



VON WOBESER

ESG ARTICLES

El rol del arbitraje en disputas ESG

Por: Montserrat Manzano, *Socia*
Ana Toimil, *Asociada*

Introducción

El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático adoptado en 2015 dio un nuevo impulso al creciente interés de la agenda pública en asegurar la protección del medio ambiente y los derechos humanos, y agudizó la discusión sobre la responsabilidad social de las empresas para lograr esta meta.

En este contexto global ha habido un incremento notable de disputas con componentes ESG (*Environmental, Social and Governance*). Por ejemplo, tan solo ligado a la vertiente ambiental, de 2015 a la fecha se han registrado más de 1,000 litigios relacionados con el cambio climático en diferentes jurisdicciones.¹

Desde hace varias décadas, el arbitraje ha sido por excelencia el medio de resolución de disputas

comerciales internacionales y de inversión, por lo que la incorporación de elementos ESG en los negocios internacionales se ha visto reflejada en las disputas arbitrales derivadas de los mismos. Existen precedentes importantes en arbitraje de inversión, donde la observancia de leyes ambientales o de derechos humanos ha sido parte relevante de la controversia.²

Aunque con matices distintos, las dimensiones ESG son igualmente relevantes en arbitrajes comerciales. El escrutinio público sobre la actividad empresarial, y la deseada *licencia social para operar* como variable a considerar para el éxito de los negocios, han llevado a las empresas a incorporar compromisos ESG en sus contratos comerciales. Estos van desde

¹ Polly Botsford, *The rising tide of climate litigation*, *International Bar Association*, 12 de julio de 2021, disponible en: https://www.ibanet.org/The-rising-tide-of-climate-litigation?sap-outbound-id=25C69206F11AFDFABC3C85C45B1968B44D3F4C0C&utm_source=SAPHybris&utm_medium=email&utm_campaign=234&utm_term=Global%20Insight%20Aug%2FSept%202021 *The%20rising%20tide%20of%20climate%20litigation&utm_content=EN*

² Ver, por ejemplo: Arbitraje SCC V2013/153 *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c./ Reino de España*, Laudo, 17 de julio de 2016; Arbitraje SCC Case No. V 062/2012, *Charanne B.V., y Construction Investments c./ Reino de España*, 21 de enero de 2016. En estos dos casos, los inversionistas demandaron a España por revocar medidas regulatorias que incentivaban la inversión en energías renovables, bajo las cuales los demandantes habían realizado su inversión; ICSID Case No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c./ Argentina*, 8 de diciembre de 2016, en donde Argentina presentó una demanda reconventional contra el inversionista, alegando que el incumplimiento contractual del inversionista suponía también una violación al derecho humano al agua y a la salud.

otorgar *representations and warranties* específicas que aseguran que la parte contratante cumple, por ejemplo, con las regulaciones ambientales y laborales aplicables, hasta pactar obligaciones de *due diligence* en materia de derechos humanos que permitan identificar y remediar el impacto de sus actividades.

El rol del arbitraje en disputas ESG

La práctica muestra que un gran número de disputas relevantes para ESG se ventilan en arbitraje. El Informe Anual de Estadísticas de Solución de Controversias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de 2020 (*ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*), publicado en 2021, identificó que las disputas en materia de construcción, ingeniería y energía representan, históricamente, el mayor número de casos de la CCI, alcanzando el 38% de todos los casos nuevos registrados en 2021.³ Estas áreas son, por naturaleza, cruciales para las políticas nacionales de combate al cambio climático y para garantizar la protección del medioambiente y los derechos humanos, lo que confirma la natural existencia de arbitrajes con componentes ESG.

La pregunta es, entonces, si el arbitraje internacional, sus reglas y principios son realmente idóneos para resolver disputas ESG –cuyas dimensiones son tan variadas y extensas como el propio cambio climático– y, en caso afirmativo, por qué.

El arbitraje: ¿proceso idóneo para disputas ESG?

La flexibilidad procesal, los altos niveles de especialización de los árbitros y la posibilidad de ejecutar los laudos prácticamente en cualquier país del mundo al amparo de la Convención de Nueva York, son algunos de los atributos del arbitraje que lo vuelven un método atractivo y eficaz de solución de controversias, incluidas las disputas ESG.

³ *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*, 2021, pág.17, disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

Estas cualidades permiten a las partes en el arbitraje pactar las reglas que mejor atiendan las necesidades de su caso, desde establecer los tiempos para presentar los memoriales de las partes hasta la creación de reglas para presentar pruebas, solicitar documentos y participar en audiencias. Además, las partes también desempeñan un papel fundamental en la designación de los árbitros, que son expertos en los asuntos en disputa, y cuya formación académica y experiencia les permite comprender a profundidad argumentos y pruebas altamente especializadas y técnicamente complejas.

Otras características de las reglas del arbitraje particularmente relevantes para controversias con componentes ESG son: la posibilidad de obtener medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral o durante el arbitraje, las cuales son especialmente pertinentes tratándose de amenazas de daño ambiental inminente o irreversible, o de violaciones graves a los derechos humanos,⁴ y la posibilidad de que los árbitros escuchen a terceros durante el procedimiento (*amicus curiae*),⁵ lo que, si así lo acuerdan las partes, permite la participación, por ejemplo, de asociaciones civiles que han desempeñado un papel crucial en el combate al cambio climático, la protección del medioambiente y de los derechos humanos, y en la denuncia de prácticas corporativas que atentan contra éstos. Así, la naturaleza multidisciplinaria de las disputas ESG y sus necesidades particulares encuentran cabida en el flexible y sofisticado procedimiento arbitral.

La comunidad internacional ha seguido impulsando la

⁴ Ver, por ejemplo: Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2017, artículo 28 y artículo 29; Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), 2020, artículos 9B y 25; Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC), 2016, artículo 30; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), 2018, artículo 23; Asociación Americana de Arbitraje (AAA), reglas 37 y 38.

⁵ *ICC Commission Report. Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, noviembre 2019, §5.80. Ver también: Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIAD), 2006, regla 37; Reglamento de Arbitraje de Inversión del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, 2017, regla 29.

evolución del procedimiento arbitral hacia estándares específicamente pensados para atender las necesidades particulares de este tipo de controversias. Por ejemplo, en 2014, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado entró en vigor con el objetivo de impulsar mayores estándares de transparencia en arbitrajes de inversión.⁶ Otros esfuerzos igualmente valiosos para establecer modelos y mejores prácticas en arbitrajes con componentes ESG son: el Informe del Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Cambio Climático; el Reglamento Facultativo de la CPA para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales; y el Reglamento de La Haya sobre Arbitraje Comercial y Derechos Humanos.

Pese a las ventajas del arbitraje como medio para resolver controversias ESG, hay también críticas respecto a su idoneidad. Por ejemplo, algunos señalan un potencial desequilibrio de recursos entre las partes que pueden estar implicadas en disputas ESG en arbitrajes de inversión (p. ej. multinacionales vs. gobiernos),⁷ y la falta de estándares adecuados de transparencia en arbitrajes –principalmente comerciales– que involucran el interés público como deficiencias del procedimiento arbitral,⁸

6 Ver, por ejemplo, artículo 3 del reglamento, que contiene una presunción a favor de la publicación de los escritos de las partes y de la decisión del tribunal.

7 Por ejemplo, de acuerdo con cifras de Global Justice Now, en 2017, 157 de las 200 principales entidades económicas por ingresos (*revenue*) fueron empresas y no países. De acuerdo con estas cifras, corporaciones como Walmart, Apple y Shell acumulan más riqueza que países como Rusia, Bélgica o Suecia. Ver Global Justice Now, 17 octubre de 2018, disponible en: <https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/>; ver también: Joe Myers, *How do the world's biggest companies compare to the biggest economies?*, *World Economic Forum*, 19 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/10/corporations-not-countries-dominate-the-list-of-the-world-s-biggest-economic-entities>

8 Por ejemplo, en arbitrajes comerciales donde participan empresas estatales –con fondos públicos– cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal arbitral emitir órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento y de cualquier asunto relacionado con el arbitraje (p. ej. artículo 22 de las Reglas de Arbitraje de la CCI, ver también artículo 1(4) del Apéndice II – Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje). En

que en su opinión lo vuelven inadecuado para resolver disputas ESG.⁹

En lo que respecta a los estándares de transparencia en arbitrajes comerciales, recientes esfuerzos de instituciones arbitrales (como la CCI) para establecer presunciones a favor de la publicación de información sobre la composición del tribunal arbitral y de los laudos arbitrales, llevan a cuestionar si dicha crítica, en la actualidad, está fundada o no.¹⁰

Conclusión

La creciente importancia de realizar negocios observando principios de ESG, y el tradicional y extenso uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales auguran un aumento considerable en el número de arbitrajes sobre temas de ESG en los próximos años.

De ahí la importancia del arbitraje como medio para resolver estas disputas, y de fortalecer este mecanismo para balancear las necesidades de las partes y los intereses involucrados, de tal forma que la legitimidad de los procesos y decisiones aumente. Este es el objetivo que, desde hace varios años, persigue la comunidad internacional, logrando resultados importantes, como los mencionados anteriormente.

la práctica, dicha solicitud es generalmente presentada por los particulares en estos procedimientos, ocasionando que la información sobre la existencia y motivo de dichos arbitrajes sea confidencial y, por lo tanto, desconocida por el público en general. Esto significa que sólo las partes del arbitraje pueden acceder a los documentos y pruebas presentados durante el procedimiento, limitando así el acceso de otros usuarios a estos precedentes.

9 Herbert Smith Freehills, *The Rising Importance of ESG and its Impact on International Arbitration*, 27 de julio de 2021, disponible en: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/the-rising-importance-of-esg-and-its-impact-on-international-arbitration>.

10 Por ejemplo, si bien la más reciente *Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, publicada en enero de 2021, reconoce el derecho de las partes a oponerse a la publicación de las decisiones, los documentos y los laudos en cualquier momento previo a su publicación, y a acceder a información sobre la composición del tribunal, ahora ya contiene una regla de publicación y difusión de la información por defecto, a menos que las partes se opongan (ver párrafos 50 a 64).

Para obtener información adicional sobre el tema de esta nota, favor de contactar a nuestros expertos:



Montserrat Manzano, Socia:
+52 (55) 5258-1018
mmanzano@vwys.com.mx



Ana Toimil, Asociada:
+52 (55) 5258-1018
atoimil@vwys.com.mx

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.
Ciudad de México, 12 de noviembre de 2021.

La información incluida en esta nota no constituye, ni pretende constituir, ni debe ser interpretada como asesoría legal sobre el tema o la materia aquí tratados. Por el contrario, esta nota tiene fines informativos de carácter general. Para obtener asesoría legal sobre un asunto en particular en relación con esta materia, favor de ponerse en contacto con alguno de nuestros abogados aquí mencionados.