

(1)

Criterios ESG en los arbitrajes: ¿Cómo funcionan los Dispute Boards?



“La experiencia internacional ha demostrado que tanto el arbitraje comercial como el arbitraje de inversión son foros propicios para el planteamiento de cuestiones relacionadas con ESG o puramente relativas a esas materias”, explica Adrián Magallanes, socio de Von Wobeser & Sierra, firma mexicana. / Bolivia, Milly Achtzehn - Unsplash.

¿Qué casos en materia de medio ambiente marcaron hito en este fuero?

Fecha de publicación: 31/03/2022

Etiquetas: solución de controversias (/taxonomy/term/1320), Arbitrajes (/taxonomy/term/2840), ESG (/taxonomy/term/3136), Mexico (/taxonomy/term/124), Latinoamérica (/taxonomy/term/2614)



Adrián Magallanes

La región latinoamericana, que registra la mayoría de casos de arbitraje (más del 28 %) según las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), está reportando una proliferación de disputas arbitrales con componente ESG.

Esto, según explica **Adrián Magallanes** (<https://lexlatin.com/abogado/adrian-magallanes>), socio de **Von Wobeser & Sierra** (<https://lexlatin.com/von-wobeser-y-sierra-s-c>), ha generado cambios en marcos regulatorios, como en el caso

mexicano. Para el especialista, las modificaciones regulatorias en estos fueros evidencian una tendencia.

“Uno de los casos más destacados fue la adopción del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y Recursos Naturales. Dicho Reglamento, emitido en 2001, prevé en su artículo 26 la adopción de medidas provisionales especiales para la protección del medio ambiente en el objeto del arbitraje. El reglamento establece también que la CPA mantendrá una lista especializada de árbitros y expertos técnicos aptos para participar en casos medioambientales”.



Rodrigo Barradas

En el país norteamericano, hasta el momento los casos más relevantes con componente ESG que se han resuelto en arbitraje comercial involucran al sector energético (<https://lexlatin.com/taxonomy/term/63>) y de infraestructura, lo que es común a escala regional, a decir de **Rodrigo Barradas**, asociado de la firma.

De acuerdo con el último informe del CIADI (2021-2), Petróleo, gas y minería son las materias de la mayoría de los casos registrados (25 %).

Barradas menciona que aunque acudir al juicio de amparo es la vía más común al respecto de este tema, "la experiencia internacional ha demostrado que tanto el arbitraje comercial como el arbitraje de inversión son foros propicios para el planteamiento de cuestiones relacionadas con ESG".

En entrevista con **LexLatin**, ambos abogados hacen un balance sobre el panorama en torno a las disputas arbitrales en casos relacionados con ESG, apuntando sus desafíos y oportunidades para llevar a cabo una resolución eficiente y expedita de una controversia.

Revisa toda nuestra cobertura en materia de ESG aquí

(<https://lexlatin.com/taxonomy/term/3136>)

Estadísticamente hablando, las disputas en arbitraje relacionados con ESG se presentan con mayor frecuencia en el sector de construcción, proyectos de ingeniería y energía. ¿Cuáles son sus recomendaciones al respecto?

Adrián Magallanes: Hasta el momento, las controversias en arbitraje que se relacionan con ESG han surgido en mayor medida en las industrias mencionadas. Desafortunadamente, no existen protocolos específicos que permitan asesorar y acompañar a los proyectos en esas industrias para evitar el surgimiento de conflictos. Sin embargo, existe una figura que puede ser útil para prevenirlos y resolverlos de manera tal que reduzca considerablemente tiempos y costos: los **Dispute Boards**, también llamados Paneles Técnicos o Paneles de Adjudicación. Esta figura es de gran utilidad en contratos con alta complejidad técnica o multiplicidad de partes.

La función principal de los *Dispute Boards* es evitar y resolver las controversias que puedan surgir entre las partes durante el proyecto tan pronto como estas se produzcan. Actúan como órganos preventivos de seguimiento y de decisión dentro del proyecto y, aunque son muy comunes para el sector de infraestructura, es usual

encontrarlos para asuntos que tienen que ver con propiedad intelectual o la producción compartida. Los *Dispute Boards*, cualquiera que sea su tipo, son eficaces para prevenir y resolver conflictos relacionados con un contrato en específico.

Varios proyectos importantes en la región latinoamericana, en particular en Panamá, Honduras, Perú, Ecuador y Chile, han tenido exitosamente *Dispute Boards* como mecanismos eficientes para solución de controversias de manera contemporánea al desarrollo de los proyectos. Quizá el caso más famoso es el de la obra de ampliación del Canal de Panamá. Otro ejemplo está en Honduras, donde este mecanismo se usó en la construcción de la autopista Tegucigalpa-San Pedro. En el caso de Ecuador, se usó en la construcción de la central hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair; en Perú, para el contrato de construcción de la planta de tratamiento de aguas Huachipa y, en Chile, en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Chacayes.

Para recordar: Reforma eléctrica de AMLO: ¿qué dice sobre el litio, las energías verdes y la CFE? (<https://lexlatin.com/reportajes/reforma-electrica-amlo-litio-energias-verdes-cfe>) (<https://lexlatin.com/reportajes/reforma-electrica-amlo-litio-energias-verdes-cfe>)

¿Qué casos marcaron hito en estos fueros? ¿Cómo se encuentra México respecto de la región?

Rodrigo Barradas: En el caso del arbitraje de inversión, aunque en México todavía no se presentan casos, en la región sí hay ejemplos importantes del funcionamiento del foro para resolver disputas ESG.

- **El caso ICSID No. UNCT/15/3, David Aven y otros versus la República de Costa Rica**

Es una disputa en torno a daños ambientales y la política en la materia con relación a los estándares de protección de las inversiones. El conflicto surgió a raíz de inversiones que incluían parcelas de terrenos en la costa del pacífico de Costa Rica

para un proyecto inmobiliario denominado "Proyecto Las Olas". Los demandantes alegaron que obtuvieron todos los permisos municipales, incluyendo la viabilidad ambiental para el desarrollo. Argumentaron que, basándose en quejas de los vecinos de la zona, las autoridades locales llevaron a cabo inspecciones y, eventualmente, clausuraron el proyecto para evitar daños ambientales.

La defensa de Costa Rica se basó en que la protección del medio ambiente es una política gubernamental clave reconocida en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. El tribunal arbitral concluyó que Costa Rica no había realizado acciones arbitrarias ni violatorias de los estándares de protección. Además, señaló que el derecho ambiental está integrado de muchas maneras al derecho internacional y aunque la aplicación de las leyes ambientales corresponde principalmente a los Estados, los inversionistas extranjeros también están sujetos a las obligaciones del derecho internacional a la luz de las disposiciones específicas de protección ambiental del tratado.

No dejes de leer: Los espacios de crecimiento para el arbitraje latinoamericano (<https://lexlatin.com/noticias/espacios-de-crecimiento-para-el-arbitraje-latinoamericano>)

- **Caso PCA No. 2013-15, South American Silver Limited versus El Estado Plurinacional de Bolivia.**

En ese caso, una compañía minera titular de diez concesiones en Bolivia fue acusada por las comunidades originarias que habitaban el área de engañar y amenazar a miembros de la comunidad, además de ser responsables de violaciones contra mujeres. La tensión terminó en enfrentamientos violentos. El gobierno boliviano intervino y se emitió un decreto declarando la reversión de la titularidad de todas las concesiones mineras. La empresa demandó a Bolivia argumentando que la reversión constituía una expropiación bajo el artículo 5 del tratado bilateral entre Bolivia y el Reino Unido.

El tribunal argumentó que aunque la reversión cumplía los requisitos del tratado relativos a la causa de utilidad pública y beneficio social, no cumplía con el requisito de compensación.

En la medida en que el arbitraje de inversión provee un foro deslocalizado para la resolución de controversias y permite cierta distancia respecto de las autoridades locales, puede facilitar el planteamiento y análisis de problemas y argumentos relacionados con daños al medio ambiente, los derechos de las comunidades afectadas por proyectos de infraestructura o incluso en lo relativo a actos de corrupción.

En el ámbito del arbitraje comercial sí se han presentado algunos casos en el foro mexicano. Por ejemplo, arbitrajes relacionados con suspensiones de obras de infraestructura por comunidades indígenas o bien con las condiciones de proyectos cuyos desarrolladores afirmaron que se encontraban en cumplimiento de las reglas ambientales aplicables y resultaron no estarlo.

En materia de gobernanza corporativa, el arbitraje comercial se presenta también como un foro alternativo muy conveniente para el planteamiento de disputas por parte de los accionistas para cuestionar irregularidades en la administración de las sociedades y en la actuación de los directivos, en aquellos casos en que los estatutos sociales o los acuerdos celebrados entre los accionistas prevén el arbitraje societario.

Te puede interesar: La batalla legal por la energía renovable en México
(<https://lexlatin.com/reportajes/la-batalla-legal-por-la-energia-renovable-en-mexico>)

¿Qué cambios se han implementado en arbitraje de inversión relacionados con ESG? ¿Se espera una revisión de los reglamentos de arbitraje?

Adrián Magallanes: En los últimos años se han implementado diversos cambios relacionados con ESG en arbitraje de inversión. Una modificación importante es la aceptación proliferada de escritos de *amicus curiae*. Hasta antes de principios de los años 2000, la participación de terceros que no fueran parte en el arbitraje era limitada, sobre todo en casos resueltos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI). En el caso Aguas del Tunari (2002), un tribunal arbitral no permitió la participación de *amicus curiae* porque las partes se opusieron a su presentación. Una parte importante de académicos y practicantes criticaron duramente esta decisión.

A partir del aumento de posicionamientos a favor de la admisión de *amicus curiae* en el arbitraje de inversión, en 2006 se modificó el **Reglamento del CIADI**. En concreto, se permitió presentar estos escritos y delinear los casos en los que se admitirían. Posterior a este suceso se produjo la participación de *amicus curiae* en más de 50 procedimientos seguidos ante el CIADI, entre los que destacan asociaciones ambientales.

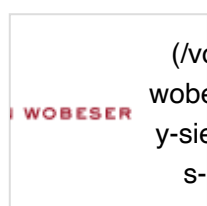
Facilitar la participación de estos grupos de interés, sin lugar a duda, favorece la inclusión de argumentos relacionados con ESG en arbitrajes de inversión, que los tribunales arbitrales tomarán en cuenta al momento de resolver las controversias.

Además de la participación de *amicus curiae*, existen otras modificaciones relevantes en materia de inversión que se relacionan directamente con ESG. Ejemplo de ello es la nueva oleada de tratados de inversión que refieren expresamente a obligaciones en materia ambiental. Por ejemplo, el nuevo modelo de Acuerdo para la Protección Recíproca de la Inversión de los Países Bajos establece que los Estados podrán regular la protección ambiental sin que ello implique una violación a estos tratados. Este mismo tratado modelo establece una obligación, a cargo de los inversionistas, de cumplir con las leyes y reglamentos nacionales en materia ambiental y de derechos humanos.

Previsiblemente, esta tendencia a incluir factores ESG en tratados de inversión y, consecuentemente, la existencia de disputas relacionados con cuestiones sociales, ambientales y de gobernanza continuará e incluso incrementará a mediano plazo.

© El contenido de LexLatin, incluyendo todas sus imágenes, ilustraciones, diseños, fotografías, videos, íconos y material escrito, está protegido por derechos de autor, marcas y demás derechos de la propiedad intelectual, y es publicado para sus suscriptores y lectores con propósitos informativos únicamente. No se permite la reproducción, modificación, copia, distribución, reedición, transmisión, proyección o explotación de cualquier forma de los materiales o contenido publicado por LexLatin, a menos que el interesado obtenga la autorización escrita de LexLatin.

Firmas relacionadas



PUBLICACIONES RELACIONADAS

Fibra UNO recibe línea de crédito verde por 300 millones de dólares
(/noticias/fibra-uno-recibe-linea-de-credito-verde)

07/04/2022

Roe vs. Wade y el derecho al aborto: ¿Qué implica anular el caso para América Latina?
(/reportajes/roe-vs-wade-y-el-derecho-al-aborto-que-implica-anular-el-caso-para-america-latina)



Latam Legal Ltd. Kemp House, 152 - 160 City Road London, EC1V 2NX

Quiénes Somos (<https://lexlatin.com/quienes-somos>)

Ágora (<https://www.lexlatin.com/portal/agora>)

PerfilPlus (<https://lexlatin.com/perfilplus>)

Contacto (<https://lexlatin.com/contact>)

Política de Privacidad (<https://lexlatin.com/politica-de-privacidad>)

Términos y Condiciones (<https://lexlatin.com/terminos-y-condiciones>)

f (<https://www.facebook.com/LexLatin-431908843660027/>)

🐦 (<https://twitter.com/LexLatin>) **in** (<https://www.linkedin.com/company/lexlatin/>)

📷 (<https://www.instagram.com/grupolexlatin/>)

📺 (https://www.youtube.com/channel/UCHe7j8FK_YM5GKK2uOAkaLg)

}