

ARBITRABILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ESG: ANÁLISIS Y PROPUESTAS PARA EL FUTURO

BELÉN OLMOS GIUPPONI

Profesora y Directora de la Facultad de Derecho, Universidad de Portsmouth, Reino Unido

RAÚL PARTIDO FIGUEROA

Abogado, Árbitro y Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad CEU San Pablo.

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 89-126

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS ESG? CONTENIDO, ALCANCE, REGULACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA. 1. *Análisis teórico de las categorías de cláusulas «ESG».* 2. *De la conveniencia de llevar a cabo análisis preliminares antes de pactar las cláusulas «ESG».* 3. *Sujetos legitimados para ejercitar las acciones derivadas de las cláusulas «ESG».* III. VÍAS PROCEDIMENTALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS «ESG»: DERECHO CIVIL Y «COMMON LAW». 1. *Respecto de la arbitrabilidad de las cláusulas «ESG».* 2. *Respecto de las vías procedimentales para la resolución de disputas derivadas de cláusulas «ESG».* IV. SOBRE LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL COMO MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS «ESG». 1. *La existencia de cláusulas estándar relativas al sometimiento a arbitraje.* 2. *Respecto de las disputas que pueden surgir de las cláusulas «ESG».* 3. *Las ventajas inherentes al arbitraje comercial (y la necesidad de adaptar ciertos estándares).* V. UNA MIRADA A LA PRÁCTICA ACTUAL EN MATERIA DE «ESG». VI. ¿QUÉ NOS DEPARARÁ EL FUTURO EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL Y CLÁUSULAS «ESG»?

Resumen: La proliferación de las cláusulas ESG en el ámbito de la contratación internacional ha suscitado el interés de la comunidad jurídica acerca del contenido y el alcance de dichas cláusulas. A su vez, dicha proliferación ocasionará que, en un futuro, surjan disputas relativas a la aplicación y ejecución de las cláusulas ESG. A priori, el arbitraje comercial aparece como un mecanismo idóneo para la resolución de dichas disputas, si bien deberán abandonarse algunas de las prácticas más arraigadas para adaptarse a las especialidades de la nueva litigación sobre cláusulas ESG, mediante la incorporación de algunas de las prácticas propias del arbitraje de inversión (e incluso de nuevas prácticas), lo que suscitará la existencia de un novedoso modelo híbrido de arbitrajes a medio camino entre los tradicionales arbitrajes comerciales y los arbitrajes de inversión.

Palabras clave: ESG – Arbitraje – Contratación internacional – Sostenibilidad – Transparencia.

Abstract: The emergence of Environmental, Social and Governance (ESG) clauses in international contracts have attracted the attention of both scholars and practitioners regarding the content and scope of these clauses. In turn, such proliferation may lead to disputes concerning the application and enforcement of ESG clauses in the future. A priori, commercial arbitration appears as an ideal mechanism for the resolution of such disputes, although this would entail easing some of the most entrenched arbitral practices to accommodate ESG clauses, borrowing for these cases some of the practices of investment arbitration (for instance, in terms of transparency and protection of public interest). This will give rise to the existence of a novel hybrid arbitration model, halfway between traditional commercial arbitration and investment arbitration.

Keywords: ESG– Arbitration – International contracts – Transparency – Sustainability.

I. INTRODUCCIÓN

Las denominadas cláusulas *Environmental, Social and Governance* (en adelante, ESG) introducen obligaciones específicas para las partes contratantes en diversas áreas, principalmente en relación con tres pilares fundamentales: medio ambiente, derechos humanos y gobernabilidad. Las cláusulas ESG han proliferado en los últimos años en la práctica de la contratación, tanto a nivel nacional como internacional. Este artículo las analiza en el ámbito de la contratación internacional y en el arbitraje comercial, haciendo referencia también a precedentes en el arbitraje de inversiones.

El artículo se estructura según el siguiente esquema. En primer lugar, se analiza el concepto y contenido de las cláusulas ESG, definiendo los estándares que comprenden para luego determinar su alcance, regulación y aplicación práctica. En segundo, se examinan con carácter general las vías procesales –judiciales o arbitrales– a través de las cuales pueden hacerse cumplir las cláusulas ESG. El tercer apartado se dedica a la evaluación del arbitraje comercial como mecanismo para la resolución de disputas derivadas de las cláusulas ESG, analizando las principales ventajas de su uso. La cuarta sección se centra en el análisis de algún caso reciente surgido en materia de arbitraje en el que las cláusulas ESG han sido objeto de disputa. El último epígrafe contiene las reflexiones de los autores acerca de qué puede depararnos en el futuro la interacción entre las cláusulas ESG y el arbitraje comercial.

II. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS ESG? CONTENIDO, ALCANCE, REGULACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA

El término *ESG* hace referencia, en puridad, más que a cláusulas explícitas y omnicomprendivas, a una serie de estándares y normas, tanto de alcance nacional como internacional, que pueden resultar de aplicación en el ámbito de la contratación.

De manera general, las cláusulas *ESG* pueden ser clasificadas según el tiempo en que surgieron, si bien dicha categorización no se basa en una cuestión de carácter puramente temporal, sino que atiende, más bien, a la complejidad en la redacción de las propias cláusulas *ESG* y a su contenido; pues, ciertamente, algunas cláusulas *ESG* son más complejas que otras en cuanto a su contenido y aplicación.

Así, en la práctica, frente a una mayor simplicidad de las cláusulas de primera generación, la redacción de las cláusulas *ESG* ha ido derivando hacia una mayor complejidad.

Este proceso evolutivo obedece a diversos factores; entre ellos, la progresiva estandarización en algunos sectores específicos –como el cambio climático¹– o la mayor regulación internacional en diversas áreas como, por ejemplo, la denominada moderna esclavitud (*modern slavery*) o corrupción². Por tanto, esta variación se deriva de la aplicación de tratados y estándares internacionales de nueva generación o de la aplicación de ciertos tratados de inversión, ya sean multilaterales o bilaterales, así como de los distintos pronunciamientos que se han ido produciendo tanto en el ámbito judicial como en el arbitral. Todo ello ha ampliado el objeto de dichas cláusulas hasta abarcar nuevos campos y sectores. Esta característica dinámica del entorno regulatorio exige una continua adaptación y actualización del contenido de dichas cláusulas.

La doctrina más reciente tiende a considerar que las cláusulas *ESG* hacen referencia a un amplio abanico de previsiones contractuales, un listado abierto que puede abarcar, en un futuro próximo, cualesquiera otras cláusulas de nueva generación que puedan ir apareciendo en función de la evolución de la regulación en materia medioambiental, de derechos humanos o de gobernabilidad; e incluso en nuevos ámbitos que vengán a complementar a los citados.

- 1 La participación del sector privado en materia de *compliance* con el régimen del cambio climático ha sido analizada desde diversas perspectivas. Como todo fenómeno reciente, existe una literatura incipiente que examina, en detalle, la implicación del sector privado en la materia. Ver, entre otros, Olmos Giupponi, B., *International Environmental Law Compliance in Context: Mechanisms and Case Studies*, Londres: Routledge, 2021.
- 2 Yu, H., Olmos Giupponi, B., *Analysing Obstacles and Challenges in Fighting Corruption in Cases of Illegal Investments: How to Bell the Cat?*, 2021, ponencia disponible en: www.storre.stir.ac.uk/handle/1893/32108#.YfQKwerP02w (consultado el 27/01/2022).

En todo caso, las cláusulas que pueden calificarse como *ESG* llevan aparejada, en la práctica, la obligación de poner en práctica un procedimiento específicamente dirigido a la evaluación y ponderación de riesgos (*risk assessment*) para determinar, evaluar y comprender, en todo su alcance, los riesgos inherentes a los tres pilares *ESG* en el ámbito de las operaciones comerciales y de las cadenas de suministro, como principales campos en que dichas cláusulas han adquirido relevancia.

La puesta en práctica de estos procedimientos de evaluación de riesgos requerirá:

- adoptar medidas para evitar o mitigar los riesgos;
- cumplir con los requisitos de información y divulgación;
- comprometerse eficazmente con las partes interesadas, incluidos reguladores, inversores, empleados, consumidores y comunidades;
- garantizar una gobernanza y una responsabilidad sólidas en los órganos de administración de las empresas; e
- integrar los factores *ESG* como absolutamente determinantes e imprescindibles a la hora de tomar y ejecutar decisiones estratégicas.

La correcta ejecución e implementación de estos procedimientos de evaluación de riesgos, en los diferentes ámbitos a que se refieren las cláusulas *ESG*, impedirá que, en un futuro, la parte incumplidora de un contrato pueda escudarse y defender su actuación bajo ciertas figuras contempladas en algunos ordenamientos jurídicos (como pudieran ser las cláusulas *MAC* (*material adverse change*³) o la doctrina *rebus sic stantibus*⁴).

3 Las cláusulas *MAC* (por sus siglas en inglés, *material adverse change*) constituyen una figura jurídica cuyo objeto consiste en cubrir a las partes de un contrato frente al riesgo de que se produzca un cambio material adverso que pueda frustrar la finalidad del contrato o privarle de sentido.

Las cláusulas *MAC* tienen su origen en el Derecho anglosajón (*common law*) y tradicionalmente se han venido utilizando en operaciones de *M&A* (fusiones y adquisiciones), así como en operaciones de financiación. Pero su inclusión también tiene cabida en contratos de diversa naturaleza, como, por ejemplo, en contratos de tracto sucesivo, contratos de suministro o contratos de arrendamiento.

4 Se trata de un mecanismo destinado al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. Resulta de aplicación cuando, por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes contratantes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación asumida en el contrato. También se la ha denominado como la teoría de la alteración de la base del negocio.

La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no tiene efectos rescisorios, resolutorios o extintivos de un contrato, sino que de su aplicación únicamente se derivan efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

En el caso de España, la jurisprudencia ha establecido que la doctrina *rebus sic stantibus* es únicamente aplicable a contratos de largo plazo, de tracto sucesivo o de ejecución diferida, y que sólo opera en los casos de una alteración extraordinaria o una desproporción, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdadera-

A su vez, las entidades encargadas de supervisar, gestionar y ejecutar los procedimientos de evaluación de riesgos de los factores ESG (como son los despachos de abogados, auditoras, ingenierías, entidades de certificación...), asumen un alto grado de responsabilidad. Estas entidades podrían incluso convertirse en sujetos a los que exigir responsabilidad derivada de la prestación de sus servicios si, en la práctica, la evaluación de riesgos llevada a cabo no alcanza el suficiente grado de diligencia.

Un tema de especial relevancia es la debida diligencia en operaciones que tienen que ver con la cadena de valor internacional. Las legislaciones nacionales requieren, cada vez con mayor frecuencia, que las partes verifiquen que las operaciones y los bienes y servicios comprendidos en la contratación no vulneran los derechos humanos esenciales o las normas de protección medioambiental, con independencia del lugar geográfico en el que se haya producido tal vulneración. Todo ello lleva aparejadas obligaciones de efectuar un riguroso *risk assessment*, así como en materia de transparencia (*disclosure obligations*)⁵.

De todas estas cuestiones se derivarán implicaciones que, si bien en principio pudieran parecer secundarias, no lo son tanto en el fondo. Por ejemplo, unos mayores emolumentos en favor de los distintos operadores involucrados (despachos de abogados, auditoras, ingenierías o entidades de certificación), que necesitarán para hacer frente a las primas que deberán abonar a las entidades que aseguren sus actividades. De igual manera, el modelo de responsabilidad emergente va en consonancia con el de responsabilidad común y solidaria, o subsidiaria cuando se encuentra involucrada la cadena internacional de valor⁶.

Será incluso necesario que las partes de un contrato internacional lleven a cabo, con carácter previo, un análisis pormenorizado de los posibles regímenes de responsabilidad que pudieran ser exigibles a sus propios asesores, para

mente hace imposible el cumplimiento del contrato como consecuencia del acaecimiento de circunstancias radicalmente imprevisibles.

- 5 Estas obligaciones de transparencia se han visto también incluidas en el arbitraje internacional de inversiones a través de la adopción de diversas reglas arbitrales. Ver, entre otros, Yu, H., Olmos Giupponi, MB., *The Pandora Box Effects under the UNCITRAL Transparency Rules*. *Journal of Business Law*, 2016 (5), pp. 347-372.
- 6 La normativa de la Unión Europea prevé la aplicación de procedimientos de *due diligence* en la cadena internacional de valor. Al momento de publicación, existen varias iniciativas para que la Unión Europea apruebe una Directiva en materia de *due diligence* y empresas transnacionales. En este sentido, un precedente claro que puede marcar las directrices a seguir en el futuro lo constituye el Reglamento (UE) 2017/821, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. En el Derecho comparado, existe legislación específica en la materia en el Derecho francés y el holandés (ya aprobada o en trámites de aprobación).

de ese modo identificar aquellas jurisdicciones y legislaciones que pudieran resultar más favorables para sus intereses. En función de los distintos grados y alcances de responsabilidad, los asesores podrían exigir, por ejemplo, una garantía adicional para cubrir eventuales riesgos en un ámbito tan cambiante, novedoso y poliédrico como el de las cláusulas ESG. Como contrapartida, los asesores tenderán a tratar de mitigar los riesgos asumidos como consecuencia de su asesoramiento mediante determinadas estrategias (sometiendo sus contratos a determinados fueros o legislaciones más favorables; incluyendo cláusulas limitativas de su responsabilidad en sus contratos y condiciones generales de contratación...).

Algunas de las cláusulas ESG incluidas en los contratos más recientes son cláusulas contractuales modelo o estándar (*model clauses*, conocidas también como MCC por sus siglas en inglés), destinadas a la protección de derechos humanos, medio ambiente y gobernanza.

Tal es el caso de las cláusulas de protección de los trabajadores involucrados en cadenas de suministro internacionales, propuestas por la *International Bar Association*, que plantean, principalmente, la exigencia de representaciones y garantías a los proveedores⁷.

En el año 2021 se publicó una versión actualizada de las MCC que amplía el alcance de las obligaciones contenidas en las cláusulas ESG para exigir a los compradores (mayoristas), que se comprometan de manera más proactiva en la protección de los derechos humanos.

De igual manera, está aumentando el protagonismo de los reguladores en la implementación de las cláusulas ESG, especialmente en el ámbito del Derecho de la Unión Europea en materia ambiental⁸.

1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LAS CATEGORÍAS DE CLÁUSULAS «ESG»

Proponemos a continuación un análisis teórico de las distintas categorías o pilares en los que, en líneas generales, se pueden clasificar las cláusulas ESG. Debemos advertir que, en la práctica negocial, las cláusulas pactadas no siempre reflejan con exactitud los distintos tipos de cláusulas o los contenidos que se toman en consideración desde un punto de vista estrictamente teórico.

7 *IBA Practical Guide on Business and Human Rights for Business Lawyers*, adoptada por una resolución del *IBA Council* en fecha 28 de mayo de 2016. Disponibles en: www.ibanet.org/MediaHandler?id=d6306c84-e2f8-4c82-a86f-93940d6736c4.

8 Para un análisis de la inclusión de las cláusulas en materia de inversión extranjera en la Unión Europea, ver Olmos Giupponi, MB., "Squaring the Circle? Balancing Sustainable Development and Investment Protection in the EU Investment Policy", en: *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 25, núm. 2, 2016, pp. 44-73.

LOS TRES PILARES DE LAS CLÁUSULAS ESG

ENVIRONMENTAL MEDIO AMBIENTE	SOCIAL DERECHOS HUMANOS	GOVERNANCE GOBERNABILIDAD
Cambio climático y emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)	Derechos humanos	Soborno y corrupción
Cláusulas relacionadas con la energía: eficiencia	Condiciones laborales, incluida la esclavitud y el trabajo infantil	Protección de Datos
Protección de recursos naturales	Comunidades locales e indígenas	Independencia, diversidad y estructura de los órganos de administración
Gestión de residuos: residuos peligrosos	Conflictos laborales/huelgas	Planificación fiscal
Contaminación: contaminación del aire y del agua	Salud y Seguridad	Transparencia

Medio ambiente.— Cláusulas que contemplan los efectos en materia de cambio climático; reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente aquellas que incluyen la emisión de CO₂; generación y eficiencia energética; agotamiento de recursos; residuos peligrosos y gestión de residuos contaminantes; contaminación atmosférica y pluvial y deforestación.

Derechos humanos.— Cláusulas que regulan la protección de derechos humanos; condiciones de trabajo (esclavitud y trabajo infantil); derechos de comunidades indígenas; conflictos laborales; prevención de riesgos laborales; relaciones con empleados y diversidad/igualdad/inclusión; moderna esclavitud; desconexión digital y respeto de la conciliación/bienestar mental de los trabajadores.

Gobernabilidad, regulación y gobernanza.— Cláusulas que contemplan emolumentos y honorarios de administradores y ejecutivos; corrupción y delincuencia de guante blanco; protección de datos; independencia de los órganos de administración (estructura, igualdad y diversidad); planificación y estrategias fiscales agresivas (paraísos fiscales); transparencia; derechos de los socios y accionistas; obligaciones de información de los órganos de administración.

Sin perjuicio de esta clasificación teórica, en la práctica se observa que, a la hora de negociar, redactar y consensuar las cláusulas ESG, se combinan distintos tipos de normas y de estándares, ya sean nacionales o internacionales, y, además, están en constante evolución y redefinición.

A modo de ejemplo, las cláusulas comprendidas en el área de gobernanza tratan básicamente de materias relativas a la corrupción y la transparencia, estando estos campos principalmente comprendidos en el ámbito del Derecho público (en particular, Derecho administrativo y Derecho penal). Sin embargo, en ese tipo de cláusulas también se entienden comprendidas cláusulas relativas al gobierno corporativo de compañías, siendo este campo propio del Derecho societario. En particular, nos referimos a las normas relativas a la composición y funcionamiento de los órganos de administración, así como a la protección de derechos de los accionistas (especialmente de los minoritarios), que se aplican principalmente en estos dos ámbitos (aunque lógicamente son los órganos de administración quienes tienen mayor capacidad –y, por ende, responsabilidad– en la toma de decisiones en una empresa).

Asimismo, conviene resaltar que algunas de las cláusulas podrían ubicarse a medio camino entre varias categorías. Tal es el caso de las cláusulas que limitan las inversiones en el ámbito de defensa y armamento, así como aquellas que refuerzan las obligaciones de cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario⁹. En todo caso, según queda dicho, el sector de las cláusulas ESG se encuentra en constante evolución.

Desde luego, es obvio que las cláusulas ESG van adquiriendo una presencia cada vez más relevante en la toma de decisiones de las empresas (y en la exigencia de responsabilidad para con sus órganos rectores). Como es sabido, en las sociedades la responsabilidad es inherente a la cúpula directiva y a los órganos de administración y control (dado que la capacidad de toma de decisiones de los meros empleados es residual y, en última instancia, la dependencia es una de las características propias de los regímenes laborales). Y, desde luego, los mecanismos de exigencia de responsabilidad son muy diversos.

2. DE LA CONVENIENCIA DE LLEVAR A CABO ANÁLISIS PRELIMINARES ANTES DE PACTAR LAS CLÁUSULAS «ESG»

La negociación y redacción de las cláusulas ESG exige, en la práctica, un análisis preliminar especialmente riguroso.

A menudo, la elección de la ley aplicable (o incluso la ausencia de sumisión o la remisión a normas de conflicto de carácter general, como pueden ser el Reglamento de Roma I en el ámbito de la Unión Europea) se efectúa con li-

9 Levine M., *ESG Goes to War*, 9th March 2022, disponible en: www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-03-09/esg-goes-to-war (Consultado el 11 de marzo de 2022). Hollinger, P., *Ukraine war prompts investor rethink of ESG and the defence sector*, disponible en: www.ft.com/content/c4d4fe6a-2c95-4352-ab88-c4e3cdb60bba (consultado el 11 de marzo de 2022).

gereza y sin ponderar adecuadamente todas las consecuencias que la cuestión lleva aparejadas.

En los últimos tiempos, las partes llevan a cabo análisis cada vez más rigurosos. Antes de firmar un contrato, las partes se hacen preguntas como: la naturaleza de los daños que se pueden reclamar en ciertas jurisdicciones; el alcance y contenido de los daños indirectos; los *punitive damages* –su existencia, inexistencia o alcance–; los daños morales o reputacionales y su alcance; la inaplicación de las cláusulas limitadoras de responsabilidad en caso de concurrir conductas dolosas; la potencial legitimación de ciertas entidades –asociaciones de consumidores, ONGs, TPF...– de cara al ejercicio de acciones y su reconocimiento por las leyes procesales que pudieran resultar de aplicación; la posibilidad de involucrar en arbitrajes a partes no signatarias del convenio arbitral o la posible intervención de sujetos ajenos a la controversia –*amicus curiae*–; la aplicación obligatoria de ciertas normas de Derecho imperativo; la más o menos clara delimitación de la cláusula del orden público, que puede impedir el reconocimiento de laudos arbitrales y sentencias extranjeras; la facilidad para la adopción y ejecución de medidas cautelares, de aseguramiento de los costes futuros de una disputa o las *anti-suit injunctions*.

Y pronto habrá que valorar además otras cuestiones que, hasta ahora, quedaban soslayadas: y que pueden abarcar incluso materias que exceden del ámbito puramente legal, de tal manera que incluso la creación de equipos multidisciplinarios en despachos de abogados podría no ser suficiente para abarcar todos los campos objeto de análisis por requerirse un alto grado de especialización científica o técnica.

Todo ello sin olvidar que existen otros aspectos que deberán ser analizados con el debido detalle en el ámbito de las cláusulas ESG, como las consecuencias o potenciales sanciones derivadas de su incumplimiento:

- daños a la marca y reputacionales;
- pérdida de confianza en los órganos de administración;
- impacto financiero; y
- sanciones administrativas o penales (inhabilitaciones, prohibiciones para contratar o participar en licitaciones públicas...).

Si bien la distinción entre *soft law* y *hard law* es menos relevante en las jurisdicciones de Derecho común (a diferencia de lo que sucede en el Derecho anglosajón), conviene aclarar cuál es la naturaleza de dichas cláusulas y su potencial carácter vinculante atendiendo a la voluntad de las partes (*pacta sunt servanda*) al redactar su contenido y, especialmente, los mecanismos en cuya virtud se haya querido garantizar el cumplimiento y eficacia de dichas cláusulas, si es que no existen normas imperativas que impongan su aplicación.

En lo que se refiere a las acciones a disposición de la parte reclamante, se deben tomar en consideración y analizar con detalle el potencial ejercicio de las siguientes:

- reclamaciones al amparo del Derecho privado en materia de incumplimientos contractuales, daños o por enriquecimiento injusto (ya sean contractuales o extracontractuales);
- reclamaciones en materias de Derecho público o privado dirigidas a cambiar el comportamiento de las empresas o a buscar soluciones alternativas (restitución de la situación original, medidas compensatorias, reclamaciones en materia de Derecho de consumo, imposición de sanciones en el ámbito del Derecho administrativo...);
- reclamaciones en materia de Derecho público o privado frente a los administradores (vulneración de las obligaciones de directivos y *trustees*); y
- acciones penales derivadas de la comisión de delitos, cuando las acciones u omisiones se encuentren tipificadas como tales.

Desde el punto de vista del Derecho procesal, los mecanismos disponibles dependerán de cada jurisdicción y de la normativa procesal aplicable.

3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DERIVADAS DE LAS CLÁUSULAS «ESG»

Para determinar los mecanismos y acciones disponibles, resulta necesario establecer claramente quiénes son los interesados (legitimados activamente) y cuáles son las acciones de las que serán titulares con respecto a cada categoría.

En cuanto a los legitimados en general, y desde un punto de vista teórico, se pueden mencionar:

- Personas físicas (consumidores o no) y grupos de reclamantes o afectados;
- ONGs y otros grupos de presión;
- Despachos de abogados (en cuanto coordinadores de acciones colectivas);
- Fondos financiadores;
- Empresas;
- Instituciones financieras y fondos de inversión (en cuanto financiadores);
- Gobiernos y administraciones públicas (y organismos supranacionales);
- Organizaciones de empresarios y grupos sectoriales de presión;
- Aseguradoras.

III. VÍAS PROCEDIMENTALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS «ESG» : DERECHO CIVIL Y «COMMON LAW»

Como es evidente, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las cláusulas ESG puede derivar en litigios (ya sean judiciales o a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos). Por sus características, estos litigios tienden a alejarse de los estándares habituales de las disputas a las que suelen enfrentarse las empresas involucradas.

1. RESPECTO DE LA ARBITRABILIDAD DE LAS CLÁUSULAS «ESG»

Con carácter previo, es necesario analizar someramente una cuestión que tendrá un impacto directo en la potencial interacción entre las cláusulas ESG y el arbitraje comercial: si la controversia es o no arbitrable.

En este sentido, con el paso de los años se ha ido produciendo una progresiva expansión de las materias que sí pueden ser objeto de resolución mediante arbitraje (aunque siguen existiendo determinados campos y materias en las que no existen soluciones claras). La no arbitrabilidad de una determinada disputa puede ser objeto de controversia en el seno del propio arbitraje, por ejemplo: por la aplicación del orden público material; por la existencia de normas de Derecho imperativo; por la existencia de una jurisdicción exclusiva y excluyente a favor de los tribunales de justicia o, por cuanto las propias partes contratantes hayan pactado, en el ámbito de su facultad de disposición y como reflejo del principio *pacta sunt servanda*, que una determinada disputa no pueda ser objeto de resolución mediante arbitraje.

2. RESPECTO DE LAS VÍAS PROCEDIMENTALES PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DERIVADAS DE CLÁUSULAS «ESG»

En cuanto a las controversias y disputas que se pueden plantear, estas podrían articularse a través de distintas vías procedimentales:

- Disputas derivadas de contratos comerciales (con la posibilidad de que las disputas sean resueltas, bien ante los tribunales de justicia, bien mediante mecanismos alternativos de resolución de disputas –eminente-mente mediante arbitrajes comerciales–, siempre y cuando las materias objeto de disputa sean arbitrables).
- Disputas que principalmente se resolverán ante tribunales de justicia (en materia de políticas relativas al cambio climático, cumplimiento regulatorio, gobernanza de entidades mercantiles, protección de consumidores, ejercicio de acciones penales, *tort claims* desde la perspectiva del Derecho anglosajón, basadas en normativa constitucional, legal...). Como indicábamos anteriormente, la obligatoriedad de acudir a los tri-

bunales de justicia (en lugar de resolver la disputa mediante un arbitraje comercial), puede venir impuesta por la imposibilidad de arbitrar una determinada controversia.

- Disputas derivadas de tratados de inversión: en estos casos, las controversias se han presentado entre inversores extranjeros y el Estado receptor de las inversiones. En el arbitraje de inversión han surgido casos que confirman esta tendencia, como *Urbaser vs Argentina*¹⁰; *Aven vs Costa Rica*¹¹; *Bear Creek Mining vs Peru*¹² and *World Duty Free vs Kenya*¹³. El denominador común en todos estos casos es la compatibilidad del proyecto y actividades de inversión con la protección de otros derechos e intereses afectados, como aquellos de las poblaciones locales. Asimismo, este reconocimiento gradual de las cláusulas ESG se ha visto reflejado en la redacción de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como, por ejemplo, el TBI Marruecos-Nigeria¹⁴, el Tratado Modelo de

10 *Urbaser* es considerado uno de los casos más paradigmáticos en materia de protección del derecho al agua, lo cual fue alegado en la reconvencción por la República de Argentina, como Estado demandado. Cabe efectuar dos consideraciones al respecto. En primer lugar, la aceptación de la reconvencción se basó en una amplia cláusula jurisdiccional, lo cual no siempre se encuentra permitido por el tratado aplicable. Como bien se indica en el laudo, si los Estados desean insertar una posibilidad de reconvencción en el arbitraje entre inversionista y Estado, es importante redactar las cláusulas jurisdiccionales de manera clara. En segundo lugar, cabe resaltar que el tribunal arbitral, al citar instrumentos internacionales de derechos humanos, determinó que las obligaciones de derechos humanos, como el derecho al agua, pueden imponerse directamente a las corporaciones internacionales. Sin embargo, por otro lado, el laudo demuestra que las obligaciones internacionales de derechos humanos están dirigidas principalmente a los Estados y no están redactadas de manera que contengan obligaciones vinculantes para las corporaciones. Si los Estados desean imponer obligaciones directas a los inversionistas es importante hacerlo a través de un lenguaje explícito en el TBI. Un ejemplo reciente en este contexto es el TBI Marruecos-Nigeria. En el caso de *Urbaser*, el tribunal no pudo argumentar que los instrumentos internacionales de derechos humanos creaban obligaciones directas para el inversionista extranjero. Ver *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26 disponible en: www.italaw.com/cases/1144.

11 En *Aven*, la controversia surgió respecto a la protección de humedales en el territorio donde debía llevarse a cabo el proyecto de inversión. Ver *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, disponible en: www.italaw.com/cases/2959 (Consultado el 27/01/2022).

12 En *Bear Creek*, el inversionista canadiense había encontrado indicios de importantes depósitos de mineral de plata en la mina Santa Ana en Perú, pero finalmente se le prohibió continuar con la explotación de la mina debido a la gran desconfianza de la población local hacia el proyecto y el inversionista, lo que culminó en protestas violentas y malestar social. Ver *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, disponible en: www.italaw.com/cases/2848 (Consultado el 27/01/2022).

13 El caso implicó la aplicación de los principios de Derecho internacional y política pública a casos de corrupción. *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, disponible en: www.italaw.com/cases/3280 (Consultado el 27/01/2022).

14 El TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) contiene diferentes cláusulas incluyendo aquellas sobre estándares internacionales y responsabilidad social corporativa. Disponible en:

Inversiones de India¹⁵ y el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Holanda¹⁶.

- Las acciones colectivas o arbitrajes de grupo se han configurado como una herramienta legal que permite ejercer en juicio los derechos e intereses comunes de un grupo de afectados. Se trata de una figura legal que goza de una sólida tradición en los ordenamientos jurídicos en que impera el Derecho anglosajón y que, solo en los últimos tiempos, se ha ido abriendo paulatinamente paso en otras jurisdicciones (más propias del Derecho común), sometidas en muchas ocasiones a restricciones y limitaciones (asociaciones de consumidores...). Esto ocasiona que exista una enorme disparidad y falta de uniformidad entre los distintos ordenamientos.

Sin embargo, la Unión Europea aprobó recientemente la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que sienta las bases de lo que serán las futuras acciones colectivas en el ámbito del consumo. Aún es pronto para valorar el impacto real que se derivará de la aplicación práctica de la Directiva, que todavía debe ser objeto de transposición por cada uno de los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos en un plazo que termina el 25 de diciembre de 2022, sin perjuicio de que la aplicación de sus disposiciones se prolongue hasta el mes de junio de 2023).

La Directiva contiene algunas directrices que claramente pueden resultar de aplicación a las disputas relativas a las cláusulas ESG, tal y como puede ser el ejercicio de medidas de cesación (consistentes en órdenes provisionales o definitivas de dejar de realizar una determinada práctica o la prohibición de la misma), de medidas resarcitorias (obligando a los empresarios a proponer soluciones basadas en indemnizaciones, reparaciones, sustituciones, reducciones de precios, resoluciones de contratos o incluso el reembolso de precios ya pagados) o incluso de acuerdos de resarcimiento.

Entre las materias que recaen dentro del ámbito de la aplicación de la Directiva, podemos encontrar, recogidas en el Anexo I –a efectos meramente ejemplificativos–, los requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos

investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/3711/morocco---nigeria-bit-2016- (Consultado el 27/01/2022).

15 El TBI Modelo de India fue adoptado en 2016, e incluye cláusulas que se refieren en sentido amplio a ESG. Ver un comentario del contenido del tratado en: www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/08/India%E2%80%99s-Model-Bilateral-Investment-Treaty-2018.pdf (Consultado el 27/01/2022).

16 El TBI Modelo de Holanda (2019) comprende también cláusulas no tradicionales. El texto del tratado puede consultarse aquí: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download (Consultado el 27/01/2022).

relacionados con la energía; el etiquetado de los neumáticos en relación con la eficiencia en términos de consumo de carburantes; la etiqueta ecológica de la Unión Europea o la eficiencia energética.

A partir del denominado *Green Deal* y de los diferentes reglamentos adoptados, la Unión Europea está liderando el camino en el desarrollo de la legislación ESG. Esta nueva normativa obliga a las empresas a realizar un ejercicio de transparencia en aras de cumplir con los requisitos de información pública que son impuestos por la normativa comunitaria en materia ESG. Dichas obligaciones constituyen una muestra evidente de la fuerte implicación de las autoridades comunitarias que parecen haber centrado su enfoque en la evaluación de la sostenibilidad dentro de la Unión Europea¹⁷. En febrero de 2022, la Comisión Europea adoptó la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, para promover un comportamiento empresarial sostenible y responsable en las cadenas de suministro mundiales¹⁸.

IV. SOBRE LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL COMO MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS «ESG»

1. LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ESTÁNDAR RELATIVAS AL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

En cuanto a la viabilidad del arbitraje comercial para resolver las disputas en materias ESG, ya existen diferentes cláusulas estándar para someter las controversias a arbitraje comercial. Entre las cláusulas que usualmente se utilizan destacan las siguientes:

- La cláusula modelo de la *American Bar Association* en materia de derechos humanos de trabajadores involucrados en cadenas internacionales de suministro (2018 y 2021)¹⁹.
- Las cláusulas modelo propuestas por *Chancery Lane Project (Climate Contract Playbook)* que abarcan diferentes cuestiones: cambio climático y transición energética, entre otras²⁰.

17 En cuanto a la normativa sobre sostenibilidad de la Unión Europea, ver el Reglamento (UE) 2019/2088, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32019R2088 (consultado el 27/01/2022).

18 Comisión Europea, "Economía justa y sostenible: la Comisión establece normas para que las empresas respeten los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de suministro mundiales", disponible en: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145 (consultado el 11/03/2022).

19 *American Bar Association*, www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/ (consultado el 27/01/2022).

20 *Chancery Lane, Toolkit*, disponible en: chancerylaneproject.org/toolkit/ y *Climate clauses-*

- El Acuerdo de Bangladesh (“*Bangladesh Accord*”) que protege los derechos de los trabajadores en la industria textil²¹.
- La Cámara Internacional de Comercio ha creado una *Task Force* (“*ICC Task Force on the Arbitration of Climate Change Related Disputes*”), que ha elaborado una serie de cláusulas que se refieren específicamente a la lucha contra el cambio climático²².
- De manera similar, la Corte Permanente de Arbitraje ha publicado una serie de reglas opcionales para la resolución de controversias relativas al medio ambiente y los recursos naturales²³.
- Las Reglas de La Haya sobre Derechos Humanos y Empresas de 2019 (“*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*”) presentan otra vía alternativa para someter estas controversias a arbitraje²⁴.
- Por último, los contratos que regulan cuestiones en materia de energía, recursos naturales, infraestructuras y construcción tienden a incluir, de forma cada vez más recurrente, cláusulas ESG y optan por el arbitraje como mecanismo para la resolución de disputas.

2. RESPECTO DE LAS DISPUTAS QUE PUEDEN SURGIR DE LAS CLÁUSULAS «ESG»

Las controversias o disputas que pueden surgir derivadas del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las cláusulas incorporadas a los contratos pueden ser de diversas categorías, tal y como se explica a continuación (a efectos meramente ejemplificativos):

- Disputas derivadas de contratos específicos en materia de adaptación, mitigación o transición energética a los efectos de cumplir ciertos objetivos o compromisos relativos al cambio climático;

Contractual clauses you can incorporate into law firm precedents and commercial agreements across the world, disponible en: chancerylaneproject.org/climate-clauses/ (Consultado el 27/01/2022).

- 21 *Workers Rights Consortium, Bangladesh Accord*, disponible en: www.workersrights.org/our-work/bangladesh-accord/ (consultado el 27/01/2022).
- 22 *ICC Arbitration and ADR Commission Report on Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, disponible en: iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/ (consultado el 27/01/2022).
- 23 *PCA's Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources*, disponible en: docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf (Consultado el 27/01/2022).
- 24 *Centre for International Legal Cooperation, The Hague Rules on Business and Human*, disponible en: www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/ (consultado el 27/01/2022).

- Disputas derivadas de incumplimiento o cumplimientos defectuosos en materia contractual derivados de los cambios operados en la normativa local o del impacto de los cambios ambientales.

Corresponde aclarar que, aun en supuestos en los que no existe una cláusula arbitral habilitante, de surgir alguna de estas controversias, las partes pueden someterlas a arbitraje *a posteriori*.

3. LAS VENTAJAS INHERENTES AL ARBITRAJE COMERCIAL (Y LA NECESIDAD DE ADAPTAR CIERTOS ESTÁNDARES)

Las características inherentes al arbitraje comercial como son su rapidez, eficiencia, flexibilidad y el nombramiento de árbitros especializados en materias muy particulares se presentan como claras ventajas frente a los litigios ante los tribunales nacionales. Pero tal vez, la mayor virtud de los arbitrajes comerciales frente a los tribunales de justicia se ponga de relieve en aquellas disputas en las que, previsiblemente, se espera una gran complejidad.

En muchas ocasiones, la justicia adolece de falta de medios materiales y humanos (personal de gestión y administración, equipos y programas informáticos, instalaciones anticuadas y deficientes...). También resulta muy significativa la falta de especialización de los jueces y su limitada disponibilidad temporal (deben resolver cientos de expedientes por lo que su capacidad para invertir tiempo en el estudio y análisis de una disputa muy compleja que exigiría muchas horas de estudio, así como la revisión de centenares de documentos –no siempre redactados en el idioma de trabajo de la judicatura y que pueden haberse elaborado atendiendo a culturas jurídicas diversas frente a aquella en la que el juez se ha formado y ejercido su labor–, es limitada). Estos elementos representan claros desincentivos a la hora de resolver disputas de esta naturaleza ante los tribunales de justicia, surgiendo como clara alternativa la posibilidad de acudir a arbitrajes comerciales.

Sin embargo, algunas virtudes tradicionales propias del arbitraje comercial como son la privacidad y confidencialidad, podrían resultar contraproducentes en materia de disputas ESG. En muchas ocasiones, los demandantes en dichos procedimientos querrán contar, como parte de su estrategia procesal (considerada esta en sentido amplio), con la fuerza inherente a la publicidad de las causas seguidas contra los presuntos infractores de las cláusulas ESG. Es decir, con el miedo de los demandados a verse sometidos al escarnio público y a los daños derivados de dicha publicidad, con los consiguientes costes reputacionales e incluso con el impacto directo en su cotización bursátil. Y es que la justicia *popular*, articulada a través de los medios de comunicación tradicionales pero, cada vez con más fuerza, a través de las redes sociales –como

pueden ser los famosos *trending topic*–, juega un papel fundamental a la hora de promover juicios públicos cuyas consecuencias negativas se producen con efectos inmediatos –y mucho antes de que la disputa se decida conforme a Derecho–. Incluso en el supuesto en que la acción ejercitada resulte finalmente desestimada, muy probablemente resultará cuasi imposible reparar los daños que ya fueron causados en su momento.

En todo caso, algunas experiencias previas (e incluso algunos reglamentos recientemente actualizados de ciertas cortes arbitrales), han tratado de soslayar dichos problemas otorgando una menor relevancia a los principios de privacidad y confidencialidad en favor de una mayor transparencia del arbitraje, buscando con ello un camino intermedio que permita dar una mayor publicidad a las acciones ejercitadas (y, además, facultando la intervención de terceros interesados) pero, a su vez, salvaguardando la identidad de las partes perjudicadas.

V. UNA MIRADA A LA PRÁCTICA ACTUAL EN MATERIA DE «ESG»

En la práctica del arbitraje comercial internacional, los casos en materia de ESG son incipientes. Como se ha indicado anteriormente, en el arbitraje de inversión existen casos que han dirimido controversias ESG. Por lo demás, las cláusulas ESG incorporadas a contratos internacionales han adquirido carta de ciudadanía al estar ya contempladas en los tratados de inversión.

Unos de los primeros arbitrajes que se suscitaron en el ámbito de las cláusulas ESG fueron los iniciado por dos sindicatos suizos (*UNI Global Union* e *IndustriALL Global Union*) frente a algunas multinacionales en el sector textil al amparo del Acuerdo de Bangladesh (*Bangladesh Accord*) que protege los derechos de los trabajadores en la industria textil y al que hemos hecho referencia con anterioridad.

Dichos arbitrajes, administrados por la Corte Permanente de Arbitraje, fueron objeto de transacción, que conllevó el pago de un importe aproximado de unos 2,3 millones de dólares, si bien los términos concretos del acuerdo alcanzado son confidenciales.

Es importante resaltar que, en el seno de dichos arbitrajes (a medio camino entre los arbitrajes de inversión y los arbitrajes comerciales), el tribunal arbitral ponderó la aplicación del principio de confidencialidad y acordó que, aunque la identidad de las demandadas y los detalles relativos a la tramitación de los procedimientos arbitrales seguirían siendo confidenciales, ciertos documentos sí verían la luz para que pudiesen ser conocidos por el público en general (si bien adoptando ciertas medidas

tendientes a proteger su confidencialidad, como la redacción de una versión en la que se habían suprimido ciertos pasajes que contenían datos confidenciales).

VI. ¿QUÉ NOS DEPARARÁ EL FUTURO EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL Y CLÁUSULAS «ESG»?

(i) Una de las tendencias que se adivinan en el campo de las cláusulas ESG es que los arbitrajes comerciales que comprendan la aplicación de dichas cláusulas tenderán a configurarse como unos modelos híbridos, a medio camino entre los arbitrajes comerciales tradicionales y los arbitrajes de inversión frente a Estados.

En este sentido, en una suerte de proceso de *cross-fertilization*, de los arbitrajes de inversión se adoptarán ciertas prácticas y usos que, con el tiempo, se irán generalizando para los arbitrajes comerciales, como pueden ser dar una mayor publicidad a los laudos dictados en pro de la transparencia y facilitar la intervención de sujetos que, originariamente, no eran parte signataria del convenio arbitral.

(ii) En un mundo tendente hacia la generalización y extensión de las acciones colectivas, es previsible que asistamos cada vez con mayor frecuencia a la regulación o consolidación del arbitraje como mecanismo para la resolución de disputas en materia de cláusulas ESG y acciones colectivas.

(iii) Las especialidades inherentes a la tramitación de los arbitrajes comerciales derivados de las cláusulas ESG requerirán un mayor grado de especialización para quienes hayan de intervenir en ellos: desde los árbitros hasta los abogados, peritos, representantes y las propias cortes arbitrales.

(iv) La especial complejidad de las cláusulas ESG, unida al hecho de que abarquen campos y materias que exceden de la organización tradicional por áreas de los despachos de abogados, exigirá la creación de equipos multidisciplinares, que deberán contar con el soporte de profesionales externos con conocimientos técnicos y científicos que vengan a complementar sus conocimientos jurídicos.

En este mismo sentido, será necesario ponderar con cuidado el perfil de los árbitros que compondrán un tribunal arbitral (pues deberán contar con expertos especializados en diferentes disciplinas), y con la asistencia de expertos, peritos y asesores que deberán dar una continua labor de apoyo, no solo circunscrita a la presentación de sus respectivos informes y a su declaración durante las vistas, sino que pudiera extenderse a aspectos tales como:

- la asistencia y soporte a los árbitros durante las vistas para que estos puedan valorar a cabalidad las declaraciones de testigos y especialmente de los peritos, y tengan la oportunidad de solicitar aclaraciones adicionales a los intervinientes si estas abarcan cuestiones que exijan un enfoque ya no legal, sino científico o técnico;
- la fase de deliberación de los laudos, el examen y escrutinio previo de los laudos por la propia corte a los efectos de poder llamar la atención de los árbitros sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia.

(v) El nacimiento de iniciativas cuya finalidad será la de garantizar que todo aquel que participe en un procedimiento arbitral de este tipo esté plenamente comprometido con el cumplimiento de las mejores prácticas ESG en su respectivo ámbito de actuación (en este sentido, los protocolos comprendidos en la campaña por arbitrajes más verdes –*Campaign for Greener Arbitrations*, 2019–²⁵ han resultado ser precursores y han marcado el camino que podría seguirse en el futuro en otros campos). Dada la relevancia que las partes signatarias de un contrato otorgan a las cláusulas ESG, resultaría manifiestamente contradictorio que, por ejemplo, las cortes de arbitraje obviasen el cumplimiento y respeto de los principios ESG.

(vi) Para concluir, la proliferación de cláusulas ESG, sumada a los factores que hemos analizado, permite prever el surgimiento de un área del arbitraje comercial con una especialización determinada para poder gestionar eficazmente los procedimientos, respondiendo adecuadamente a las expectativas de las partes y, a la vez, asegurando el cumplimiento de los estándares y normativas en sectores clave como son el medioambiental, derechos sociales y la lucha contra la corrupción.

25 Protocolos para Arbitrajes «Verdes», disponibles en: www.greenerarbitrations.com/ (consultado el 27/01/2022).