañía petrolera Yukos demandó a Rusia por 100.000 millones de dólares en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía en 2005, el caso fue examinado por un panel integrado por Yves Fortier, Daniel Price⁷⁰ y Stephen Schwebel. Casualmente, otro árbitro de élite, Emmanuel Gaillard, representaba al inversor.

IMAGEN 1

Frecuencia con que los árbitros de élite han coincidido en un mismo caso como co-árbitros



Fuente: compilación de las autoras.

Para una tabla detallada con todos los casos, véase el anexo D.1⁷¹

Cuando los árbitros con una visión y unos intereses compartidos en el sistema representan la mayoría del panel arbitral, están en condiciones de interpretar la ley de manera parecida y, potencialmente, controlar sus decisiones. Algunos estudios se refieren incluso al papel de “la política de la camaradería” en el resultado de los casos. Según los investigadores Waibel y Wu, “puede que un árbitro vote de forma diferente dependiendo de quiénes son los otros dos co-árbitros”⁷².

Sin embargo, los estrechos lazos que unen a los miembros del club van más allá de su papel como co-árbitros. Hay también un número significativo de casos en que uno o más miembros de la élite de los 15 forma parte del panel arbitral, mientras que otro, esta vez en el papel de consejero, representa a una de las partes (véase el anexo D.2). En algunos casos, hasta cuatro miembros de la élite de los 15 han estado involucrados en el mismo caso (véase el anexo D.3)⁷³. Al actuar como consejeros, los árbitros pueden promover una determinada interpretación de las cláusulas de un tratado. De hecho, son los consejeros los primeros en plantear los argumentos clave. Los árbitros, en principio, no pueden resolver un caso basándose en posiciones que no se hayan presentado durante el procedimiento.

Una estrecha relación entre el árbitro y el consejero bien podría llevar a cuestionar su imparcialidad en el proceso. Aunque está comúnmente aceptado que la integridad del proceso se vería comprometida si abogados del mismo bufete actuaran como árbitros y como consejeros en el mismo caso, parece que se adopta un enfoque más indulgente en los casos en que la relación es estrecha pero no tan directa como la que entraña trabajar para la misma firma.

Este es el caso cuando árbitro y consejero comparten infraestructura de oficina aunque no pertenezcan a un mismo bufete, lo que en inglés se conoce como *chamber*. Por ejemplo, Stephen Schwebel, de Essex Court Chambers, actuó como consejero para la compañía y Karl H Bockstiegel, también de Essex Court, fue uno de los árbitros en la demanda que interpuso en 2003 Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi contra Pakistán, país al que reclamaba 700 millones de dólares. Dos otros miembros de Essex Court Chambers formaban parte del equipo de la defensa de Pakistán.

Las *chambers* no son firmas de abogados, sino que podrían más bien describirse como “una comunidad de oficinas” de abogados que trabajan por cuenta propia. Algunos árbitros como Orrego Vicuña, miembro de 20 Essex Street Chamber, han afirmado que esta situación no deriva en conflictos de interés⁷⁴. Sin embargo, Park, otro árbitro destacado, indicó que “ejercer en un formato colectivo, compartiendo oficinas y empleados, así como una imagen común de cara al público, puede dar lugar a importantes vínculos personales y profesionales”⁷⁵.

La idea de que cuando los árbitros y los consejeros de las mismas *chambers* actúan en un mismo caso se podría generar conflictos de interés, se reafirmó en el caso de Hrvatska Elektroprivreda, d.d. (HEP) contra la República de Eslovenia. Un tribunal del CIADI decidió que Eslovenia no podía contratar a David Mildon como consejero porque tanto Mildon como el presidente del panel arbitral, David A.R. Williams, eran miembros de Essex Court Chambers⁷⁶.

La agenda oculta tras los múltiples roles de los árbitros

Se ha convertido en un hecho habitual que los árbitros de inversiones cambien de rol constantemente: en ocasiones actúan como consejeros y, en la próxima plantean la cuestión como académicos o influyen en las políticas como representantes gubernamentales o testigos expertos.

Durante los últimos años, la multiplicidad de los roles de los árbitros se han convertido en objeto de cierto debate. La discusión se ha centrado en el hecho de que algunos árbitros también actúan como consejeros, lo cual, en algunas situaciones, puede plantear dudas sobre la independencia y la imparcialidad del árbitro.

Un ejemplo habitual se da cuando un árbitro tiene que decidir, sin prejuicios, sobre un tema que ha defendido previamente como abogado. Park hace referencia a este dilema: “En ocasiones, un árbitro debe abordar, en el contexto de un arbitraje, la misma cuestión que se le presentó a él o a su bufete de abogados en otro caso, o a él mismo como experto en sus escritos académicos. No es difícil entender por qué tales situaciones pueden comprometer la integridad del proceso arbitral”⁷⁷.

Algunas de las personas que reconocen este problema han presentado propuestas sobre cómo abordarlo (por ejemplo, prohibiendo que se pueda combinar la función de árbitro y consejero o abogando por que los árbitros sean designados por las instituciones y no por las partes). Sin embargo, estas iniciativas sugieren que introducir nuevas normas y directrices sería suficiente para resolver todos los posibles conflictos de interés.

Los abogados no siempre pueden moverse cómodamente entre argumentar una cuestión de interpretación jurídica y formar parte de un tribunal que decide sobre tal cuestión.

William W. Park, árbitro⁷⁸

CUADRO 8

Dan Price: un ejemplo de puerta giratoria

Dan Price nunca ha sido nombrado árbitro del año por la revista GAR, pero si la revista tuviera un ranking de calificación de los árbitros con mayor variedad de roles, Price sería el ganador indiscutible: funcionario gubernamental en la negociación de tratados de inversión, cabildero corporativo que aboga por mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado, consejero que defiende los intereses de las corporaciones, prolífico comentarista que promueve el neoliberalismo en los medios y, claro está, árbitro.

Es habitual que los abogados se retiren en el papel de árbitros tras haber ocupado cargos en el Gobierno. Price, sin embargo, ha atravesado la puerta giratoria entre el Gobierno y el circuito arbitral en varias ocasiones durante los últimos 20 años. Su labor de fomento de la protección de inversiones y del arbitraje inversor-Estado ha sido constante durante toda su carrera.

Price también se ha beneficiado de los tratados de protección de inversiones que él mismo ha promovido y ayudado a negociar. Su trabajo como árbitro y como consejero (sobre todo para compañías) se ha centrado varias veces en casos que se apoyan en los tratados que él mismo ayudó a negociar.

Como consejero general adjunto de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, negoció el TBI entre los Estados Unidos y Rusia para Washington. Cuando Rusia fue demandada por 103.600 millones de dólares, la mayor indemnización reclamada hasta la fecha, los inversores (Yukos/ Hulle/Veteran Petroleum) designaron a Price como árbitro. También negoció el capítulo sobre protección de inversiones para el TLCAN.

Entre 2002 y 2006, representó a la compañía Fireman's Fund Insurance (Allianz) en un caso contra México. Mientras el proceso estaba en curso, cabildó en el Departamento de Comercio, la Cámara de Representantes, el Senado, el Departamento de Estado, la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos y la Casa Blanca en nombre de Allianz⁷⁹. Price también ha trabajado como cabildero para Monsanto, la Organización para Inversiones Internacionales (OFII) y un grupo que representa a las principales compañías de investigación farmacéutica y biotecnología de los Estados Unidos⁸⁰.

Price no es el típico defensor del arbitraje de inversiones. Según la firma de abogados Sidley Austin, para cuando dejó su primer cargo en el Gobierno, en 1992, este abogado "comprendía perfectamente en qué consistía la globalización [...] Price vislumbró que emergía un ámbito más amplio —y una nueva esfera de actividad jurídica— de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de los tratados bilaterales de inversión"⁸¹. De este modo, previó el sinfín de posibilidades para beneficiarse de una industria dedicada al arbitraje de inversiones y asumió el cometido de ayudar a desarrollarla. Es conocido por diseñar las disposiciones inversor-Estado y por ser uno de los primeros abogados estadounidenses en animar a las corporaciones a demandar a Gobiernos utilizando las cláusulas inversor-Estado que contienen los acuerdos de inversión⁸².

Tras cuatro años como presidente del departamento de Comercio Internacional y Solución de Controversias en el bufete Sidley Austin, Price volvió a ocupar un cargo en el Gobierno estadounidense en 2007, en calidad de asesor económico sénior del presidente George W. Bush. Fue el representante personal de Bush ante el G-8 (Tokyo) y encabezó la primera cumbre del G-20 en Washington, en 2008. En 2008, cuando la crisis económica mundial estaba en su apogeo y los Gobiernos amenazaban con establecer controles sobre los flujos de capital, Price pareció percibir una posible amenaza a la estructura neoliberal de gobernanza global que había ayudado a crear. Por fortuna para él, se encontraba en una posición desde donde podía influir en el debate. Así, el comunicado oficial del G-20 señalaba: "Reconocemos que estas reformas solo tendrán éxito si se basan en un compromiso con los principios del libre mercado, incluido el imperio de la ley, el respeto a la propiedad privada, el comercio y la inversión abiertos, los mercados competitivos [...] debemos evitar una excesiva regulación, que podría obstaculizar el crecimiento económico y exacerbar la contracción de los flujos de capital, incluyendo los dirigidos a países en desarrollo"⁸³. Justo las medidas por las que Price estaba abogando⁸⁴.

Price volvió a la firma Sidley Austin en 2009, pero la volvió a abandonar en 2011. A diferencia de otros árbitros que salieron de firmas internacionales para limitar sus conexiones con los inversores⁸⁵, Price prevé incrementar sus vínculos con compañías, abriendo una firma jurídica independiente y una compañía de asesoramiento empresarial, Rock Creek Global Advisors. Desde la primera, ofrece sus servicios como árbitro neutral⁸⁶ y, desde la otra, promete ayudar a los clientes potenciales a "resolver problemas regulatorios o de otra índole con los que se puedan topar en sus operaciones a escala mundial"⁸⁷. En otras palabras, a la vez que se presenta como árbitro imparcial, ofrece a las compañías asesoramiento sobre cómo evitar o contrarrestar las regulaciones gubernamentales.

En lugar de cuestionar los posibles conflictos de interés derivados de su doble papel, compañeros de profesión como van den Berg y Kaufmann-Kohler han loado la forma en que Price ha combinado su actividad como árbitro independiente con la de cabildero para corporaciones transnacionales⁸⁸.

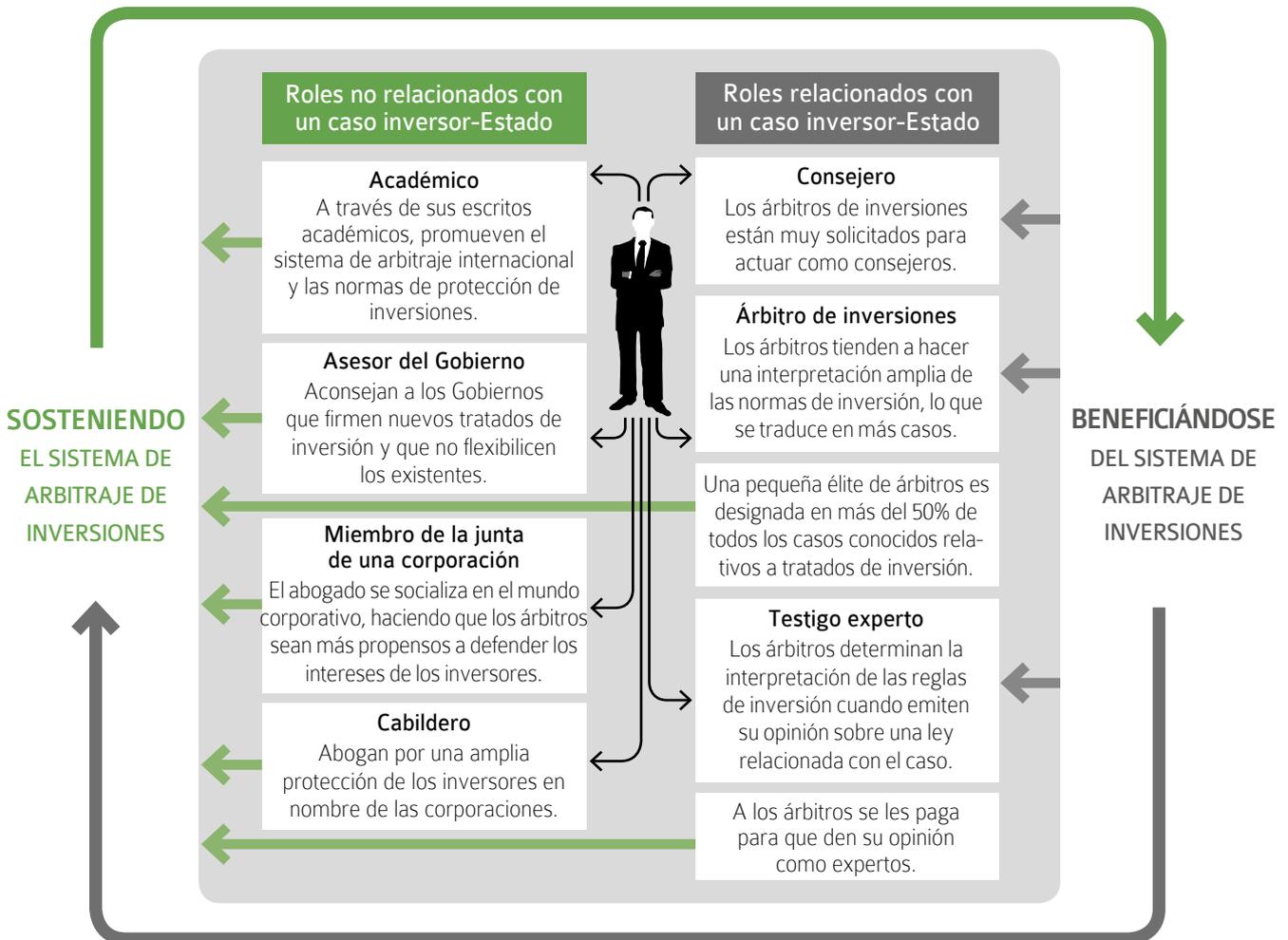
Más allá de las preocupaciones y debates sobre el doble rol de árbitro y consejero planteadas por la comunidad del arbitraje⁸⁹, un aspecto aún más problemático de las múltiples funciones de los árbitros se ha ignorado en gran medida. El hecho de que los diversos roles ejercidos por los árbitros les proporcionen la plataforma ideal para establecer las reglas, influir en el debate y evitar los cambios estructurales es, en esencia, un conflicto de interés inherente que se podría catalogar de sistémico y que, por lo general, se ha pasado por alto.

Dentro de poco se celebrará el Mundial de fútbol. ¿Sería aceptable que el jugador fuera también el árbitro?

Brigitte Stern, árbitro⁹⁰

IMAGEN 2

Cómo interactúan los múltiples roles de los árbitros de inversiones con el sistema de arbitraje de inversiones



Promoviendo los 'beneficios' del arbitraje de inversiones

Los árbitros de élite han utilizado diferentes foros para animar a los países a firmar tratados de inversión, impulsar políticas económicas liberales y fomentar posturas favorables a los inversores y el arbitraje. Los árbitros, que afirman ser neutrales, emplean la retórica política para empujar a los Gobiernos a firmar tratados de inversión. Y hay pocas pruebas de que también estén advirtiendo de los posibles riesgos a los Estados.

El conocido árbitro William W. Park al mismo tiempo que defiende los derechos económicos de las compañías transnacionales asegura que él y sus colegas son políticamente neutrales. "En el heterogéneo mundo de hoy día", escribía en un

Los TBI representan un enorme avance en el campo, y deberían ser alimentados y celebrados, y no denunciados y socavados.

Judge Stephen M. Schwebel

artículo, “las inversiones transfronterizas se enfriarán si no existe una predisposición por parte de todos los países a aceptar el arbitraje”. En ese mismo texto, Park señalaba que “el arbitraje responde a este recelo [la parcialidad de los jueces en los países de acogida], proporcionando un foro que es más neutral que los tribunales del país de acogida, tanto desde el punto de vista político como de procedimiento”⁹¹.

La afirmación de Park, es decir, que existe una correlación entre la firma de tratados de inversión y la llegada de inversión extranjera directa (IED) no está respaldada por los hechos. Ya en 2003, Mary Hallward-Driemeier, economista sénior del departamento de investigación del Banco Mundial, advertía de que “el análisis de veinte años de flujos bilaterales de IED de la OCDE a países en desarrollo muestra escasos indicios de que los TBI hayan estimulado inversiones adicionales”⁹². Y su argumento de que “se deben proteger los derechos económicos de los inversores”⁹³ tiende a pasar por alto las obligaciones de los inversores.

Otros actores han recurrido a la táctica del miedo. “Si el arbitraje internacional desaparece, los intercambios económicos internacionales sufrirán enormemente. Nada ocupará su lugar”,⁹⁴ advertía Jan Paulsson. En opinión del juez Schwebel, “la desaparición de los TBI supondría un paso atrás para los inversores, los Estados y la comunidad internacional”⁹⁵. Y según el árbitro chileno Orrego Vicuña, “si los países no firman TBI, no tendrán nada que ofrecer y perderán la inversión, como se ha visto en numerosas ocasiones”⁹⁶. Sin embargo, este tipo de amenazas apocalípticas no se basan en la realidad. Brasil, por ejemplo, nunca ha firmado un TBI y recibe más inversión extranjera directa que ningún otro país latinoamericano.

Los árbitros también han tratado de desacreditar a críticos como periodistas y activistas de la sociedad civil que advierten sobre cómo los tratados de inversión en general, y las controversias inversor-Estado en particular, amenazan la soberanía nacional y la democracia⁹⁷. Así, afirman que a esos críticos les mueve la propaganda, que han sido mal informados y que carecen de conocimientos reales de la legislación en materia de arbitraje de inversiones. Park, por ejemplo, ha manifestado que “algunos teóricos de la conspiración, a menudo periodistas o académicos, ganan aceptación atacando al arbitraje como un proceso inherentemente injusto”⁹⁸. Paulsson ha tildado a los críticos de “voces estridentes (...) que lanzan propaganda”, sugiriendo que aquellas personas que cuestionan la legislación internacional sobre inversiones no tienen respeto alguno por el Estado de derecho⁹⁹. Asociar todas las críticas con teorías conspirativas o con una falta de respeto por el Estado de derecho es una reacción muy defensiva, que apunta a una comunidad reacia a aceptar que pueda ser necesario introducir reformas sistémicas.

Cuestionar el orden establecido no es una opción

En 2004, el Gobierno estadounidense, que había sido demandado varias veces por compañías canadienses en el marco del TLCAN, adoptó un nuevo modelo de TBI por el que se modificaba la versión de 1994. El texto revisado incorporaba nuevos términos que garantizarían al Gobierno estadounidense cierto espacio normativo para su actividad reguladora, especialmente en los ámbitos de la salud y el medio ambiente. A pesar de que las organizaciones de trabajadores y ambientalistas consideraron que los cambios eran poco adecuados, el destacado juez y árbitro estadounidense Stephen M. Schwebel condenó duramente los cambios¹⁰⁰.

Price, que había ayudado a negociar el TLCAN en nombre de los Estados Unidos, también se mostró en contra de flexibilizar las disposiciones en el modelo de TBI estadounidense¹⁰¹. William W. Park, por su parte, señaló que “este giro normativo es altamente problemático y, en última instancia, causará un daño significativo a los intereses estadounidenses en el extranjero”¹⁰².

En 2009, Barack Obama prometió, como candidato presidencial, que revisaría el modelo de TBI de 2004 con el objetivo de incrementar las obligaciones laborales y ambientales. Sin embargo, cuando apareció el nuevo texto, en 2012, no se habían introducido cambios significativos¹⁰⁴. El juez Schwebel formaba parte del comité asesor del Gobierno y, junto con los grupos de presión empresariales, abogó por retomar una protección más fuerte de las inversiones, siguiendo el modelo de TBI de 1994¹⁰⁵. Parece que se salió con la suya.

Al mismo tiempo, los abogados especializados en inversiones se enfrentaban a la posibilidad de reforma de los tratados de inversión en la Unión Europea (véase el capítulo 3). Grupos de la sociedad civil llevaban mucho tiempo abogando por una nueva generación de tratados de inversión que garantizara un mejor equilibrio entre intereses públicos y privados¹⁰⁶. La Comisión Europea y el Parlamento Europeo parecían moverse en esa dirección¹⁰⁷. Los árbitros no perdieron el tiempo presentando sus ‘neutrales’

Mi planteamiento es que toda propuesta que altere alguno de los elementos fundamentales del arbitraje internacional constituye una afrenta intolerable contra la institución misma [...] Y a la inversa, toda propuesta que no ataque estos elementos fundamentales, sino que esté concebida para potenciarlos, se debería estudiar cuidadosamente y podría llegar a considerarse que representa una mejora para el proceso.

Charles Brower, árbitro¹⁰³

puntos de vista. Lalonde, por ejemplo, expresó su preocupación de que la nueva política de inversiones de la UE rebajaría la protección de los inversores. Apuntó además que, para Canadá, sería una ventaja negociar un único TBI europeo que 27 TBI, uno por cada Estado miembro de la UE, pero advirtió: “Una condición sería que no terminemos con un producto de segunda clase o con un producto más débil del existente en estos momentos cuando negociamos de forma bilateral con cada país”¹⁰⁸.

El árbitro francés Emmanuel Gaillard manifestó su inquietud sobre la propuesta de la Comisión Europea de rescindir los TBI entre los Estados miembros de la UE (los TBI intracomunitarios)¹⁰⁹. Gaillard advirtió que la “iniciativa para crear un espacio con igualdad de condiciones para las inversiones en Europa tendrá la consecuencia indeseada de alejar de la Unión Europea a las compañías que deseen invertir en Europa”¹¹⁰. Al igual que sus compañeros de profesión, parecía estar convencido de que se necesitan tratados de inversión para atraer IED, aunque las pruebas de ello no son concluyentes¹¹¹. Quizá el hecho de que el propio Gaillard haya arbitrado en al menos tres casos de TBI intracomunitarios ofrezca alguna explicación de por qué estaba tan preocupado por mantener esos acuerdos¹¹².

Más recientemente, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) ha discutido la posibilidad de establecer un centro de arbitraje que podría sustituir al CIADI¹¹³. Esta propuesta busca corregir algunas de las fallas en las normas de arbitraje vigentes. Al preguntársele cuál era su opinión sobre esta idea, el árbitro de élite chileno Francisco Orrego Vicuña declaró: “El resultado sería una especie de foro de arbitraje contra la inversión, ofreciendo una alternativa al CIADI y a otras instancias que se perciben como demasiado favorables a los inversores. No creo que sea una buena idea, puesto que una institución así se consideraría con casi total seguridad como demasiado favorable al Estado y eso no sería satisfactorio para los inversores”¹¹⁴. Resulta notable que que Orrego Vicuña no parezca darse cuenta del doble estándar inherente a su comentario. A la vez que defiende un sistema que se entiende como favorable a los inversores, opina que un sistema que pudiera percibirse como favorable al Estado sería inaceptable.

Los árbitros, en tanto que comunidad cerrada con posiciones influyentes en el ámbito jurídico y político de las relaciones entre inversores y Estados, han intentado asegurarse de que no se apliquen reformas sustanciales que pudieran poner en peligro su propia situación financiera.

Firme aquí, por favor

Las compañías solo pueden demandar a los Gobiernos cuando estos han aceptado someterse al arbitraje internacional en los tratados de inversión. Para los abogados especializados en inversiones esto significa que, sin tratados de inversión, no hay casos. Y sin casos, no hay trabajo como árbitro ni consejero.

Se han dado ocasiones en que el papel de árbitros de élite como asesores del Gobierno les ha proporcionado la oportunidad de abogar por la firma de los tratados de inversión que incluyen una amplia protección de los inversores.

Por ejemplo, en la década de 1990, Paulsson asesoró al Gobierno mexicano durante la negociación de las reglas de protección de inversiones (Capítulo XI) del TLCAN¹¹⁵. Más tarde, esto le ofreció un nombramiento muy bien pagado presidiendo dos paneles de arbitraje en que varias compañías demandaban a México amparándose en dicho tratado.

Gaillard no tuvo cargos como asesor de Gobiernos, pero utilizó una conferencia pública en la República de Mauricio para animar al Gobierno de este país a firmar tratados de inversión. Y concluyó recomendando que se incluyeran cláusulas que garantizaran una amplia protección de los inversores en los nuevos TBI^{117 118}.

Price, que ha negociado tratados de inversión en representación de los Estados Unidos, dirigió las negociaciones sobre el Capítulo XI del TLCAN, en las que, de acuerdo a reportes, ayudó a convencer al Gobierno mexicano de que aceptara el arbitraje inversor-Estado¹¹⁹. En consecuencia, el Gobierno mexicano abandonó el principio por el que solo los tribunales nacionales tenían competencia para examinar un caso presentado por inversores extranjeros (algo conocido como la ‘doctrina Calvo’) y que era parte de la Constitución mexicana. Más tarde, Price cosechó los beneficios al ser contratado por dos compañías estadounidenses distintas para demandar a México por un incumplimiento de las normas del TLCAN¹²⁰.

Las reglas [de inversión] tienden a ser elaboradas por las personas que inevitablemente salen y las usan.

Especialista en arbitraje de inversiones¹¹⁶

Normas imprecisas, más controversias

Los tratados de inversión contienen toda una serie de cláusulas relativas a la protección de las inversiones. El presunto incumplimiento de una o más de estas disposiciones por parte del Estado de acogida otorga a las compañías el derecho a interponer una demanda. Cuando esas disposiciones están formuladas de forma poco precisa, dan lugar a que las compañías

presenten demandas en toda una serie de situaciones que, de otro modo, no serían admisibles. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha señalado que “muchas disposiciones de AI [acuerdos internacionales de inversión] están redactadas en términos imprecisos”. Por lo tanto, lo único que se interpone entre las ambiguas normas de los tratados de inversión y la demanda de un inversor es la forma en que los árbitros interpretan las cláusulas del tratado en cuestión¹²¹. Si la cláusula no es precisa, se presta a una interpretación amplia. Esto demuestra la importancia del papel de los árbitros.

Una interpretación amplia de la redacción minimalista de un tratado puede dar lugar a una falta de previsibilidad en la aplicación de la norma. Esto, a su vez, puede llevar a socavar la intervención legítima del Estado con fines económicos, sociales, ambientales y otros objetivos de desarrollo.

UNCTAD¹²²

Un buen ejemplo de ello es la obligación de los Estados de conceder un ‘trato justo y equitativo’ a los inversores, una condición que aparece en la mayoría de acuerdos internacionales de inversión. Esta cláusula se considera una de las más ambiguas e imprecisas y, según la UNCTAD, se ha convertido en “la base a la que más se recurre y de mayor éxito para las demandas de inversores en el marco de AI”¹²³. La UNCTAD también ha señalado que los árbitros han “interpretado el concepto de trato justo y equitativo en un sentido bastante amplio”, llegando a la conclusión de que “el resultado puede ser un enfoque indefinido y desequilibrado, que favorece indebidamente a los intereses de los inversores e ignora la regulación legítima en pro del interés público”¹²⁴.

En un reciente estudio estadístico basado en 140 casos relativos a tratados de inversión, el profesor Gus Van Harten halló pruebas de que los árbitros tienden a adoptar una interpretación amplia, favorable al demandante, de varias cláusulas, como el propio concepto de ‘inversión’. También concluyó que era más probable que los árbitros demostraran una interpretación amplia de las cláusulas cuando el inversor implicado en la controversia procedía de Francia, Alemania, el Reino Unido o los Estados Unidos¹²⁵.

Los árbitros también pueden promover una interpretación amplia de las disposiciones de los tratados cuando actúan como consejeros. En el caso de *Fireman’s Fund contra México*, presentado al amparo del TLCAN, el inversor, una compañía de seguros, reclamaba que México había expropiado su inversión financiera. Esto se debió a las medidas de emergencia adoptadas por México durante la crisis financiera de 1997. La interpretación de la cláusula relativa a expropiaciones fue decisiva en el laudo final. Al parecer, los consejeros del inversor, Price y Schwebel, escribieron un informe de 82 páginas en que defendían que la expropiación se debía interpretar de una forma más amplia que el concepto de ‘confiscación de bienes’¹²⁶.

El profesor Van Harten abrió un acalorado debate al apuntar que los árbitros parecen tener intereses financieros y profesionales cuando interpretan la ley de forma amplia. En su opinión, los árbitros tenían incentivos para asegurarse futuros nombramientos en paneles de arbitraje y para complacer a las partes corporativas, ya que estas pueden iniciar controversias: “Los árbitros pueden verse influidos por la necesidad de apaciguar a los actores con poder o influencia sobre determinadas decisiones relativas a nombramientos, así como a la posición más general de la industria del arbitraje”¹²⁷.

Esta idea fue recientemente respaldada por el presidente del Tribunal Supremo y exfiscal general de Singapur, Sundaresh Menon, que apuntó que es “en el interés del árbitro empresarial emitir un dictamen de interpretación amplia en la etapa de jurisdicción y después a favor del inversor en la etapa de méritos porque esto incrementa las perspectivas de futuras demandas y, por tanto, genera negocio. Esto apunta a un abogado moderno de carácter hipersofisticado y dedicado a la caza de ambulancias”¹²⁸.

Mientras que los árbitros tienden a aplicar una interpretación amplia de las cláusulas que favorecen al inversor, suelen adoptar un enfoque restrictivo en contextos más generales del derecho internacional en lo que respecta a los derechos humanos y sociales. En mayo de 2012, el Centro Europeo para los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) intentó presentar una declaración por escrito (*amicus curiae*) ante un tribunal arbitral que estaba examinando dos casos contra Zimbabue¹²⁹. Los casos estaban relacionados con plantaciones madereras. La declaración planteaba que las tierras de las plantaciones en disputa se encontraban en territorios ancestrales de los pueblos indígenas, por lo que la decisión del tribunal tendría un impacto sobre los derechos de las comunidades indígenas a sus tierras. El tribunal, presidido por Yves Fortier, se negó incluso a escuchar estas preocupaciones¹³⁰.

El juez Bruno Simma, de la Corte Internacional de Justicia, ha observado que “otorgar la debida consideración a los derechos económicos y sociales es la excepción y no la regla en el arbitraje inversor-Estado” y ha abogado por que estos procesos presten más atención a la legislación internacional en materia de medio ambiente y derechos humanos¹³¹. Los árbitros de élite, los profesionales del sector y los inversores reaccionaron con dureza ante esta propuesta¹³². Esto pone de manifiesto una cierta hipocresía, ya que los árbitros fomentan una interpretación amplia de las disposiciones de los tratados cuando ello favorece al

inversor, pero consideran que la idea de un enfoque más amplio que favorezca a los intereses de otros actores, como serían las víctimas de violaciones de los derechos humanos, es inaceptable.

Confíe en los expertos

Los testigos expertos o peritos en los juicios suelen asociarse con conocimientos técnicos o científicos. Sin embargo, en los casos inversor-Estado es ahora una práctica habitual citar a otros abogados especializados en inversiones como expertos para defender la cuestión jurídica de fondo que es determinante para el caso. El experto discute una cláusula específica del acuerdo o interpreta dicha cláusula a la luz del caso concreto, en nombre de una de las partes. En definitiva, lo que ocurre es que una serie de veteranos profesionales del ámbito jurídico –que es muy probable que también sean árbitros–, “entran y les dicen a sus compañeros árbitros de qué ley se trata y cómo debería aplicarse”¹³⁴. Paulsson, uno de los árbitros de élite, ha ofrecido dictámenes periciales de este tipo¹³⁵. Esta práctica resultaría inaceptable en cualquier otro proceso judicial¹³⁶.

Esta función les permite incidir en el desarrollo del sistema desde otra perspectiva, que también resulta ser bastante lucrativa.

Fomentando reformas para evitar cambios estructurales

Actualmente, existen algunas reacciones contrarias al sistema de arbitraje de inversiones¹³⁷. La imagen de legitimidad del sistema se está erosionando (véase el capítulo 2). Dada la presión que se está ejerciendo sobre el arbitraje inversor-Estado, no es de extrañar que los árbitros de élite estén buscando formas de defenderlo.

Algunos árbitros se han mostrado más receptivos que otros ante las críticas y las medidas de los Gobiernos para recuperar cierto espacio normativo para la regulación. Park, por ejemplo, ha señalado que “para que el arbitraje de inversiones cumpla su promesa [...] se debe encontrar algún mecanismo para fomentar una mayor sensibilidad hacia los intereses vitales del Estado de acogida. En caso contrario, el arbitraje inversor-Estado podría caer preso de la presión pública que surge como reacción a las victorias de inversores”¹³⁸.

Honatiu lo planteó más claramente, afirmando que el arbitraje de inversiones debe hacer frente a los desafíos. Así, ha reconocido que es necesario revisar los roles de todos los actores que participan en el arbitraje y aceptar algunos cambios en la forma en que funciona el sistema. En su opinión, “es solo a este precio que el arbitraje seguirá siendo en las próximas décadas el ‘juez natural’ del comercio internacional”¹³⁹.

Si bien algunos árbitros destacados han admitido que existe un problema de legitimidad, muchas de las reformas que proponen – como la sugerencia de Paulsson y van den Berg de que las instituciones que administran las controversias inversor-Estado (como el CIADI, la LCIA, la CCI, etc.), y no las partes, deberían designar a todo el panel¹⁴⁰ o de que se incremente la transparencia– no cuestionan el sesgo proinversor inherente al sistema¹⁴¹.

Hoy en día, flotan algunas ideas que constituyen amenazas muy significativas al arbitraje. Espero que estas amenazas se puedan evitar porque soy partidario del arbitraje como cuestión de política normativa. Pero de lo contrario, hagamos por lo menos que sus detractores se den cuenta de que sean cuales sean sus objeciones al arbitraje, el arbitraje internacional es algo distinto.

Jan Paulsson, árbitro y jefe del departamento de arbitraje internacional de la firma de abogados Freshfields¹⁴²

Siempre he encontrado bastante extraño que se presenten dictámenes jurídicos de expertos en materia de derecho internacional ante los tribunales de los tratados de inversión.

Andrew Newcombe, Facultad de Derecho de la Universidad de Victoria¹³³

Charles Brower apuntó acertadamente que la comunidad del arbitraje solo está dispuesta a aceptar reformas en la medida en que “tales estrategias no exijan una reestructuración fundamental de todo el sistema”¹⁴³. Así que, aunque puede que se den intentos sinceros de mejorar un sistema defectuoso, estos representan, al mismo tiempo, un ejercicio de autoconservación.

Los árbitros gozan de una posición privilegiada de influencia y poder debido a los diferentes papeles que desempeñan. Como académicos, pueden influir en los conocimientos y comprensión del campo, plantear teorías que fomenten la práctica profesional y ayudar a moldear a los abogados de inversiones del futuro. Como funcionarios del Gobierno, pueden negociar tratados de inversión que incluyen cláusulas de protección de las inversiones de gran alcance. Como expertos en la materia, pueden promover el sistema de arbitraje inversor-Estado y abogar por unos términos flexibles en la redacción de las normas de inversión. Y como árbitros, pueden interpretar estos términos imprecisos y, con ello, generar aún más trabajo.

Si las firmas de abogados especializadas en inversiones pueden ser calificadas de cazadoras de ambulancias que animan a las ‘víctimas’ a aprovecharse de las leyes que las protegen (véase el capítulo 3), los árbitros podrían verse como los responsables de crear las condiciones para que se produzcan los accidentes.

A pesar de ello, son pocos los que parecen preocupados por estos hechos. Una explicación plausible de por qué los conflictos que atraen los múltiples roles de los árbitros de inversiones podrían ser menos aceptables en la comunidad de las inversiones radica en el hecho de que afectan a la naturaleza fundamental de cómo funciona y se mantiene el sistema. No es algo que se pueda arreglar aplicando reglas de procedimiento más estrictas, sino que exige un cambio de sistema.

“ Esta nueva era del arbitraje es, de hecho, su época de oro [...] Nunca antes se habían dejado tantas controversias a disposición de los árbitros; nunca antes se les había concedido a estos tanta autonomía. ”

Sundaresh Menon SC, presidente del Tribunal Supremo de Singapur¹⁴⁴



La guía básica de un árbitro de inversiones

Consigue que te acepten en la reservada comunidad de los árbitros.

Ayuda mucho si vienes de Europea occidental o Norteamérica y si eres hombre. Pero lo más importante es que un árbitro ejemplar debe tener una perspectiva favorable a las corporaciones. Recuerda que solo los inversores pueden interponer una demanda, por lo que tener en mente los intereses de los inversores es fundamental para seguir ganando una cantidad astronómica por cada hora de trabajo.

Asegúrate de que el club de los árbitros se mantenga pequeño y cohesionado.

Recomienda a otros compañeros de profesión para que actúen como árbitros o consejeros, invítalos a conferencias o a presentar artículos, y procura no ponerlos en evidencia si son cuestionados. Es probable que te devuelvan el favor.

Mantén fuera a las ovejas negras

Las críticas sistémicas del arbitraje de inversiones no deberían ser toleradas, ya que una visión compartida entre los árbitros en cuanto a cómo debería funcionar el sistema es fundamental para la supervivencia de este.

Respalda y promueve el arbitraje inversor-Estado

Ser un árbitro activo es bueno, pero no suficiente. Ocupa tantas funciones como te sea posible en firmas de abogados, instituciones académicas y puestos de asesoría de Gobiernos. Estas diversas funciones permitirán al árbitro de élite influir en el destino del arbitraje de inversiones:

- Promueve el arbitraje internacional de inversiones como la mejor opción normativa para los Gobiernos. El árbitro no tiene por qué explicar sus intereses financieros en el sistema.
- Aboga por fuertes normas de protección para los inversores y oponte a cualquier intento de flexibilizar los estándares vigentes por parte de los Gobiernos.
- Recomienda a los Gobiernos que firmen nuevos tratados de inversión, que podrían aportar una útil fuente de futuros trabajos.
- Asegúrate de que los términos en que están redactadas las normas de protección de las inversiones son imprecisos, de forma que los inversores tengan más opciones para presentar una demanda. El árbitro podrá después interpretar esas ambiguas normas de forma favorable al inversor.
- Sé invitado por otros árbitros a comparecer como experto en un caso. De esta forma, el árbitro podrá orientar la interpretación de las cláusulas.
- Admite que existen reacciones contra el arbitraje de inversiones y promueve algunas reformas menores, siempre y cuando no cuestionen los fundamentos del sistema. Esto ayudará a los árbitros a neutralizar cualquier propuesta de cambio estructural.

Hazte con los grandes casos

Una vez entres a formar parte de la élite, estarás muy ocupado. El objetivo final, sin embargo, es arbitrar en los grandes casos, aquellos que entrañan entre 100 y varios centenares de millones de dólares. A una tarifa de unos 700 dólares por hora, las ganancias financieras del árbitro son considerables.

Referencias capítulo 4

- 1 Perry, Sebastian (2012) STOCKHOLM: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome, *Global Arbitration Review*, Volume 7 - Issue 2, 15 de marzo, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30399/stockholm-arbitrator-counsel-double-hat-syndrome> [7-11-2012].
- 2 Van Harten, Gus (2010) Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, Chapter 20, in Ed. Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199589104.001.0001/acprof-9780199589104-chapter-20> [10-7-2012].
- 3 Perry, Sebastian (2011) The American president: an interview with Rusty Park, *Global Arbitration Review*, Volume 6 - Issue 2, 11 de marzo, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/29288/the-american-president-interview-rusty-park> [7-11-2012].
- 4 Los honorarios del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) están fijados en 3.000 dólares por día, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&ScheduledFees=True&year=2012&language=Spanish>. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) tiene estipulada una tarifa de 700 dólares por hora (450 libras esterlinas), http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Costs.aspx. [7-11-2012]. Otras instancias arbitrales calculan los honorarios del árbitro en proporción a la cuantía que es objeto de la controversia (CII).
- 5 Cámara de Comercio Internacional - CCI (2012) Reglamentos de arbitraje y de ADR, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> [7-11-2012].
- 6 Chevron and Texaco v. Ecuador (2011) Final Award, http://cdn.lbresearch.com/files/gar/articles/20110831_Final_Comme_40973a.pdf [6-11-2012]. Cantidad original: 652.120 euros (tipo de cambio: 1 EUR = 1,44 USD a 31-8-2011).
- 7 Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovakia (2012) Final Award, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0933.pdf> [8-11-2012]. Cantidad original: 500 euros (tipo de cambio: 1 EUR = 1,32 USD a 23-4-2012).
- 8 Barker, Emily (2005) Editor's Note, *Focus Europe*. An American Lawyer supplement 27:6, summer.
- 9 Samuels, David (2006) Roundtable: the under 45s versus the heavyweights, *Global Arbitration Review*, Volume 1 - Issue 5, 1 de noviembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/16467/roundtable-45s-versus-heavyweights> [7-11-2012].
- 10 Kapeliuk, Daphna (2010) The Repeat Appointment Factor - Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, *Cornell Law Review* 96:47, p. 77, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Kapeliuk-final.pdf> [8-9-2012].
- 11 Goswami, Nina (2008) ICC left reeling as arbitration court chairman Tercier resigns, *The Lawyer*, 31 de marzo, <http://www.thelawyer.com/icc-left-reeling-as-arbitration-court-chairman-tercier-resigns/131959.article> [7-11-2012].
- 12 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 13 ICSID (2012) Caseload – Statistics Issue 2012-2, p. 16, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English32> [10-9-2012].
- 14 Véase el anexo A: www.tni.org/profitng-annex-a
- 15 Van Harten, Gus (2012) The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration. *FDI Perspectives*, p. 1, <http://ssrn.com/abstract=2005336> [30-10-2012].
- 16 Ross, Alison (2010) Brigitte in Brazil, *Global Arbitration Review*, Volume 5 - Issue 3, 5 de julio, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28494/brigitte-brazil> [7-11-2012].
- 17 Van Harten, Gus (2012) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, *Osgoode Hall Law Journal*, Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=2149207> [7-11-2012].
- 18 Yackee, Jason (2012) The Emerging System of International Arbitration, Summary of presentation during American Society of International Law 106th Annual Meeting, <http://asilcables.org/2012/03/31/the-emerging-system-of-international-arbitration> [7-11-2012].
- 19 Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. (1996) *Dealing in Virtue*. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago and London p. 195.
- 20 Park, W. y Alvarez, G. (2003) The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, p. 394.
- 21 Perry, Sebastian (2011) Arbitrators and human rights, *Global Arbitration Review*, 13 de junio, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29527/arbitrators-human-rights/> [7-11-2012].
- 22 Página web de IIAPP (2011) The unique authority of international investment arbitrators, septiembre, http://www.iiapp.org/media/uploads/unique_powers_of_investment_arbitrators.pdf [7-11-2012].
- 23 Kasenetz, Eric David (2010) Desperate times call for desperate measures: the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID, *The George Washington International Law Review*, Vol 41, pp 109-747.
- 24 Karadelis, Kyriaki (2011) Does arbitration need a breath of fresh air?, *Global Arbitration Review*, 2 de diciembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30006/does-arbitration-need-breath-fresh-air/> [7-11-2012].
- 25 Van Harten, Gus and Schneiderman, David et al (2010) Public statement on the international investment regime, http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement [7-11-2012].
- 26 Toulson, Tom (2010) Investment treaty arbitration is 'unfair', say academics, *Global Arbitration Review*, 10 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28724/investment-treaty-arbitration-unfair-say-academics> [7-11-2012].
- 27 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 28 Samuels, David (2006), véase nota 9.
- 29 Barker, Alyx (2012) Taking on the "inner mafia", *Global Arbitration Review*, 2 de octubre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30863/taking-inner-mafia> [7-11-2012].
- 30 Todas las estadísticas que se presentan en este capítulo se basan en los casos conocidos relativos a tratados de inversión regidos por distintas normas (UNCITRAL, CIADI, etc.), a no ser que se especifique lo contrario. Los datos fueron recopilados por las autoras mediante la combinación de búsquedas en varias bases de datos: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio

- y Desarrollo (UNCTAD)- 394 casos (1987-2010), International Investment Arbitration and Public Policy (IIAPP)-249 casos (1987-2010), Investment Treaty Arbitration (ITA) (1990-2012), casos del CIADI (1972-2012), referencias en los propios currículums de los árbitros y referencias en el portal de noticias Investment Arbitration Reporter. Para una lista detallada de los 247 casos, véase el anexo B: www.tni.org/profitng-annex-b.
- 31 UNCTAD (2012) World Investment report. Towards a New Generation of Investment Policies, http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx [7-11-2012].
- 32 Véase el anexo B: www.tni.org/profitng-annex-b y el anexo C: www.tni.org/profitng-annex-c
- 33 Hay 559 árbitros acreditados ante el Panel de árbitros del CIADI. Esto da una idea del número de árbitros de inversiones que están calificados y disponibles para actuar en casos inversor-Estado. Cabe destacar, sin embargo, que no todos los 15 árbitros de la élite cuentan están acreditados ante el CIADI, pero eso no les impide actuar como árbitros, siempre y cuando sean designados por una de las partes. List of members of the Panel of Conciliators and Arbitrators of ICSID/ 10-7-2012: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=MembersofPannel> [7-11-2012].
- 34 Es importante resaltar que la información sobre el papel de los árbitros suele mantenerse en secreto. De especial dificultad es saber si los abogados que actúan como árbitros también actúan como abogados defensores. Las autoras han conseguido identificar algunos casos en que ocho de los 15 árbitros de élite han desempeñado el papel de abogados defensores. Estos ocho son los que tienden a mencionar los casos en que han actuado como abogados en sus propios currículums. En cuanto al resto, nunca han actuado como abogados defensores o no hay información disponible al respecto.
- 35 Ross, Alison (2010), véase nota 16.
- 36 Ibid.
- 37 Ross, Alison (2012) LONDON: Build on the classic model, urges Brower, Global Arbitration Review, Volume 7 - Issue 3, 21 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30558/london-build-classic-model-urges-brower> [7-11-2012].
- 38 The Metropolitan Corporate Counsel (2009) A World-Class International Arbitrator Speaks!, the Editor's interview with Charles N. Brower, p. 24, <http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2009/August/24.pdf> [7-11-2012].
- 39 Currículum vitae de Francisco Orrego Vicuña, http://www.rzuser.uni-heidelberg.de/~p00/down/cv_orrego.pdf [7-11-2012].
- 40 Orrego Vicuña es también conocido por defender el régimen de Pinochet. En 1998, cuando Pinochet se enfrentaba a la extradición solicitada por España, Orrego Vicuña escribió un documento de opinión en que sostenía que el Gobierno de Pinochet "no fue insensible a los temas de derechos humanos" y pedía al Reino Unido que no extraditara al dictador. Véase: www.elclarin.cl/images/pdf/19981211OrregoVicuConfidentialOpinionSpain.pdf [7-11-2012].
- 41 Ross, Alison (2010) From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña, Global Arbitration Review, Volume 5 - Issue 4, 1 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-francisco-orrego-vicuna/> [7-11-2012].
- 42 Reuters (2012) Sherritt International Corporation (S.TO), <http://www.reuters.com/finance/stocks/companyOfficers?symbol=S.TO> [2-11-2012].
- 43 Curriculum Vitae of L. Yves Fortier QC, <http://www.20essexst.com/member/yves-fortier> [7-11-2012].
- 44 Norton Rose (2011) Revered international arbitrator, Yves Fortier, leaving Norton Rose OR to establish independent practice, <http://www.nortonrose.com/news/57534/revered-international-arbitrator-yves-fortier-leaving-norton-rose-or-to-establish-independent-practice> [7-11-2012].
- 45 Ross, Alison (2010) An Interview with Yves Fortier, Global Arbitration Review, 19 de febrero, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/27665/an-interview-yves-fortier> [7-11-2012].
- 46 Global Arbitration Review (2008) Co-arbitrators reject challenge to Kaufmann-Kohler, 1 de junio, Volume 3 - Issue 3, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/15844/co-arbitrators-reject-challenge-kaufmann-kohler> [7-11-2012].
- 47 Global Arbitration Review (2009) Kaufmann Kohler leaves UBS board, 20 de marzo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/15179/kaufmann-kohler-leaves-ubs-board> [7-11-2012].
- 48 Ross, Alison (2011) The first boutique?, Global Arbitration Review, Volume 6 - Issue 5, 23 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29837/the-first-boutique> [7-11-2012].
- 49 Enron v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3) y LG&E v. Argentina (ICSID Case No. ARB/02/1). Ambos casos se derivaron de las mismas circunstancias, la crisis económica argentina de 2001-2002, y, en ambos casos, Argentina alegó en su defensa un estado de necesidad a causa de la crisis. Mientras que en el caso de LG&E, el tribunal dictaminó a favor de Argentina, siete meses más tarde, en el caso de Enron, el tribunal emitió un dictamen a favor de la compañía.
- 50 British Gas (BG) v. Argentina (International Chamber of Commerce (UNCITRAL), <http://italaw.com/documents/BGvArgentina.pdf> and Abaclat and others v. Argentine Republic (ICSID ARB/07/5), http://italaw.com/documents/Abaclat_v_Argentina_Request_for_Disqualification_15Sep2011_En.pdf [7-11-2012].
- 51 Bockstiegel, Karl-Heinz (2007) Enterprise v. State: the New David and Goliath?, Arbitration International, vol. 23, no. 1, http://www.claytonutz.com/ialecture/2006/transcript_2006.html [7-11-2012].
- 52 Toulson, Tom and Ross, Alison (2011) And the winner is... GAR's pick of the best, Global Arbitration Review, 4 de marzo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29299/and-winner-is-gars-pick-best> [7-11-2012].
- 53 Elward, David (2010) Hanotiau in demand as speaker, Global Arbitration Review, 20 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28720/hanotiau-demand-speaker> [7-11-2012].
- 54 Ross, Alison (2011) Boutique firm to gain Singapore outpost, Global Arbitration Review, 9 de diciembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30031/boutique-firm-gain-singapore-outpost/> [7-11-2012].
- 55 Otros árbitros de élite han abandonado sus cargos en firmas de abogados internacionales aduciendo posibles conflictos de interés. Entre ellos, estarían Gabrielle Kaufmann-Kohler, Albert Jan van den Berg, Bernard Hanotiau, Yves Fortier y Marc Lalonde.
- 56 Paulsson, Jan (2011) Moral Hazard in International Dispute Resolution, Transnational Dispute Management, vol. 8, no. 2, p. 6.
- 57 Paulsson, Jan (2009) Repudiation of International Arbitration Agreements and the Public Interest, Kluwer Arbitration Blog, 16 de febrero, <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/02/16/repudiation-of-international-arbitration-agreements-and-the-public-interest> [7-11-2012].

- 58 Dingle, Lesley and Bates, Daniel (2009) A Conversation with Judge Stephen M. Schwebel, the Squire Law Library and the Faculty of Law, Cambridge University, http://www.squire.law.cam.ac.uk/Media/Eminent%20Scholars%20Archive%20Transcripts/schwebel_transcript_may_2009.pdf [7-11-2012].
- 59 Global Arbitration Review (2010) Judge Schwebel at 81, Volume 5 - Issue 2, 12 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28402/judge-schwebel-81> [7-11-2012]
- 60 Ibid y Perry, Sebastian (2011) Schwebel condemns 'neutering' of BITs, Global Arbitration Review, 10 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29451/schwebel-condemns-neutering-bits> [7-11-2012].
- 61 Kirby, P.E.; Alvarez, H.C. and Ullrich, D. (2009) Canada-EFTA Free Trade Agreement Enters Into Force, International Trade and Customs Law Bulletin, Fasken Martineau, 1 de julio, p. 2, <http://www.fasken.com/canada-efat-free-trade-agreement-enters-into-force-07-01-2009> [7-11-2012].
- 62 En el caso de RFCC contra Marruecos, Gaillard, actuando como abogado defensor, estaba intentando anular un laudo que Ghana iba a utilizar para su propia defensa en el caso de Telekom Malaysia contra Ghana, en que el mismo era el árbitro.
- 63 Gaillard, Emmanuel (2009) Russia cannot walk away from its legal obligations, Letter to the Editor, Financial Times, 18 de agosto, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/c63d918a-8b8d-11de-9f50-00144feabdc0.html#axzz2BXB9ITcO> [7-11-2012].
- 64 Ross, Alison (2011) Killing off intra-EU BITs: how the European Commission plans to level the playing field for investors, Global Arbitration Review, Volume 6 - Issue 5, 17 de octubre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29884/killing-off-intra-eu-bits-european-commission-plans-level-playing-field-investors> [7-11-2012].
- 65 Park, W. and Alvarez, G (2003), véase nota 20, p. 396.
- 66 Park, W. and Alvarez, G (2003), véase nota 20, p. 383.
- 67 Véase el anexo B: www.tni.org/profitting-annex-b
- 68 Schneiderman, David (2010) Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes, Northwestern Journal of International Law & Business 30, no. 2, <http://ssrn.com/abstract=1965629> y Waibel, Michael y Wu, Yanhui (2011) Are arbitrators political?, <http://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12> [5-11-2012].
- 69 Véase el anexo D: www.tni.org/profitting-annex-d
- 70 D. Price dimitió en 2007 para aceptar un nombramiento en la Casa Blanca y fue reemplazado por Charles Poncet.
- 71 Véase el anexo D: www.tni.org/profitting-annex-d
- 72 Waibel, Michael y Wu, Yanhui (2011), véase nota 68, p. 19.
- 73 Véase el anexo D: www.tni.org/profitting-annex-d
- 74 Ross, Alison (2010), véase nota 41.
- 75 Perry, Sebastian (2011), véase nota 3.
- 76 Peterson, Luke Eric (2008) Barrister may not appear as counsel for state in arbitration where another member of chambers sits on tribunal, IA Reporter, 25 de noviembre, http://www.iareporter.com/articles/20090929_30? [7-11-2012].
- 77 Peterson, Luke Eric (2010) Arbitrator decries "revolving door" roles of lawyers in investment treaty arbitration, IAReporter, 25 de febrero, http://www.iareporter.com/articles/20100226_1 [7-11-2012].
- 78 Ross, Alison (2009) CAS puts a stop to role-switching, Global Arbitration Review, 14 de octubre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/19054/cas-puts-stop-role-switching> [7-11-2012].
- 79 Office of the Clerk, US House of Representatives (2005) Lobbying disclosure form Sidley Austin, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=100015622> [14-11-2012].
- 80 Office of the Clerk, US House of Representatives (2002-2005) Lobbying disclosure form Sidley Austin, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=9013638>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8072048>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8086082>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8104142>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8130118>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=9013637>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8067264>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8083461>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8114107>, <http://disclosures.house.gov/ld/pdfform.aspx?id=8130123> [16-11-2012].
- 81 Página web de Sidley Austin (2012) International Trade Practice, <http://www.sidley.com/en-US/internationaltradeaccolades/linkedContent.aspx> [7-11-2012].
- 82 Greider, William (2001) The Right and US Trade Law: Invalidating the 20th Century, The Nation, 17 de noviembre, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century> [16-11-2012].
- 83 The New York Times (2008) Statement From G-20 Summit, <http://www.nytimes.com/2008/11/16/washington/summit-text.html> [7-11-2012].
- 84 Price, Daniel (2008) The New Face of Protectionism, The New York Times, 1 de septiembre, <http://www.nytimes.com/2009/09/02/opinion/02iht-edprice.html> y Price, Daniel (2009) Protectionism Resurgent, The New York Times, 26 de marzo, <http://www.nytimes.com/2009/03/27/opinion/27iht-edprice.html> [7-11-2012].
- 85 Norton Rose (2011), véase nota 44.
- 86 Página web de Daniel M. Price PLLC, <http://danielmpricepllc.com> [7-11-2012].
- 87 Página web de Rock Creek Global Advisors, <http://www.rockcreekadvisors.com> [7-11-2012].
- 88 Elward, David (2011) Daniel Price sets up alone, Global Arbitration Review, 27 de junio, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29580/daniel-price-sets-alone> [7-11-2012]
- 89 Véase, por ejemplo: Bernasconi-Osterwalder, Nathalie et al (2011) Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel, IISD, <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1442>; Goldhaber, M.d (2006) Are two hats too many?, Transnational Dispute Management (TDM) 3, no. 2, <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=781>; o Special Issue on Arbitrator Bias, Transnational Dispute Management (TDM) 4, (2008), <http://www.transnational-dispute-management.com/journal-browse-issues-toc.asp?key=25> [16-11-2012].
- 90 Ross, Alison (2010), véase nota 16.
- 91 Park, W. y Alvarez, G (2003), véase nota 20, p. 369, 396.
- 92 Mary Hallward-Driemeier (2003) Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite, World Bank Policy Research Working Paper, p. 22, <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3121> [7-11-2012].

- 93 El juez Charles Brower, por ejemplo, afirmó que “la solución de controversias tiene una función central en la estabilización de las expectativas de los inversores extranjeros y les permite contrarrestar un comportamiento oportunista por parte del Estado de acogida, tales como injerencias indebidas en los derechos económicos del inversor”. Véase Brower, C. & Schill, S (2009) *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, Chicago Journal of International Law, p. 477.
- 94 Paulsson, Jan (2008) *International Arbitration is Not Arbitration*, Stockholm International Arbitration Review, p. 3.
- 95 Global Arbitration Review (2010), véase nota 59.
- 96 Ross, Alison (2010), véase nota 41.
- 97 Para leer un relato sobre la campaña contra el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), véase: http://www.gppi.net/fileadmin/gppi/Tieleman_MAI_GPP_Network.pdf [16-11-2012]. Entre los artículos de grandes medios que han publicado opiniones de personas críticas con los tratados de protección de inversiones estarían: DePalma, Anthony (2001) *Nafta’s Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far*, Critics Say, The New York Times, 11 de marzo, <http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html> y Malik, Mahnaz (2011) *The legal monster that lets companies sue countries*, The Guardian, 4 de noviembre, <http://www.guardian.co.uk/commentsfree/2011/nov/04/bilateral-investment-treaties> [7-11-2012].
- 98 Perry, Sebastian (2011), véase nota 3.
- 99 Schneiderman, David (2010), véase nota 68, p. 28-29.
- 100 Schwebel, Stephen M. (2009) *A critical assessment of the US model BIT*, Keynote Address at Twelfth ITF Public Conference, Londres, 15 de mayo, http://www.biicl.org/files/4253_schwebel-biicl15may2009speech_cor2.pdf [7-11-2012].
- 101 Alvarez, J.E. (2011) *The Return of the State*, Minnesota Journal of Int’l Law, 20:2, p. 241, <http://www.minnjil.org/wp-content/uploads/2011/07/Alvarez-Final-Version.pdf> [7-11-2012].
- 102 Park, W. and Alvarez, G (2003), véase nota 20, p. 395.
- 103 Ross, Alison (2012), véase nota 37.
- 104 Global Arbitration Review (2012) *The new US model BIT: not so very different from the old version*, 21 de abril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30488/the-new-us-model-bit-not-so-different-old-version> [7 de noviembre de 2012]
- 105 U.S. Department of State (2009) *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty: Annexes*, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm> [7-11- 2012].
- 106 La red Seattle to Brussels (S2B) está formada por un grupo de organizaciones europeas que hacen campaña para promover unas políticas de inversión y un sistema de comercio más sostenibles, democráticos y responsables en Europa. Véase: <http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy.html>
- 107 Parlamento Europeo (2011) *Resolución del Parlamento Europeo*, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=ES> [7-11-2012].
- 108 Global Arbitration Review (2010) *BITs after Lisbon: what mark will the new EU treaty leave?*, 15 de abril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28287/bits-lisbon-mark-will-new-eu-treaty-leave> [7-11-2012].
- 109 von Krause, Christophe (2010) *The European Commission’s Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 28 de septiembre, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration> [7-11-2012].
- 110 Ross, Alison (2011), véase nota 64.
- 111 Estudios del Banco Mundial y de la UNCTAD han demostrado que no existe una correlación directa entre la firma de tratados de inversión y la llegada de inversión extranjera directa. Véase: Mary Hallward-Driemeier (2003), véase nota 92 y UNCTAD (2009) *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf [7-11-2012].
- 112 *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC/082004 (Czech Republic-Netherlands BIT); *Binder v. Czech Republic* (Czech Republic-Germany BIT); *Railworld v Estonia*, ICSID Case No. ARB/06/6 (Estonia-Netherlands BIT).
- 113 Fiezzoni, Silvia Karina (2012) *UNASUR Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador’s Proposal*, Investment Treaty News, 12 de enero, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur> [7-11-2012].
- 114 Ross, Alison (2010), véase nota 41.
- 115 Paulsson, Jan (1995) *Arbitration Without Privity*, 10(2) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, p. 248
- 116 Entrevista con un especialista en arbitraje de inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 8 de junio de 2012.
- 117 Emmanuel Gaillard (2010) *Response to the Report*, Proceedings of the Mauritius International Arbitration Conference 2010 “Flaws and Presumptions: Rethinking Arbitration Law and Practice in a new Arbitral Seat”, Mauritius, 13 y 14 de diciembre, p. 323, www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=1924 [8-11-2012].
- 118 Ross, Alison (2010) *Mauritius to benefit from EU turmoil?*, Global Arbitration Review, 15 de diciembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28990> [7-11-2012]
- 119 Patel, Bimal (2006/2007) *Multiple Roles for a Unified Continent: Negotiating NAFTA*, p. 3, <http://www.thepresidency.org/storage/documents/Vater/Patel.pdf> y Wilkinson, Suzanne M. (2002) *NAFTA, Mexico & Metalclad*, Master thesis, p. 76-79, <https://circle.ubc.ca/handle/2429/13062> [7-11-2012].
- 120 *Archer Daniels Midland Company and TATE & LYLE Ingredients Americas v. Mexico* (ICSID CASE N° ARB (AF) /04/5) y *Fireman’s Fund Insurance (Allianz) v Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/02/01).
- 121 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2011) *Interpretation of IIAs: What States Can Do*, IIA Issues Note, diciembre, p. 8, http://www.unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10_en.pdf [20-10-2012].
- 122 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2012) *Fair and equitable treatment: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Nueva York y Ginebra, p. 21.
- 123 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2012), véase nota 121, p. 21.
- 124 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2012), véase nota 121, p. 30.
- 125 Van Harten, Gus (2012) *Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment-Treaty Arbitration? Forthcoming Study Gives Cause*

- for Concern, Investment Treaty News, 13 de abril, <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investment-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern> [7-11-2012]
- 126 Rosero, John D. (2010) Private v public authority in NAFTA: the procyclicality of Investor protections and global governance issues, PhD dissertation, p. 318, <http://mss3.libraries.rutgers.edu/dlr/showfed.php?pid=rutgers-lib:27211> [16-11-2012]
- 127 Van Harten, Gus (2012), véase nota 17, p. 10.
- 128 Ross, Alison (2012) Menon kicks off ICCA Congress with call for regulation, Global Arbitration Review, 11 de junio, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30600/menon-opens-icca-congress-call-regulation> [5-11-2012].
- 129 Border Timbers Limited and others v. Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/25) y Bernhard von Pezold and others v. Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/15).
- 130 European Center for Constitutional and Human Rights (2012) Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal, Berlín, <http://www.ecchr.de/index.php/cr/articles/human-rights-inapplicable-in-international-investment-arbitration.html> [7-11-2012].
- 131 Perry, Sebastian (2011), véase nota 21.
- 132 Ibid.
- 133 Newcombe, Andrew (2010) The Strange Case of Expert Legal Opinions in Investment Treaty Arbitrations, Kluwer Arbitration Blog, 18 de marzo, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/18/the-strange-case-of-expert-legal-opinions-in-investment-treaty-arbitrations> [7-11-2012].
- 134 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 135 Paulsson, Jan (2012) Expert opinion in the case of Chevron and Texaco v. Ecuador, UNICTRAL case, 12 de marzo, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0176_0.pdf [7-11-2012].
- 136 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 137 Waibel, Michael et al (2010) The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. Kluwer Law International.
- 138 Park, W. y Alvarez, G (2003), véase nota 20, p. 399.
- 139 Hanotiau, Bernard (2011) International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future, Journal of International Arbitration (Kluwer Law International), vol. 28, issue 2, p. 89-103.
- 140 Paulsson, Jan (2011), véase nota 56.
- 141 Ni siquiera está claro en qué medida estas los árbitros dispuestos a impulsar estas reformas limitadas, teniendo en cuenta la evidente resistencia hasta la fecha. Jan Paulsson, por ejemplo, defendió la posición de la delegación de Bahrein de oponerse a cualquier intento de incorporar disposiciones relativas a la transparencia en las normas de la UNCITRAL-CNUDMI.
- 142 Paulsson, Jan (2008), véase nota 94, p. 18.
- 143 Brower, C. & Schill (2009), véase nota 93, p. 497.
- 144 Menon, Sundaresh (2012) International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere), speech at ICCA Congress, p. 1-2, http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/AGs_Opening_Speech_ICCA_Congress_2012.pdf [17-11-2012]

Capítulo 5

Especulando con la injusticia

Financiación de controversias relativas a inversiones por parte de terceros

“ La teoría consiste en tomar el sistema jurídico y convertirlo en un mercado de valores. ”

John H. Beisner, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom¹



Imagina una compañía multinacional que desea demandar a un Gobierno amparándose en un tratado internacional de inversiones. Está a punto de contratar como consejero a un importante bufete de abogados especializados en arbitraje. Pero los abogados cobran tarifas astronómicas; más de lo que está dispuesta a pagar la compañía. Por suerte para esta última, una firma de inversión le ofrece invertir en el caso. Así, pagará parte de los honorarios de los abogados a cambio de obtener un porcentaje de las ganancias potenciales al final del proceso. Bienvenidos al mundo de la financiación de terceros.

La financiación comercial de demandas por parte de terceros podría describirse como invertir en el pleito de otra entidad con la esperanza de compartir el botín si finalmente se otorga un pago. Por lo general, el financiador tomará entre el 20 y el 50% del laudo final².

Aunque se sabe poco sobre esta industria, noticias ocasionales apuntan a que grupos dedicados a financiar demandas, como Juridica (Reino Unido), Burford (Estados Unidos) y Omni Bridgeway (Países Bajos), se están convirtiendo en partes establecidas del arbitraje internacional de inversiones. Bancos, fondos de alto riesgo y compañías de seguro también invierten en controversias internacionales. Están surgiendo intermediarios y mercados virtuales donde los demandantes pueden buscar a posibles financiadores y vice versa³. Según declaró recientemente un abogado de la firma Debevoise and Plimpton: “No faltan los financiadores que quieren poner un pie dentro [...] incluso cuando al otro lado hay un deudor”⁴.

La financiación de terceros es una industria en rápido crecimiento y, sin duda, desempeñará un papel importante en el futuro del arbitraje de inversiones. Los inversores necesitarán o desearán externalizar los riesgos financieros que entraña el arbitraje de inversiones.

Dr. Eric De Brabandere y Julia Lepeltak,
Universidad de Leiden⁵

TABLA 3

Invirtiendo en arbitrajes: algunos terceros financiadores destacados

Firma	Apuntes de interés
Burford Capital (Estados Unidos)	El mayor financiador de demandas del mundo presume de “una particular especialidad en el arbitraje relativo a tratados de inversión [...] a menudo marca[ndo] la diferencia entre que un caso meritorio sea examinado o deba ser abandonado” ⁶ .
Juridica Investment LTD (Reino Unido)	Juridica se ganó una fama no deseada por una larga disputa con un excliente, S&T Oil. Juridica patrocinó en un primer momento la demanda de la compañía contra Rumanía con una inyección de tres millones de dólares, pero cuando el caso fue abandonado, quería recuperar este dinero. S&T acusó al financiador de tener un modelo de negocio “poco ético” y de fraude ⁷ .
Omni Bridgeway (Países Bajos)	Uno de los financiadores de demandas más veteranos, especializado en deuda morosa en mercados emergentes. A los inversores, que están esperando el dinero que les corresponde de un laudo arbitral contra Argentina, se les invita a “ponerse en contacto [con Omni] para recibir asesoramiento” ⁸ .
Fulbrook Management (Estados Unidos)	Fulbrook fue creada en 2011 por el cofundador y expresidente de Burford, Selwyn Seidel. Seidel es probablemente el líder de la industria y aboga por un papel más activo de los financiadores en el campo del arbitraje, con el objetivo de impulsar su valor.
Calunius Capital (Reino Unido)	Calunius saltó a los titulares con dos recientes demandas relativas a inversiones en el sector de la minería. Está patrocinando a la compañía canadiense Rusoro en una demanda contra Venezuela y a la empresa británica Oxus Gold en un caso de arbitraje de 400 millones de dólares contra Uzbekistán.

Una rentabilidad sideral

¿Cuánto dinero pueden ganar los terceros financiadores? Burford, que se encuentra entre los principales financiadores, compromete un promedio de 8 millones de dólares por caso, y Juridica, un promedio de 7,5 millones de dólares⁹. La rentabilidad oscila entre el 30 y el 50%¹⁰, por lo que no es de extrañar que las ganancias de los financiadores de demandas hayan estado creciendo a un ritmo asombroso. Los beneficios de Burford en 2011 se multiplicaron por nueve con respecto a 2010¹¹. En ese mismo período, Juridica presenció un incremento del 578% en sus beneficios¹².

Los terceros financiadores están especialmente interesados en un mundo que se caracterice por acuerdos monumentales entre las partes y una opacidad flagrante, un lugar donde los tesoros públicos sean tratados por las instancias arbitrales como cajeros automáticos y los laudos se puedan hacer cumplir en todo el mundo. Burford, por ejemplo, presume de “una particular especialidad en el arbitraje relativo a tratados de inversión”, un campo en el que espera una rentabilidad significativa en forma de “un múltiple del capital invertido [...] junto con una parte de los ingresos netos”¹³. En otras palabras: millones de dólares del dinero de los contribuyentes.

Jugando a las apuestas con demandas legales

Tras la crisis de las hipotecas de alto riesgo de Wall Street en 2008, los terceros financiadores recibieron un nuevo impulso. James Tyrrell, socio del bufete de abogados Patton Boggs y al parecer también consejero de Juridica y Burford, señaló que, durante una recesión, “ahí fuera hay un montón de dinero que está buscando un hogar”¹⁵. Así que, mientras el resto del mundo se tambaleaba por los excesos provocados por los swaps de impago y las financiaciones temerarias, los terceros financiadores recibían una nueva ola de fondos para seguir jugando a las apuestas. En 2007, Juridica recaudó 125 millones de dólares (80 millones de libras esterlinas) en su oferta pública inicial a través de la Bolsa de Londres¹⁶. A fines de 2008 –cuando la recesión mundial alcanzaba su pleno apogeo– entraron en sus arcas otros 116 millones de dólares (74,4 millones de libras esterlinas)¹⁷.

Maya Steinitz, de la Universidad de Iowa, afirma que la expansión de la financiación se debe a la “ausencia de facto de toda regulación profesional que permite a financiadores y abogados operar al margen del alcance disciplinario de los colegios de abogados”¹⁸. En efecto, la financiación de terceros ha sido calificada de “tierra de nadie jurídica”¹⁹, ya que está fundamentalmente libre de toda ley que regule su comportamiento. Y en lo que representa un caso de *déjà vu* en Wall Street, las pocas leyes que existen han sido en ocasiones redactadas por los propios financiadores²⁰.

Existe incluso la posibilidad – no lo quiera el cielo – de que pudiéramos financiar un caso y, después, revenderlo a terceras partes, un poco como los *swaps* de impago.

Selvyn Seidel, Fulbrook Management²¹

Los fondos de alto riesgo “quieren invertir, y son los mismos [fondos de alto riesgo] que estaban implicados en el mercado de la deuda morosa, por lo que están acostumbrados a ello. Para ellos, este es solo un nuevo tipo de riesgo”²³. A esos fondos solo les interesa la posibilidad de ganar, tal como explica John Jones, de la compañía de seguros de riesgo Aon: “En un caso típico[,] un fondo de alto riesgo, que actúa en representación de unos inversores ya adinerados, buscará acumular aún más dinero, no invirtiendo en empresas comerciales ni en creación de riqueza, sino apostando sobre el resultado de una acción legal por daños y perjuicios. No tienen interés alguno en la justicia ni en ningún otro aspecto del caso, solo en las posibilidades de éxito, ya que exigirán un porcentaje de la indemnización recibida a cambio de poner el dinero necesario para entrar en el juego”²⁴.

Los beneficios y los riesgos financieros asociados con las demandas [de arbitraje] significan que es probable que ofrezcan oportunidades atractivas para terceros financiadores.

Susanna Khouri, Kate Hurford y Clive Bowman, financiadores de demandas en IMF¹⁴

Multiplicando las demandas

Al financiar demandas que, de otro modo, se podrían resolver rápidamente o abandonarse por completo, la financiación de terceros tiene el potencial de multiplicar el número de controversias relativas a inversiones que se presentan ante árbitros. Ciertas lecciones del pasado confirman que la financiación genera un incremento de las demandas. Australia, por ejemplo, experimentó un aumento estimado del 16,5% en la interposición de demandas tras liberalizar su actitud hacia la financiación de terceros en general²⁵.

Un buen acuerdo de financiación elimina de forma efectiva el riesgo financiero de una demanda cara. Esto significa que una compañía puede presentar una demanda y, después, traspasar la fuga de dinero y el riesgo a un financiador, a la espera de obtener un pago, por lo que el arbitraje contra los estados resulta aún más atractivo para las empresas. Si el dinero no llega, el demandante no tiene nada que perder, pero el demandado (el Gobierno) todavía se ha visto obligado a pagar a bufetes de alto nivel por sus servicios.

Una especial preocupación es el aumento de demandas insustanciales que serían sobreesidas sin financiación externa²⁶. Si bien, por lo general, los financiadores tienen pocos incentivos para invertir en casos poco sólidos, las burbujas en el mercado de las demandas legales podrían estimular precisamente eso²⁷. Mick Smith, cofundador de Calunius Capital, indica que así sucede: “La idea de que necesitas unos méritos sólidos es errónea; todo tiene un precio”²⁸. Una condición en el acuerdo de financiación siempre puede hacer que un caso poco sólido le merezca la pena al financiador. En última instancia, las demandas superficiales y de alto riesgo podrían servir para inflar el valor de las carteras de los financiadores. Como señala Burford Group: “Si rehuimos el riesgo por temor a perder, como hacen algunos inversores en pleitos, no maximizaremos el rendimiento potencial de esta cartera”²⁹.

En estos días funciona básicamente la ley de las operaciones conjuntas. Así que te llegan los inversores privados y te dicen: ‘Eh, ¿a quién podemos demandar ahora? Voy a poner cinco millones de dólares y vamos a descubrir algo y ver adónde llegamos a partir de ahí, e intentar conseguir unos beneficios’.

Peter Snyder, director general de New Media Strategies³⁰

Incrementando las facturas legales e invirtiendo en el cambio de las reglas

La financiación de terceros también puede generar un incremento de las facturas legales, lastrando los maltrechos presupuestos soberanos con costos de arbitraje aún mayores. Un ejemplo de ello es la demanda presentada por S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. contra Rumanía. El caso fue finalmente archivado cuando la compañía petrolera dejó de pagar sus facturas legales, pero solo después de haberlo mantenido en pie durante dos años extra gracias a una inyección de capital de Jurídica. Rumanía sigue presa de los costos legales, incluidos los correspondientes a los dos años extra de procedimiento³¹. Un inversor que cuenta con financiación de terceros también es más probable que implique a más expertos y testigos en la controversia, incrementando así los costos legales del Estado demandado.

Los financiadores están “empujando” para conseguir un mayor control de los casos y vender más servicios.

*Global Arbitration Review*³⁵

En su afán por vender más servicios, algunos financiadores de demandas también están explorando “modelos de negocio menos pasivos”, que prevén una mayor influencia en la gestión y las estrategias de los arbitrajes³². El financiador de demandas holandés Omni Bridgeway, por ejemplo, ofrece “asesoramiento a medida” en materia de arbitraje, incluyendo la selección de testigos expertos y la organización de misiones de investigación³³. La profesora Maya Steinitz, especialista en la materia, considera que es probable que, en algunos casos importantes, los financiadores “inviertan en cambiar las reglas”, es decir, en seleccionar una demanda no tanto por su resultado final como por los argumentos potenciales en un laudo o los posibles cambios en el procedimiento, lo cual dejaría una huella duradera en todo el sistema y maximizaría el valor futuro de sus carteras³⁴.

Controlando el acceso

Al igual que los bufetes de abogados y los árbitros de élite (véanse los capítulos 3 y 4), los terceros financiadores controlan el acceso a un circuito de arbitraje muy hermético. Tienden a aceptar casos cuyos consejeros son firmas de abogados líderes y, en caso de no estar contentos con la elección, sugerirán alternativas³⁶. También pueden influir en quién es designado como árbitro.

La industria financiadora está altamente concentrada, y también simbióticamente vinculada con el grupo de firmas de abogados a las que están afiliados muchos árbitros muy demandados.

Marc J. Goldstein, árbitro³⁸

En palabras de Mick Smith, de Calunius Capital: “Si alguien nos dice que está pensando en tal y tal persona, y que la otra parte ha propuesto a tal y tal, y nos pregunta si tenemos alguna experiencia con ellas, sin duda le daríamos nuestra opinión”³⁷.

Smith es un buen ejemplo de la red de relaciones interpersonales que vinculan de muchas formas a financieros con árbitros, abogados e inversores. Es jefe de Calunius, uno de los mayores financiadores de demandas, pero antes trabajó en el bufete de abogados Freshfields y aún mantiene unos lazos muy estrechos con sus antiguos compañeros. Según Smith, “las relaciones que hice allí siguen siendo importantes y son siempre las primeras a las que recurro”³⁹. Así que cuando la compañía minera canadiense Rusoro, dedicada a la extracción de oro, estaba buscando financiación para presentar una demanda

relativa a inversiones contra Venezuela a principios de 2012, Calunius consiguió el trato. Rusoro cuenta con la representación de Freshfields, y Smith tuvo el placer de volver a trabajar con sus viejos amigos⁴⁰.

Smith y Calunius no son ninguna excepción. Según Selvyn Seidel, ahora presidente de Fulbrook Management y exsocio de la firma de abogados Latham & Watkins, sus fuertes vínculos con abogados, firmas e institutos especializados en arbitraje “nos han sido de gran ayuda y esperamos aportarles nuestra contribución impulsando el arbitraje internacional”⁴¹. Burford presume de “más de 300 años de experiencia [...] colectiva en grandes firmas de abogados y corporaciones”⁴².

Estas estrechas redes plantean una larga lista de posibles conflictos de interés⁴³. Por ejemplo, cuando los árbitros son también abogados de los bufetes con los que colaboran muy de cerca los financiadores, o cuando los árbitros también actúan como consejeros en otro caso sufragado por el mismo financiador. O más probable aún: los árbitros pueden tener exsocios que ahora son ejecutivos de terceros financiadores. De hecho, algunos financiadores y bufetes de abogados son propiedad (parcial o total) de las mismas partes. Estos potenciales conflictos de interés ponen seriamente en tela de juicio la capacidad de los árbitros para evaluar un caso con imparcialidad, temiendo las consecuencias para su futuro profesional en caso de no pronunciarse a favor del financiador.

¿Una calle de doble sentido?

¿Pero podría la financiación de terceros ser un arma de doble filo? Al parecer, los financiadores con fines de lucro están desarrollando productos para las partes demandadas, incluidos los Estados implicados en controversias relativas a tratados de inversión. Aunque los Estados nunca pueden ‘ganar’ realmente nada en estos casos, sino limitarse a impugnar reclamaciones millonarias, Selvyn Seidel, de Fulbrook Management, afirma: “Muchas veces hemos sido acusados de instigar demandas, pero ahora podemos decir que estamos trabajando en ambos lados de una controversia”⁴⁴.

En un caso maratónico presentado contra Chevron en representación de grupos indígenas ecuatorianos, Burford Capital aceptó financiar la demanda derivada de las sucias actividades de exploración de petróleo, que habían destruido permanentemente la tierra y los ecosistemas de los habitantes de los bosques tropicales. Pero esta financiación, en apariencia responsable, tenía truco. Según el contrato, si las partes hubieran alcanzado un acuerdo de 1.000 millones de dólares, Burford habría recibido 55 millones de dólares por haber asumido los 15 millones de dólares a los que ascendía el total de los costos legales. Si la parte demandante hubiera conseguido 2.000 millones de dólares, Burford habría recibido 111 millones de dólares. Pero aunque a los ecuatorianos se les concediera menos de 1.000 millones de dólares (hasta una cantidad mínima de 69,5 millones de dólares), el pago para Burford se mantenía al mismo nivel. O sea, en el caso de una indemnización de 69,5 millones de dólares, Burford se habría llevado 55 millones de dólares, lo cual equivaldría casi al 80% del laudo. Una gran parte del 20% restante habría ido a parar a otros inversores y solo “el saldo sobrante (si lo hubiera) se pagará a los demandantes”⁴⁵. Burford vendió recientemente su interés en este caso a otro financiador⁴⁶.

“ Hay algo en toda esa injerencia secreta en las disputas más amargas de otras personas y en aprovecharse de ellas que no encaja bien. ”

Roger Parloff, redactor de la revista *Fortune*⁴⁷



Tres pasos sencillos para convertirse en un exitoso financiador de arbitrajes de inversiones

Paso 1: Reúne enormes sumas de dinero en plena recesión mundial para jugar a las apuestas con procedimientos relativos a arbitrajes de inversión.

Paso 2: Cultiva una red de contactos en la industria del arbitraje. Los amigos de tu antiguo bufete de abogados podrían resultar de gran utilidad para que te presenten a su clientela, y seguramente deberías llamar a ese viejo compañero de trabajo que últimamente ha estado trabajando mucho como árbitro.

Paso 3: Proporciona varios millones de dólares para que la firma de abogados de tu amigo lleve la demanda, durante años si fuera necesario. Mientras tanto, invierte en una cartera de nuevos casos y busca nuevas formas de beneficiarte con las controversias, como ofrecer posibilidades de financiación a los Estados y productos derivados basados en los casos.

Una vez cobres el primer gran cheque del Banco Soberano de Fondos de los Contribuyentes, estarás en el buen camino para asegurarte un lucrativo futuro en la financiación de terceros.

Referencias capítulo 5

- 1 Alden, William (2012) Looking to Make a Profit on Lawsuits, Firms Invest in Them, *New York Times*, 30 de abril.
- 2 OECD (2012) Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July 2012, p. 37.
- 3 Véase, por ejemplo: <https://www.claimtrading.com/>
- 4 Ross, Alison (2012) The dynamics of third-party funding, *Global Arbitration Review* 7:1, p. 15.
- 5 De Brabandere, Eric/ Lepeltak, Julia (2012) Third Party Funding in International Investment Arbitration. *Grotius Centre Working Paper N°2012/1*, pp. 18f.
- 6 Burford (2012) Case Studies, <http://www.burfordfinance.com/en/how-we-help/for-businesses/case-studies> [05-06-2012].
- 7 Raymond, Nate (2011) New Suit Against Juridica Exposes Cracks in Litigation Funding Model, *Am Law Litigation Daily*, 15 de marzo, <http://amlawdaily.typepad.com/amlawdaily/2011/03/itdailyjuridica.html> [03-07-2012].
- 8 Omni Bridgeway (2011) Tango Lessons, *TFR review July/August*, p. 48.
- 9 Burford (2011) Annual Report 2011, p. 1.; Glater, Johnathan (2009) Investing in Lawsuits, for a Share of the Awards *New York Times*, 2 de junio.
- 10 van Boom, Willem H. (2011) Third-Party Financing in International Investment Arbitration, p. 30.
- 11 Burford (2011), véase nota 9, p. 1.
- 12 *Juridica* (2012) Final results for the year ended 31 December 2011, <http://www.juridicainvestments.com/media-centre/press-releases/2012/19-apr-12.aspx> [02-07-2012].
- 13 Burford (2012), véase nota 6.
- 14 Khouri, Susanna et al. (2011) Third-party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third-party funding, *Transnational Dispute Management* 8:4, p. 14.
- 15 Jones, Ashby (2010) The Next National Investment Craze: Lawsuits!, *Wall Street Journal Law Blog*, 4 de junio, <http://blogs.wsj.com/law/search/The%20Next%20National%20Investment%20Craze:%20Lawsuits/?s=The+Next+National+Investment+Craze%3A+Lawsuits> [20-04-2012].
- 16 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 GBP = 1,57 USD (vigente a 2 de julio de 2012). Cifras tomadas de: *The Lawyer* (2008) *Juridica Attracts Investment as the First Specialist Litigation Fund to Float in the UK*, 14 de enero.
- 17 Cifra basada en un tipo de cambio de 1 GBP = 1,57 USD (vigente a 2 de julio de 2012). Cifras tomadas de: *Greene, Sophia* (2009) *Rich Pickings from Legal Cases*, *Financial Times*, 25 de enero.
- 18 Steinitz, Maya (2011) Whose claim is it anyway? Third-party Litigation Funding, *Transnational Dispute Management* 8:4, p. 1278.
- 19 van Boom, Willem H. (2011), véase nota 10, p. 5.
- 20 National Association of Mutual Insurance Companies (2011) Third-party Litigation Funding. *Tipping the Scales of Justice for Profit*, p. 1.
- 21 Ross, Alison (2012), véase nota 4, p. 14.
- 22 Ibid.
- 23 U.S. Chamber of Commerce (2009) *Selling Lawsuits, Buying Trouble: The Emerging World of Third-Party Litigation Financing in the United States* Oct, p. 6.
- 24 Ibid., p. 3.
- 25 U.S. Chamber of Commerce (2009), véase nota 23, p. 9.
- 26 Véase, por ejemplo, el perfil del caso *Fostif: Campbells Cash and Carry Pty Ltd. v. Fostif Pty Ltd.* U.S., U.S. Chamber of Commerce (2009), véase nota 23, pp. 9f.
- 27 Steinitz, Maya (2011), véase nota 18, p. 1321.
- 28 Esta cita proviene de una discusión más amplia sobre formas en que los financiadores modifican las condiciones de los acuerdos de financiación para incrementar la probabilidad de obtener un beneficio en los casos poco sólidos. Esto puede incluir prácticas como exigir un porcentaje mayor del laudo final si se gana el caso. Véase nota 23, p. 6.
- 29 Burford (2011), véase nota 9, p. 5.
- 30 US Chamber of Commerce Institute for Legal Reform (2012): *How the Practice of Law is Being Commercialized*, 20 de abril, <http://www.instituteforlegalreform.com/media/video/how-the-practice-of-law-is-being-commercialized> [26-04-2012].
- 31 Cremades, Bernardo M. (2011) Third-party Litigation Funding. Investing in Arbitration, *Transnational Dispute Management* 8:4, pp. 25ff.
- 32 Peterson, Luke (2011) Republic of Georgia Agrees to Pay 1/3rd of ICSID Award; Litigation Funders Eyes Recovery After Bumpy Ride, *Investment Arbitration Reporter*, 31 de diciembre, http://www.iareporter.com/articles/20111231_6 [19-11-2012].
- 33 Omni Bridgeway (2012) *Claim & Recovery Intelligence*, <http://omnibrigeway.com/claim-recovery-intelligence/> [18-06-2012].
- 34 Steinitz, Maya (2011), véase nota 18, pp. 1312f.
- 35 Ross, Alison (2012), véase nota 4, p. 24.
- 36 Scherer, Maxi/ Goldsmith, Aren (2012) Third-party funding in International Arbitration in Europe Part 1: Funders' Perspectives, 27 de enero, <http://www.fulbrookmanagement.com/2012/01/27/third-party-funding-in-international-arbitration-in-europe-part-1-funders-perspectives/> [20-11-2012].
- 37 *Global Arbitration Review* (2009) Third-party funder raises US\$130 million in flotation, *Global Arbitration Review*, 23 de octubre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/19184/third-party-funder-raises-us130-million-flotation/> [06-06-2012].
- 38 Goldstein, MJ. (2011) Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up?, *Transnational Dispute Management* 8:4, p. 8.
- 39 Ross, Alison (2012), véase nota 4, p. 17.
- 40 Perry, Sebastian (2012) Funder on board for new Venezuela claim, *Global Arbitration Review*, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30624/funder-board-new-venezuela-claim/> [03-07-2012].
- 41 *Global Arbitration Review* (2009), véase nota 37.

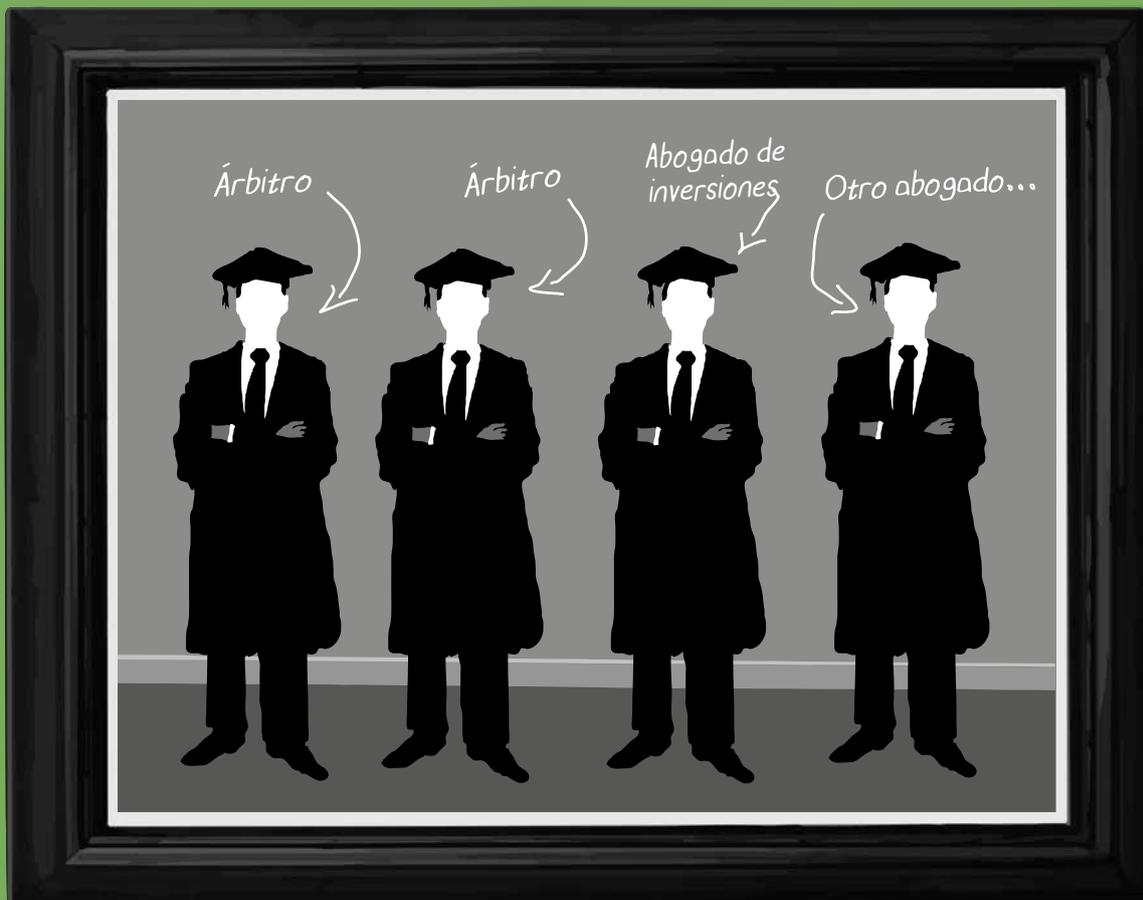
- 42 Burford (2012) Who we are, <http://www.burfordfinance.com/en/who-we-are> [06-06-2012].
- 43 Véase, por ejemplo: Kalicki, Jean (2012) Third-party Funding in Arbitration. Innovation and Limits in Self-Regulation, Kluwer Arbitration Blog , 14 de marzo, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/03/14/third-party-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2/> [20-04-2012]; Khouri, Susanna et al. (2011), véase nota 14; Goldstein, MJ. (2011), véase nota 38.
- 44 Ross, Alison (2012), véase nota 4, p. 14.
- 45 Parloff, Roger (2011) Have you got a piece of this lawsuit?, CNNMoney, 28 de junio, 2011, <http://features.blogs.fortune.cnn.com/2011/06/28/have-you-got-a-piece-of-this-lawsuit-2/> [23-05-2012].
- 46 Gene, Sophia (2011) Debate on the ethical issue of investing in lawsuits, Financial Times, 13 de noviembre.
- 47 Parloff, Roger (2011), véase nota 45.

Capítulo 6

El caballo de Troya de la academia ¿Está la industria del arbitraje socavando la investigación independiente?

“ A través de la enseñanza académica, conferencias, investigaciones y publicaciones, los abogados de Lévy Kaufmann-Kohler están siempre en la vanguardia de los últimos avances en la legislación relativa al arbitraje internacional.. ”

Página web de la firma de abogados Lévy Kaufmann-Kohler¹



*Junta editorial
Revista de Arbitraje Internacional*

Imagina que la mitad de todas las obras científicas sobre salud pública estuvieran escritas por compañías farmacéuticas. O que las petroleras se hicieran con el control de las juntas editoriales de las revistas especializadas en legislación ambiental, dirigiendo su tono y sus posicionamientos. En el campo de la investigación académica sobre la legislación en materia de inversiones internacionales, estos escenarios no distan mucho de la realidad. La industria del arbitraje parece ejercer un firme control de lo que se escribe y se enseña sobre sus propias actividades y decisiones: al parecer, los académicos están en alquiler y las revistas especializadas en el sector, tomadas por la industria.

El auge del arbitraje desencadena un boom académico

La explosión de controversias relativas a tratados de inversión de gran alcance que se desencadenó a partir de mediados de la década de 1990 allanó una nueva senda profesional para los abogados que ejercen en el sector privado. Y no pasó mucho tiempo antes de que este fenómeno diera pie a un auge de derivados en el mundo académico. Actualmente, la legislación sobre inversiones constituye un ámbito jurídico independiente, con cursos e institutos especializados y un creciente conjunto de publicaciones y doctorados. Hay también boletines de noticias, listas de correo, escuelas de verano, conferencias y procesos jurídicos simulados (tribunales ficticios). En palabras de Stephan Schill, investigador especializado en este campo, “la legislación sobre inversiones es sexy”².

Parte del atractivo es que este campo está en constante evolución con los nuevos laudos y tratados. Se trata de derecho internacional puesto en la práctica y toca muchas de las cuestiones jurídicas, políticas y económicas clave de nuestro tiempo. La comunidad que lo practica está interconectada y abarca todo el mundo. Es un campo donde las fronteras entre teoría y práctica son borrosas. Y además, es un negocio muy lucrativo, que ofrece unos honorarios muy generosos no solo a los abogados que se dedican a él, sino también a los académicos que actúan como consejeros, árbitros o expertos a sueldo dentro del sistema (véase el cuadro 3, página 15)³.

El arbitraje de inversiones es una mina de oro académica.

George Bermann, árbitro y catedrático universitario, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia⁴

Escribiendo la literatura

Esta interconexión entre el estudio y el negocio en materia de legislación sobre inversiones es evidente en la literatura especializada. Una gran parte de los escritos sobre el tema procede de abogados y árbitros que ganan dinero cuando las compañías demandan a los Estados amparándose en tratados de inversión. Una selección reciente de textos esenciales en la materia presenta 51 libros y artículos⁵, más de la mitad de los cuales (30) han sido escritos, co-escritos o editados por abogados y árbitros de inversiones. Los tres volúmenes publicados del anuario especializado *Yearbook on International Investment Law and Policy* incluyen 50 textos⁶, de los que casi la mitad (23) han sido escritos o co-escritos por abogados, árbitros o asistentes de arbitrajes.

La orientación editorial, así como el contenido de revistas importantes en el campo, también está dominada por la industria del arbitraje. En algunos casos, la totalidad de los miembros de las juntas editoriales de las revistas más importantes son personas que han obtenido ingresos como árbitros, expertos, consejeros o de instituciones que administran arbitrajes. Como promedio, el 74% de los integrantes de las juntas editoriales de estas revistas tienen experiencia laboral en la industria del arbitraje. Los árbitros de élite (véase el capítulo 4), en concreto, parecen tener una influencia especialmente fuerte en lo que se refiere a las políticas editoriales de las principales revistas (véase la table 4, página 66).

La trayectoria profesional de estos escritores ‘académicos’ en el ámbito de la legislación sobre inversiones no siempre se revela a los lectores. Solo dos de las seis revistas más importantes proporcionan información básica sobre la afiliación profesional de los miembros de su junta editorial⁷. Pero como muchos de ellos también ostentan cargos académicos, muchas veces solo aparecen mencionados como tales, sin alusión alguna a sus intereses económicos en el arbitraje. Textos escritos por árbitros se publican también a veces sin incluir este dato fundamental. ¿Pero no deberían los estudiantes que leen, por ejemplo, la defensa de la integridad del sistema de arbitraje escrita por William W. Park saber que ‘el profesor’ Park también gana dinero como árbitro⁸?

En otros campos académicos, divulgar los conflictos de interés de los autores parece ser algo más habitual. Según las directrices sobre conflictos de interés utilizadas por el Comité Internacional de Editores de Revistas Médicas (ICMJE), por ejemplo, los autores deben revelar “todas las relaciones personales y económicas que podrían sesgar su trabajo”. Esas mismas directrices también establecen que los editores de revistas “no deben tener implicación personal, profesional o financiera alguna en las cuestiones que puedan juzgar”⁹.

TABLA 4

Profesionales en las juntas editoriales de revistas académicas clave¹⁰

Revista académica	Número total de miembros en la junta editorial	Número de profesionales que practican en la junta editorial	Algunas destacadas firmas y <i>chambers</i> de abogados vinculadas con miembros de la junta editorial	Algunos árbitros prominentes entre los miembros de la junta editorial
Arbitration International	11 (1 editor general, 8 editores, 2 editores de artículos)	8 (73%)	Freshfields, Shearman & Sterling, Skadden	Nigel Blackaby, William W. Park
ICSID Review	35 (2 editores jefe, 5 editores asociados, 8 miembros de la junta y una junta consultiva editorial de 20 personas, que ayuda a los editores jefe a seleccionar artículos y temas, y ofrece asistencia en la edición de texto)	31 (89%), entre los cuales 25 árbitros, 3 empleados del CIADI y su secretario general adjunto	Convington & Burling, Dechert, Essex Court Chambers, Freshfields, Matrix Chambers, Shearman & Sterling, Sidley, 20 Essex Street	James Crawford, Zachary Douglas, Ahmed El-Koshery, Yves Fortier, Emmanuel Gaillard, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Toby Landau, Vaughan Lowe, Francisco Orrego-Vicuña, Jan Paulsson, Lucy Reed, Christoph Schreuer, Brigitte Stern, V.V. Veeder
Journal of International Arbitration	17 (1 editor general, 1 editor de noticias y de desarrollo, 1 editor adjunto, una junta consultiva con 14 miembros)	17 (100%), todos ellos árbitros	Clifford Chance, Freshfields, Essex Court Chambers, White & Case, 20 Essex Street	Bernard Hanotiau, Michael Hwang, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Toby Landau, Horacio Grigera Naón, Lucy Reed, V.V. Veeder
Journal of International Dispute Settlement	46 (1 editor jefe, 2 editores generales, 2 editores asociados, 12 en la junta editorial, 1 editor adjunto, 28 en la junta consultiva editorial)	23 (50%)	Dechert, Essex Court Chambers, King & Spalding, Matrix Chambers, 20 Essex Street	Karl-Heinz Böckstiegel, James Crawford, Zachary Douglas, Bernard Hanotiau, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Julian Lew, Vaughan Lowe, Campbell McLachlan, Francisco Orrego-Vicuña, Michael Reisman, Jeswald Salacuse, V.V. Veeder
Journal of World Trade and Investment	3 (1 director y editor de publicación, 2 editores asociados)	2 (67%)		
Transnational Dispute Management	66 (1 editor jefe, 3 en la junta editorial, 1 editor de artículos y 61 editores asociados)	44 (67%)	Arnold & Porter, Cleary Gottlieb, Clifford Chance, Covington & Burling, Crowell & Moring, Curtis Mallet, DLA Piper, Essex Court Chambers, Eversheds, Freshfields, Herbert Smith Freehills, Lalive, Mannheimer Swartling, King & Spalding, Salans, Shearman & Sterling, Steptoe & Johnson, 20 Essex Street	Doak Bishop, Charles Brower, Emmanuel Gaillard, Kaj Hobér, Michael Hwang, Mark Kantor, Richard Kreindler, William Park, Noah Rubins, Stephen Schwebel, Todd Weiler

El campo científico está muy influenciado por los abogados y árbitros que publican en las principales revistas académicas.

Estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones¹¹

Información actualizada a 23 de septiembre de 2012

Las múltiples funciones comprometen la independencia académica

Según Schill, el contexto profesional y financiero de muchos de aquellos que escriben sobre la legislación y el arbitraje en materia de tratados de inversión “constituyen un obstáculo potencial al posicionamiento independiente y claro, ya que los conflictos entre el análisis académico, la evaluación política, los intereses profesionales y la independencia arbitral son, sin duda, numerosos”¹².

Imagina, por ejemplo, a un profesor de Derecho que también trabaja como árbitro y que, de vez en cuando, actúa como testigo experto. Las personas que desempeñan varias funciones deben hallar un equilibrio entre la necesidad de ser imparcial en los análisis académicos y la necesidad de mantener su trabajo como árbitro cuando no están enseñando. La actividad arbitral es, muy probablemente, más lucrativa que la de la enseñanza, pero trabajar como profesor también tiene sus ventajas. “Bueno”, podría pensar nuestro profesor, “¿por qué no puedo cocinar el pastel y también comerlo?”.

Así, el profesor hipotético decide investigar y publicar de forma que promueva su posición en la comunidad. Los abogados y otros profesionales del sector toman nota de ello, lo cual impulsa la carrera del profesor en el campo del arbitraje. El profesor tiene más posibilidades de conseguir nombramientos, ser convocado como experto y recibir otros favores de la comunidad del arbitraje, como obtener un codiciado puesto de académico visitante en régimen de residencia en una importante firma de abogados¹⁴. Sin embargo, puede que la contribución del profesor a la reflexión crítica, abierta y honesta sobre la legislación y el arbitraje de inversiones sea limitada. La búsqueda de la verdad se pierde con el afán de contratos y nombramientos.

Legitimando el negocio del arbitraje

El sinfín de publicaciones especializadas ayuda a perpetuar una situación que sostiene y promueve los tratados y el arbitraje de inversiones. En opinión de un investigador en la materia, puede que no se publiquen “opiniones muy críticas con el sistema” debido a que “las personas que te revisan son personas que son parte del sistema”¹⁵. Según un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones, el dominio que ejerce la industria sobre la literatura es un factor clave “que manipula los análisis científicos en cierta dirección”¹⁶. Gracias a estos mecanismos tácitos de censura, las obras ‘académicas’ se convierten en una herramienta para que la industria del arbitraje pueda legitimar su negocio.

En su estudio de 1996 sobre la comunidad del arbitraje internacional (titulado ‘Dealing in virtue’), el sociólogo Yves Dezalay y el abogado Bryant Garth documentaron la función legitimadora que desempeña la academia para el negocio del arbitraje internacional. Según el estudio, el “pedigrí académico” de algunos árbitros ayudaba a “promover la aceptación y el reconocimiento del arbitraje en gran parte del mundo”. En consecuencia, “los bufetes de abogados y las compañías invierten cada vez más en la elaboración de normas, cultivando vínculos con académicos externos y entrando ellos mismos en círculos eruditos”¹⁷.

Infiltrándose en las universidades y formando las mentes jóvenes

En las universidades existe una gran demanda de abogados especializados en inversiones como profesores invitados. Algunos incluso presiden institutos académicos y diseñan programas de estudio, ayudando a orientar el modo de pensar de la próxima generación de abogados dedicados a este campo. Sin duda, los estudiantes se beneficiarán de estas ideas en la práctica jurídica de la legislación internacional sobre inversiones. Pero teniendo en cuenta los intereses de la industria del arbitraje en potenciar su propio negocio, la captura de los programas y los centros de estudio por parte de la industria plantea serias dudas sobre cuestiones como el equilibrio y la independencia.

En este negocio, puede que acabes desempeñando muchas funciones distintas: profesor, académico, árbitro, experto y consejero adjunto.

George Bermann, árbitro y catedrático universitario, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia¹³

Si tienes opiniones muy críticas con el sistema, puede que no te publiquen en revistas especializadas en tratados de inversión porque las personas que te revisan son personas que son parte del sistema.

Investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones¹⁸

Los abogados académicos [...] crean una jurisprudencia del arbitraje que lo legitima de forma más general.

Yves Dezalay y Bryant Garth, 'Dealing in Virtue'¹⁹

Tomemos como ejemplo el programa de máster de un año sobre solución de diferencias internacionales que organiza la Universidad de Ginebra. La página web promete "una amplia gama de perspectivas" para aquellos estudiantes que persigan una carrera en una firma de abogados de alto nivel, organizaciones internacionales, Gobiernos o la academia. Pero la directora del programa, la árbitro de élite Gabrielle Kaufmann-Kohler (véase su perfil en la página 40), parece pensar que, para garantizar una amplia gama de perspectivas, basta contar con las opiniones de otros árbitros. De este modo, participa con dos de ellos en el comité de programa del máster, integrado por un total de cinco miembros. Además, 20 de los 24 integrantes de la junta consultiva son árbitros activos. Sus nombres resultan familiares: Jan Paulsson, Brigitte Stern, Albert Jan van den Berg, Emmanuel Gaillard, Doak Bishop, William W. Park y Christoph Schreuer, entre otros²⁰. Estos árbitros también imparten cursos en el programa de máster, muchos de ellos relacionados con el arbitraje de inversiones. Ninguno de los profesores tiene una perspectiva crítica del sistema.

La mayoría de los 15 árbitros de élite que concentra gran parte del negocio de las controversias inversor-Estado son o han sido en algún momento profesores en universidades consideradas centros intelectuales de referencia en el campo de la legislación sobre inversiones. Estas cátedras les ayudaron a construir su posición como abogados, a formar mentes jóvenes y a promover el sistema.

El debate pendiente

Cuando Dezalay y Garth publicaron sus revelaciones sobre el circuito del arbitraje internacional en 1996, observaron que, a diferencia del resto de profesionales que habían entrevistado para su estudio, "los académicos juristas tienden a resistirse a pensar en términos de la política interna del ámbito del derecho (o, de forma similar, ver su papel en esa esfera política)"²¹.

Esa observación parece ser válida aún hoy día. Hasta la fecha, no parece que se haya producido debate alguno sobre la influencia que ejerce la industria del arbitraje en lo que se enseña y se publica en el campo de la legislación y el arbitraje internacional de inversiones²². ¿Pero no merecería que se diera ese debate en un ámbito jurídico con consecuencias tan trascendentales para Gobiernos y compañías?

“ Debería resultar preocupante que, en las universidades, los abogados enseñen derecho sobre protección de inversiones y su sesgo no se vea compensado por otros puntos de vista. ”

Estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones²³



La guía básica del profesional-académico

Publica, publica y publica. Si quieres convertirte en un conocido especialista en arbitraje de inversión, debes publicar textos ‘académicos’ con regularidad.

Alimenta el negocio. Las publicaciones académicas pueden ayudar a promover ciertas interpretaciones de la ley, lo cual significa más negocio en el futuro.

Infiltrate en las universidades. Conviértete en conferenciante habitual en las facultades de Derecho. Hazte llamar ‘profesor adjunto’. Nada ensalzará más tu negocio que un ejército de abogados jóvenes deseosos de beneficiarse de él.

Entra a formar parte de juntas editoriales. Esto te permitirá mantener a las voces críticas fuera del discurso y a la comunidad de expertos reconocidos estrechamente unida. También te permitirá demostrar de qué parte estás y lo bien que puedes representarla.

Hazte profesor a tiempo parcial. Es la guinda del pastel. Puedes adaptar programas enteros de estudio e investigación a las necesidades de tu negocio arbitraje y a su industria.

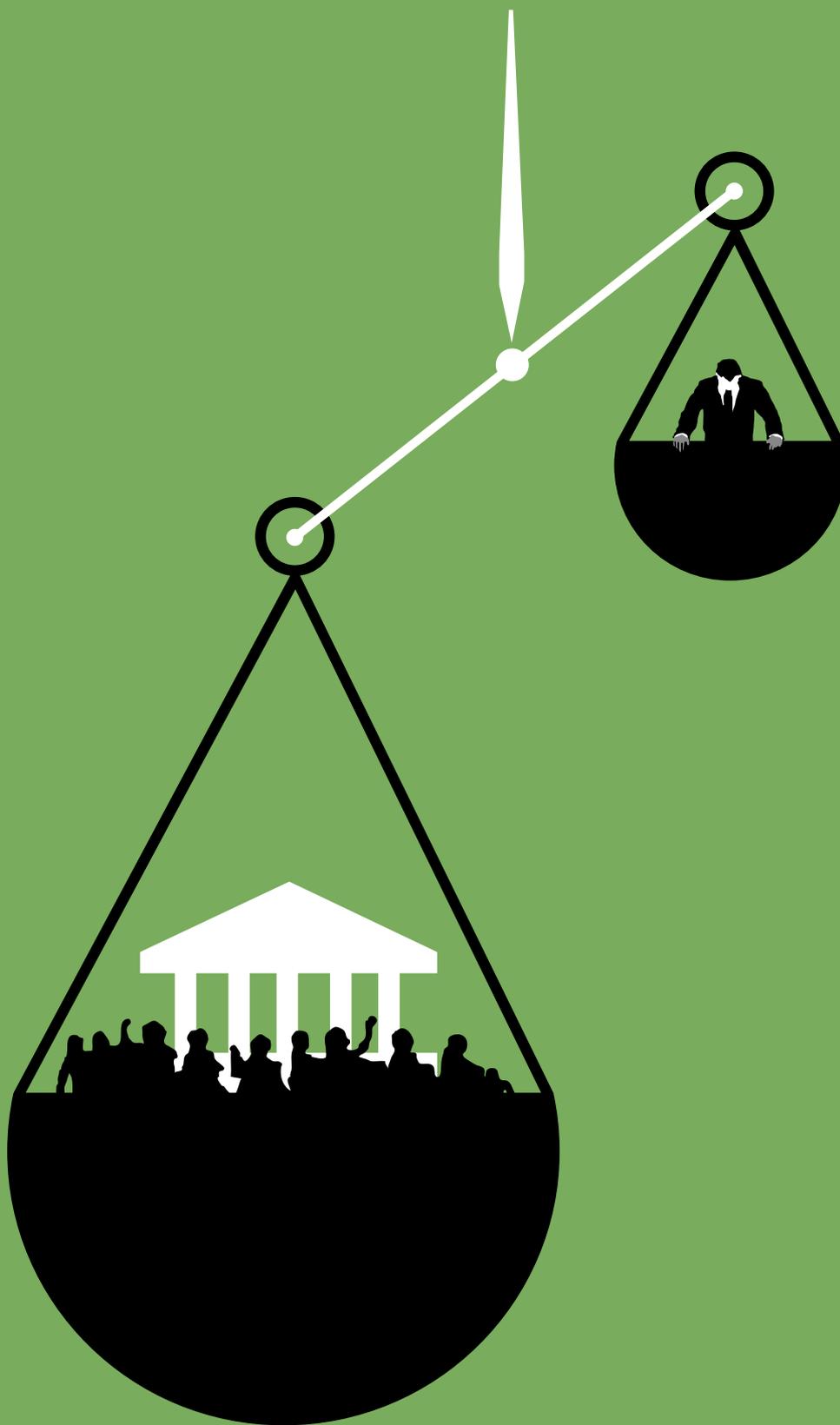
Referencias capítulo 6

- 1 Lévy Kaufmann-Kohler (2012) Our publications, <http://www.lk-k.com/uk/publications.html> [10-09-2012].
- 2 Entrevista con Stephan Schill, investigador sénior del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, 2 de mayo de 2012.
- 3 Ibid. y entrevista con un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 23 de mayo de 2012.
- 4 Perry, Sebastian (2012) A man with many hats, *Global Arbitration Review*, 10 de mayo, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30531/a-man-hats> [10-09-2012].
- 5 Véase la bibliografía seleccionada en Schill, Stephan W. (2011) W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, *European Journal of International Law* 22:3, 875-908, pp. 905ff.
- 6 Para consultar los índices de las diversas ediciones y el anuario hasta 2010/2011, véase: Vale Columbia Center on Sustainable International Investment: Yearbook, <http://www.vcc.columbia.edu/yearbook> [10-09-2012].
- 7 *Journal of International Dispute Settlement and Transnational Dispute Management*.
- 8 El artículo “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent” de William W. Park, publicado en la revista *San Diego Law Review* en 2009, es solo un ejemplo de un profesional que no declara sus intereses comerciales como árbitro en círculos académicos. Al final del artículo, se informa a los lectores de que Park es profesor de Derecho en la Universidad de Boston y editor general de la revista *Arbitration International*.
- 9 ICMJE (2009) Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals. Ethical Considerations in the Conduct and Reporting of Research. Conflicts of interest, http://www.icmje.org/ethical_4conflicts.html [15-10-2012].
- 10 Tomado de la panorámica de la literatura en el campo de Stephan Schill (véase Schill, Stephan W. (2011), nota 5, p. 876). La información general sobre las juntas editoriales y los nombres de sus miembros se ha recopilado en las páginas web de las revistas correspondientes. Los vínculos de los miembros de la junta con la industria del arbitraje se han establecido mediante búsquedas en internet, cuyas fuentes pueden proporcionar las autoras en caso de requerirse. La información está actualizada a 24 de septiembre de 2012.
- 11 Entrevista con un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones, véase nota 3.
- 12 Schill, Stephan W. (2011), véase nota 5.
- 13 Perry, Sebastian (2012), véase nota 4.
- 14 El bufete de abogados Wilmer Hale organiza un programa de académico visitante en régimen de residencia de este tipo. Las vacantes se ofrecen a “profesores, docentes y otros académicos con talento” y vienen con “una oficina, uso de biblioteca y otras instalaciones de investigación, y servicios de apoyo de secretaría y otros, así como unos honorarios en los casos que proceda”. Véase Alford, Roger (2011) WilmerHale Seeks Arbitration Scholar-in-Residence in London, *Kluwer Arbitration Blog*, 13 de enero, <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/01/13/wilmer-hale-seeks-arbitration-scholar-in-residence-in-london/> [10-09-2012].
- 15 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones que desea que su nombre permanezca en el anonimato, 1 de junio de 2012.
- 16 Entrevista con un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones, véase nota 3.
- 17 Dezaly, Yves/ Garth, Bryant G. (1996) Dealing in Virtue. *International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, pp. 42, 179.
- 18 Entrevista con un investigador especializado en legislación internacional sobre inversiones, véase nota 15.
- 19 Dezalay, Yves/ Garth, Bryant G. (1996), véase nota 17, p. 195.
- 20 University of Geneva/ The Graduate Institute (2011) MIDS – Geneva LL.M. In *International Dispute Settlement. 2012-2013 program*, pp. 5, 6, 8-11. Los vínculos de los miembros de la junta con la industria del arbitraje se han establecido mediante búsquedas en internet, cuyas fuentes pueden proporcionar las autoras en caso de requerirse. La información está actualizada a 24 de septiembre de 2012.
- 21 Dezaly, Yves/ Garth, Bryant G. (1996), véase nota 17, p. 4.
- 22 Entrevista con Stephan Schill, véase nota 2; entrevista con un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones, véase nota 3.
- 23 Entrevista con un estudiante de doctorado especializado en derecho internacional sobre inversiones, véase nota 3.

Capítulo 7

Conclusión y recomendaciones

El arbitraje de inversiones: una lucrativa industria construida sobre un espejismo de neutralidad



La existencia del arbitraje internacional de inversiones se basa en gran medida en el argumento de que ofrece un espacio despolitizado y neutral donde resolver diferencias entre compañías multinacionales y Gobiernos. Esta premisa siempre ha sido deficiente, ya que los tratados de inversión solo permiten a las compañías demandar a los Estados ante tribunales internacionales, pero las comunidades y los Gobiernos afectados no pueden hacer uso del mismo mecanismo.

La posibilidad de atraer inversiones corporativas convenció a los Gobiernos de firmar numerosos acuerdos internacionales de inversión, que a su vez han impulsado un auge de los casos relacionados con este tipo de acuerdos. Tal como demuestra este informe, esto ha generado una poderosa y muy lucrativa industria del arbitraje.

El papel de la industria del arbitraje

La supuesta neutralidad del arbitraje es, sin embargo, un mito. Surgió un pequeño grupo de árbitros de élite que prometieron ser ‘jueces’ neutrales y a los que, en palabras del árbitro William Park, “la gente podía confiar su riqueza y bienestar”. Sin embargo, en lugar de ello, han utilizado su poder e influencia para mantener unas reglas contrarias a los Gobiernos y un flujo constante de demandas multimillonarias. En este escenario actúan también firmas de abogados globales, que se dedican a multiplicar los arbitrajes contra países. Por otro lado, los fondos de inversión están consolidando cada vez más el mercado del arbitraje de inversiones, estimulando demandas especulativas.

En consecuencia, los Estados deben defender los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas en un sistema que está configurado por intereses creados. Las sociedades de muchos países en desarrollo han visto cómo se desviaban sus impuestos para pagar las sanciones y los costos financieros impuestos por el arbitraje. Los únicos beneficiarios parecen haber sido las corporaciones y los abogados especializados en inversiones.

Los abogados especializados en inversiones se han convertido en agresivos promotores de un sistema sesgado e injusto del que dependen sus salarios astronómicos. Tal como demuestra este informe, los abogados de inversiones:

- han fomentado activamente casos y, en ocasiones, incluso han empujado a compañías a perseguir un proceso de arbitraje, aprovechando las lagunas existentes en los tratados de inversión para crear un boom en el número y los costos de los casos relacionados con la solución de controversias;
- han actuado entre bambalinas para animar a los países a adoptar tratados de inversión;
- han promovido el uso de términos imprecisos en las cláusulas de los tratados, lo cual incrementa el margen para que los árbitros establezcan interpretaciones favorables a los inversores y se presenten más demandas;
- han tendido a enfocar la legislación en materia de inversiones desde un ángulo casi exclusivamente comercial y no de interés público, ignorando o incluso denunciando los argumentos basados en los derechos humanos y el desarrollo sostenible;
- han luchado con firmeza y con éxito por mantener y ampliar el actual sistema de tratados y arbitraje de inversión, tanto a través de círculos académicos como cabildeando contra las reformas que pudieran servir al interés público;
- han colaborado con fondos de inversión especulativos para proporcionar los fondos necesarios para que las compañías presenten más casos, a expensas de los Estados y los contribuyentes.

Estas acciones no solo han confirmado el sesgo procorporativo de los actuales tratados de inversión, sino que también han inclinado el régimen aún más a favor de las grandes corporaciones multinacionales. El resultado es un sistema cuya prioridad son los intereses comerciales y no impartir justicia.

Margen para el cambio

En un momento en que el mundo ha sido testigo de los enormes costos sociales que entraña el excesivo control corporativo sobre el sistema financiero y la miope desregulación del capital, cada vez son más los llamados a favor de restablecer regulaciones y la responsabilidad corporativa de las compañías. Los acuerdos de inversión no solo han sido una de las causas fundamentales de la crisis, sino que también impiden a los Gobiernos resolverla². Necesitamos, por tanto, una revisión profunda y radical del régimen de inversiones.

Si hay inversores que se quedan fuera porque consideran que carecemos de tratados bilaterales de inversión del viejo estilo, obsoletos y anticuados, le puedo asegurar que hay muchos otros inversores en todo el mundo que están dispuestos a venir y que no insisten en este tema.

Rob Davies, ministro de Comercio e Industria de Sudáfrica¹

Del mismo modo que los Gobiernos han aceptado un sistema que actualmente beneficia a las corporaciones a expensas del interés público, también tienen el poder para cambiar dicho sistema. El objetivo de atraer inversiones productivas para satisfacer las necesidades de las personas no puede hacerse efectivo en el contexto del defectuoso marco por el que se rigen los tratados de inversión.

Corresponde a los Gobiernos seguir el ejemplo de países como Brasil, Sudáfrica, Bolivia y Ecuador, que nunca han firmado tratados internacionales de inversión o que han empezado a rescindir los acuerdos vigentes y se han comprometido a no firmar más. Los Gobiernos también podrían seguir el ejemplo de los gobiernos de Australia y excluir el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado de sus acuerdos de inversión, evitando así que las compañías demanden a los Estados ante tribunales internacionales.

Incluso dentro del actual régimen internacional de inversiones, hay una serie de opciones que podrían ayudar a evitar que las firmas y los abogados especializados en inversiones exploten el actual sistema de solución de controversias inversor-Estado:

- Las diferencias relativas a inversiones podrían resolverse a través de órganos arbitrales independientes y transparentes, cuyos 'jueces' gocen de garantías objetivas de independencia e imparcialidad. La lista de 'jueces' debería representar a todos los países del mundo³.
- Normas más estrictas en lo que se refiere a los conflictos de interés, entre los que estaría un código de conducta vinculante para los árbitros de inversión que exija que no puedan trabajar ni como consejeros ni como expertos en casos de inversión durante al menos tres años antes y después de sus servicios como árbitros (período de enfriamiento).
- Se debería imponer un tope sobre los costos de abogados y árbitros⁴.
- Aclaración de los términos amplios y formulados vagamente en los tratados de inversión, con el fin de evitar que los árbitros hagan interpretaciones favorables a los inversores de ciertas obligaciones, y otorgar a los países suficiente espacio normativo para regular.
- Inclusión de obligaciones vinculantes de los inversores en los tratados de inversión, en lo relativo a cuestiones como las evaluaciones de impacto sobre el medio ambiente y los derechos humanos, el cumplimiento de todas las leyes locales y nacionales en materia de salud, medio ambiente, trabajo y fiscalidad. De esta forma, al tomar las decisiones sobre los casos, los árbitros estarían obligados a tener en cuenta estos temas.
- Los Gobiernos deberían garantizar una total transparencia sobre los grupos de cabildeo, y las reuniones y consultas mantenidas con miembros de la industria del arbitraje con respecto a políticas de inversión, incluidas con bufetes de abogados, chambers y árbitros a título individual.

Estas propuestas persiguen incrementar la neutralidad e imparcialidad del arbitraje de inversiones y abordar los conflictos de interés. Son viables desde el punto de vista jurídico. Y sin embargo, se enfrentan a la resistencia del mundo corporativo y de la mayor parte de la industria del arbitraje, que se opone a cualquier intento de ver reducidas sus ganancias. Los abogados especializados en inversiones ejercen una profunda influencia sobre los paneles de arbitraje, los Gobiernos, la academia, la formulación de políticas y los medios de comunicación. Se han beneficiado económicamente del sistema actual y es poco probable que aboguen por introducir cambios que cuestionen el orden establecido.

Sin embargo, estas propuestas de reforma no bastarán para hacer frente a la injusticia más atroz del régimen internacional de inversiones: el derecho exclusivo de los inversores extranjeros a amenazar con demandas e interponerlas en contra de decisiones legislativas, ejecutivas o judiciales al margen de tribunales nacionales y la falta de mecanismos para que las comunidades puedan abordar la impunidad corporativa cuando se producen violaciones de los derechos humanos y ambientales.

Si no rechazamos el arbitraje inversor-Estado, el equilibrio seguirá inclinándose a favor de las grandes compañías y de una industria del arbitraje muy potente y lucrativa.

“ Los Estados que crearon el sistema de arbitraje inversor-Estado y que firmaron tratados que concedían competencias no están recibiendo lo que esperaban, por lo que deben intervenir para intentar domesticar al monstruo en que se ha convertido dicho sistema. ”

Abogado especializado en arbitraje de inversiones⁵

Referencias capítulo 7

- 1 Marais, Jana (2012) South Africa, European Union lock horns, Business Times, 23 de septiembre, <http://www.bdlive.co.za/business/2012/09/23/south-africa-european-union-lock-horns> [17-10-2012].
- 2 Gallagher, Kevin (2010) Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Agreements, UNCTAD G-24 Discussion Paper Series, No. 58, mayo.
- 3 Ya han surgido propuestas concretas para ello. Un grupo de trabajo del bloque regional latinoamericano UNASUR ha propuesto que se cree un Tribunal Permanente de Arbitraje para solucionar las diferencias relativas a inversiones, en que los árbitros no podrían ostentar otros cargos. El profesor Gus van Harten, de la Facultad de Derecho Osgoode Hall, ha planteado la idea de establecer un tribunal internacional especializado en inversiones que podría reemplazar el sistema existente. Véase Fiezzoni, Silvia Karina (2012) UNASUR Arbitration Centre. The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador's Proposal, Investment Treaty News, 12 de enero, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/> [17-10-2012]; Van Harten, Gus (2008) A Case for an International Investment Court, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424 [17-10-2012].
- 4 Dentro de UNASUR, los países han propuesto crear un Centro de Asesoría Legal que podría representar los intereses de los Estados demandados y que el modelo del Centro Jurídico para la Solución de Controversias de la OMC, cuyos servicios son diez veces más barato que el costo de los bufetes de abogados internacionales. Otra solución propuesta es la creación de una norma internacional que fije unos límites máximos en los gastos legales.
- 5 Citado en van Harten, Gus (2010) Academic Experts Call for Reform of Investment Treaties, <http://triplecrisis.com/reform-of-investment-treaties/> [15-10-2012].



Corporate Europe Observatory (CEO) es un grupo de investigación y campaña que trabaja para denunciar y cuestionar el acceso privilegiado y la influencia de que gozan las corporaciones y sus grupos de presión. CEO trabaja en estrecha colaboración con grupos de interés público y movimientos sociales, tanto dentro como fuera de Europa, para desarrollar alternativas al dominio del poder corporativo.

www.corporateeurope.org



El Transnational Institute (TNI) se creó en 1974 como una red internacional de activistas-investigadores dedicada al análisis crítico de problemas mundiales, tanto presentes como futuros, con vistas a proporcionar apoyo intelectual a los movimientos que luchan por un mundo más democrático, equitativo y ambientalmente sostenible.

www.tni.org