

El arbitraje ambiental como mecanismo alternativo para la reparación integral del daño puro

ENVIRONMENTAL ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE
MECHANISM FOR THE FULL REPARATION OF PURE DAMAGES

*María Emilia Limongi Izaguirre**
*Paulina Andrea Mora Ramón***

Recibido/ Received: 06/11/23

Aceptado/ Accepted: 17/12/23

SUMARIO: 1. Introducción 2. La existencia de responsabilidad civil en material ambiental. 2.1. El daño ambiental y su acción civil 2.2. La participación de actores privados para alcanzar la reparación integral de la naturaleza. 3. El convenio arbitral y la reparación del daño ambiental puro. 4. El arbitraje como un método adecuado para la reparación integral. 4.1. Los beneficios del arbitraje ambiental. 4.1.1 Lista de posibles árbitros expertos. 4.1.2. Procesos y resultados más expeditos. 4.1.3. La posibilidad de que el tribunal solicite un resumen de asuntos técnicos o científicos a las partes. 4.2. Aplicación efectiva del principio de reparación integral 4.3. Facultades arbitrales: medidas cautelares urgentes ante la existencia daños graves 5. La participación de la autoridad ambiental competente en el arbitraje para la aprobación de las medidas de reparación integral 6. Conclusiones y recomendaciones.

RESUMEN: Ecuador, actualmente, posee un marco regulatorio que involucra temas novedosos en lo que respecta a mecanismos de reparación integral por la consecución de un daño ambiental. Con la instauración de la responsabilidad civil en materia ambiental, la posibilidad de judicializar asuntos de remediación y restauración, y el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo de justicia ambiental, resulta interesante analizar la figura del Arbitraje Ambiental para la

* Abogada Asociada en CORONEL Y PÉREZ, Abogada por la Universidad de Especialidades “Espíritu Santo”. Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Especialidades “Espíritu Santo”. Correo electrónico: elimongi@coronelyperez.com

** Abogada en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Abogados. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: pmora@rodriguezlaw.ec

búsqueda de una eficaz reparación integral, teniendo en consideración todos los beneficios que existen en esta jurisdicción que pueden ser aprovechados para el cumplimiento de los fines del derecho ambiental.

PALABRAS CLAVE: arbitraje ambiental, reparación integral, responsabilidad civil ambiental, daño puro.

ABSTRACT: Ecuador currently has a regulatory framework that involves innovative issues regarding comprehensive remedies for environmental damage. With the institution of civil liability in environmental matters, the possibility of litigating remediation and restoration issues, and the recognition of arbitration as a mechanism for environmental justice, it is interesting to analyze the concept of Environmental Arbitration to seek effective comprehensive remedies, considering all the benefits available in this jurisdiction that can be leveraged to fulfill the goals of environmental law.

KEYWORDS: Environmental Arbitration, Full Reparation, Environmental Liability, Pure Environmental Damage.

1. INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país que, en la última década, ha buscado fortalecer los mecanismos de control y preservación de los ecosistemas a través de sus políticas al punto de desarrollar distintas acciones en materia de derecho público, como son las acciones penales y administrativas, y en materia constitucional para una efectiva reparación integral. Estos métodos incluso se han extendido desde el ámbito público al privado con la existencia de acciones civiles en materia ambiental, que actualmente puede ser vista desde dos aspectos. El primero de ellos vinculado directamente al interés individual del sujeto afectado por la consumación del daño; y, el segundo, como otra alternativa para conseguir la reparación o remediación del entorno. Tomando en consideración esa evolución, vinculándola a la constante búsqueda de opciones superpuestas más efectivas, resultaría oportuno extenderla aún más hacia los métodos alternativos de resolución de controversias; no solo en búsqueda de la reparación del daño individual, sino como medio de cumplimiento de objetivos ambientales. El arbitraje en materia ambiental, principalmente en el ámbito internacional, no es un concepto hoy en día desconocido, puesto que existen varios procesos e incluso laudos en los que se ha resuelto determinar la existencia de un daño ambiental, identificando al sujeto responsable y estableciendo los medios de reparación, todo esto a la sana crítica de los árbitros.

Por todo lo expuesto, resulta relevante analizar la posibilidad de aplicación del arbitraje para la búsqueda efectiva de la reparación del daño ambiental puro en Ecuador, sus beneficios y su preferencia frente a las otras alternativas.

2. LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA AMBIENTAL

Partiendo de la constante preocupación por el cuidado medioambiental, no resulta extraño que en la última década la existencia de responsabilidad civil en la materia cobre cada día más importancia, e incluso, que sea vista como un medio directo de reparación ambiental, en donde el primer beneficiario sea el ecosistema afectado y no la persona que ha sufrido una afectación en su patrimonio o una turbación a sus derechos por el daño del mencionado ecosistema.

En efecto, el Estado, en sus diferentes niveles, es y será (al menos por ahora) el primer llamado a garantizar la efectiva reparación integral a través de regulaciones vinculadas a medios de prevención y precaución, o a través sus mecanismos de coerción direccionados a sancionar el cometimiento de faltas que ocasionen un daño al ambiente¹.

1 En asuntos vinculados a sectores estratégicos, como por ejemplo recursos naturales no renovables, telecomunicaciones, energías, entre otros, la Constitución del Ecuador establece como primer responsable de precautelar el cumplimiento de los principios de sostenibilidad ambiental, precaución y prevención al Estado, esto vinculado al hecho de que su provisión y control exclusivo recae en él a través de sus Empresas Públicas. Sin perjuicio de ello, la Constitución faculta al Estado la delegación de la participación en sectores estratégicos a la iniciativa privada (Artículos 313, 314, 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, RO 449 20/10/2008). En materia ambiental, la responsabilidad recaerá sobre el actor que esté ejecutando la actividad, sea parte del sector público, o por delegación se esté ejecutando por el sector privado. Existen condiciones específicas vinculadas a la responsabilidad ambiental en sectores estratégicos que complementa a las disposiciones de la normativa ambiental. Por ejemplo, en el caso de telecomunicaciones, para el espectro radioeléctrico, por ser un recurso natural limitado, le son aplicables de manera directa los principios ambientales de prevención, precaución y desarrollo sostenible (Artículo 88, Ley Orgánica de Telecomunicaciones RO Suplemento 439 18/02/2015). Por su parte, en cuanto a la generación de energía, cuando exista la imposición de una sanción de carácter ambiental, la autoridad ambiental tiene la obligación de notificar al Ministerio de Energías y Recursos Naturales No Renovables y a la Agencia de Regulación y Control de Energías y Recursos Naturales No Renovables, con la finalidad de que opere la caducidad de la autorización de operación por el cometimiento de una infracción ambiental (Artículo no numerado a continuación del artículo 34 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica RO Suplemento 418 16/01/2015). En el sector minero, por su parte, se establece en todas las fases de la actividad minera, lleva la obligación de reparación y remediación (Artículo 27, Ley de Minería RO Suplemento 517 29/01/2009). Como se puede observar, en asuntos vinculados a sectores estratégicos, se determinan criterios especiales, en ocasiones más rigurosos, vinculados al nivel de impacto o de protección especial que se requiere sobre el recurso natural o sobre obligación de una correcta e ininterrumpida prestación del servicio. La aplicabilidad de la justicia ambiental a través de arbitraje en asuntos vinculados a sectores estratégicos debe ser analizada a mayor profundidad por cuanto, existe una protección especial de índole estatal para mencionadas actividades.

Sin embargo, teniendo en cuenta la institucionalidad de la responsabilidad civil ambiental, vale la pena plantearnos las siguientes preguntas: ¿es posible que esta garantía pueda ser obtenida por medios privados que no involucren, al menos en un rol protagónico, a las instituciones públicas? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, la siguiente gran incógnita estaría emparentada a la efectividad de la vía para conseguir una adecuada reparación integral. Por último, para que dicha vía sea eficiente, se debe despertar el interés del legitimado activo en una acción ambiental privada de modo que no se reduzca en una mera regulación sin aplicación práctica. Considerando esta premisa, también cobra interés plantearnos la siguiente pregunta: ¿por qué un sujeto estaría dispuesto a iniciar una acción de responsabilidad civil ambiental cuyo beneficiario principal será la naturaleza?

Las cuestiones plasmadas en las líneas anteriores, así como la posibilidad de desjudicializar el derecho civil ambiental, convirtiéndolo enteramente en una acción privada para atender una cuestión de interés público a través de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como es el arbitraje, se analizarán a lo largo de este artículo.

2.1. EL DAÑO AMBIENTAL Y SU ACCIÓN CIVIL

Daño ambiental y responsabilidad civil, parecerían conceptos aislados. Nos atrevemos a pensar que, de hecho, por mucho tiempo fueron desarrollados de esa manera. Su vinculación viene, a nuestro criterio, a raíz de dos vertientes: (i) la primera de ellas, atendiendo al deber del Estado de buscar mecanismos especiales y eficaces de remediación y restauración, impulsados a través de políticas procedimentales; y, (ii) la segunda vinculada a la tendencia moderna de protección ambiental arraigada a los actores privados; en principio, en atención a sus intereses personales, extendiéndose con el desarrollo de la conciencia ambiental a la protección de los recursos naturales. Esta segunda vertiente, además, se ha convertido en una especie de plataforma de imagen para las empresas, que va en armonía con las nuevas generaciones y con el desarrollo innato del pensamiento conversador y de los principios de conservación. Con esta acotación, se podría decir que la rama denominada *responsabilidad civil ambiental* es parte del derecho moderno, parte de la evolución de una materia que es cambiante, y que, sentadas las bases, se transforma en atención a las necesidades de cada época. Bajo este criterio, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil en materia ambiental ya ha sido reconocida por la legislación nacional, específicamente en el Código Orgánico del Ambiente (CODA), y

que esta puede ser interpuesta y conocida por un juez de lo civil, no sería una aberración jurídica institucionalizar la rama del *arbitraje ambiental*.

Previo a hablar de arbitraje ambiental como vía procedimental para atender temas de responsabilidad civil ambiental, primero debemos analizar qué se entiende dentro de esta segunda figura. Para ello, resulta indispensable definir tres cuestiones: (i) qué es daño ambiental; (ii) qué se enmarca en la responsabilidad civil; y, (iii) en qué momento ambos conceptos se encuentran.

Por daño ambiental, se entiende a aquel que “impacta directamente a la entidad ambiente, y está constituido por cualquier tipo de degradación física, química o biológica relevante que lo afecte negativamente”².

Doctrinalmente, el daño ambiental ha sido analizado desde dos perspectivas: por un lado, está el denominado daño puro que “se presenta cuando el mismo tiene efecto sobre el medio natural o bienes ambientalmente comunes”³, el cual, a modo ilustrativo, sería cuando una descarga de agua residual contamina un cuerpo hídrico receptor; y, por otro lado, el denominado daño ambiental consecutivo, siendo este el que “afecta a un bien ambiental respecto de una persona particular, y por ende el patrimonio de esta”⁴, cuyo caso sería cuando de ese cuerpo hídrico receptor se capta agua para el riego de un cultivo y, a causa de la contaminación por la descarga de agua residual, dicho cultivo se afecta.

A título normativo, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), recoge la distinción anteriormente mencionada en procesos independientes: (i) el inicio de acciones por daño ambiental y (ii) el inicio de acciones por daños producidos en el patrimonio de las personas como consecuencia de un daño ambiental. Al respecto, la normativa establece lo siguiente: “Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de éste se ejercerán de forma separada e independiente”⁵. En concordancia, el CODA, en lo que respecta a la búsqueda de la reparación del daño puro, establece que “las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación”⁶.

2 G. GAPEL y H. RUIZ, “Reinterpretando la responsabilidad ambiental por daños a las personas derivados de actividades riesgosas: el caso de los contratos agroindustriales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen 30 No. 2, 2017.

3 H. PENAGOS, “La liquidación del perjuicio ambiental”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.

4 H. PENAGOS, N. 2.

5 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 38, RO Sup No. 506, 22/05/2015 .

6 Código Orgánico del Ambiente, Artículo 302, RO Sup No. 983, 12/04/2017.

Teniendo en consideración las dos formas en las que se presenta el daño ambiental, es fácil discernir como el denominado daño consecutivo termina de alguna manera encajando dentro de una acción civil de daños y perjuicios común que tiene como antecedente del hecho precursor un pasivo ambiental. Sin embargo, parte del desafío de este trabajo es vincular a la responsabilidad civil con el daño ambiental puro. Para ello, resulta importante recoger, como punto de partida, el concepto de responsabilidad civil:

La responsabilidad civil supone una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecución jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo, se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos, en una obligación de reparación⁷.

De este concepto general, podemos extraer los siguientes elementos que claramente confluyen en la responsabilidad civil para la reparación del daño ambiental puro: (i) relación entre dos sujetos; (ii) la existencia de un daño causado por uno de los sujetos; y, (iii) la obligación del autor de reparar el perjuicio ocasionado. Sin embargo, existe un elemento adicional cuya vinculación podría entrar en tela de duda si no se examina el tema con precisión. Este elemento viene a ser el sujeto que sufre el daño. Si estuviésemos hablando del daño ambiental consecutivo, este análisis no sería necesario. No obstante, tratándose de daño ambiental puro, considerando que la naturaleza en Ecuador es sujeto de derechos y sujeto procesal, quien sufre el daño teóricamente sería la naturaleza. Sin embargo, el daño sufrido por la naturaleza (como sujeto de derechos) es un daño extendido a la comunidad, y su restauración, sería un beneficio para la población en general.

Teniendo en cuenta lo antes dicho, quien sufre el daño, también sería el legitimado activo de interponer la acción de responsabilidad civil, sin perjuicio que no esté buscando una reparación directa a su patrimonio, sino una reparación extrapatrimonial. Dicho de otro modo, “un daño ambiental no es de rigor un daño al medio ambiente, sino un daño a las personas,

7 C. LORDUY, “Herramientas o instrumentos constitucionales y legales para la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.

modelizado porque se trata de un perjuicio que se causa a través o con ocasión del deterioro del entorno ambiental en el que desarrollan su existencia”⁸.

Una particularidad de la responsabilidad civil ambiental, así como de la responsabilidad ambiental en general, es que es objetiva, a saber:

La teoría de la responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba se sitúa en la obligación de reparar aun cuando no ha habido culpa y ello es debido a que quien crea los riesgos para su propio provecho debe también sufrir sus consecuencias perjudiciales⁹.

De alguna manera, lo que busca la responsabilidad civil ambiental es que el propósito principal sea la reparación integral, indistintamente de la presencia de culpa, es decir, lo importante es la existencia de la afectación, la vinculación de dicha afectación a una actividad y al ejecutor de dicha actividad. En Ecuador, tanto la Constitución de la República, como el CODA, reconocen que la responsabilidad en materia ambiental es objetiva¹⁰.

Teniendo en consideración lo expuesto en los párrafos precedentes, no cabe duda de la existencia, e incluso del reconocimiento expreso de la existencia de responsabilidad civil para la reparación del daño ambiental puro. De hecho, en asuntos relacionados con los contaminantes orgánicos, sustancias químicas y gestión de residuos, el CODA reconoce, incluso, la existencia de responsabilidad civil extracontractual¹¹, sin limitarse a estos asuntos, ya que la propia normativa de manera general reconoce la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad civil por daño ambiental, ante la existencia de un perjuicio, para buscar su reparación integral. Este reconocimiento deja la puerta abierta de que, los temas de responsabilidad civil ambiental incluso puedan derivar de la existencia de una obligación contractual, en donde prime la voluntad de las partes, y se pacten compromisos de restauración ante la existencia de una afectación vinculada a la ejecución de un contrato. En este sentido la fuente de la obligación de restauración sería contractual.

8 H. CORRAL TALCIANI, “Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 23, 1996.

9 A. PARRA *et al.*, “Derecho procesal ambiental: paradigma entre el daño y el delito ambiental”, *Leyer Editores*, 1era. ed, 2019.

10 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 396; Código Orgánico del Ambiente, Artículo 11.

11 Código Orgánico del Ambiente, Artículos 222, 223, 227 y 242.

2.2. LA PARTICIPACIÓN DE ACTORES PRIVADOS PARA ALCANZAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA NATURALEZA

Una vez analizada la posibilidad de que un particular tenga la potestad de perseguir la remediación y restauración de un ecosistema afectado a través de una acción civil de responsabilidad ambiental, resulta interesante conocer si esta posición realmente sería un mecanismo útil —sin desmerecer su eficacia— ante una afectación a los recursos naturales. Dicho de otra manera, lo que se pretende identificar es si actualmente existe motivación suficiente para que un particular active esta vía con la finalidad de perseguir la reparación del daño ambiental puro. Y, yéndonos un poco más allá, teniendo en consideración que el arbitraje es un proceso privado de solución de controversias que supone destinar recursos económicos para su inicio y sustanciación, resulta oportuno preguntarnos, si habría estímulo suficiente para que los actores privados se interesen en llevar la acción civil desde la esfera judicial, que es pública y gratuita, a la arbitral.

Para contestar esta pregunta, primero debemos hacer notar, que, a pesar de que la naturaleza por sí misma tenga la calidad de sujeto de derechos y de sujeto procesal, esto no obsta el hecho de que los particulares, también ostenten esas calidades, y como consecuencia tengan derechos sobre los recursos naturales, que los habilita a aprovecharlos en el desarrollo de sus actividades individuales y económicas.

Considerando lo expuesto, lo habitual sería ver la participación de la empresa, del lado del sujeto precursor del daño, más no como el sujeto llamado en buscar una remediación. De hecho, es bastante conocido que los impactos significativos al medio ambiente son imputados “al desarrollo de cadenas de producción y de explotación de bienes que son llevadas a cabo por unidades tecnológicamente concatenadas o extensos complejos empresariales”¹². Esto no quiere decir que en Ecuador no se presenten acciones de esta índole en contra de personas naturales, pero no es común que se califique una afectación ambiental por el desarrollo de actividades individuales y domésticas. Sin embargo, la intención de esta investigación es introducir a la empresa desde un eje contrario al contaminador. La idea es que los complejos empresariales, en lugar de causar el daño, sean los llamados a buscar una eficiente reparación integral por medio de las vías del derecho privado cuando estén en posibilidades de hacerlo.

Este planteamiento no viene acompañado de una obligación legal, por cuanto, como se expuso, es el Estado el primer responsable de perseguir y sancionar

12 H. CORRAL TALCIANI, N. 6.

el daño ambiental y conseguir una adecuada reparación integral. No obstante, cada día se vuelve más común que las empresas desarrollen mecanismo de responsabilidad ambiental sin exigencia normativa y que incluso destinen recursos para la gestión ambiental.

Un ejemplo claro es el arraigado interés empresarial en la adaptación de la gestión ambiental a la certificación ISO 14001 creada por la *International Organization for Standardization*, a través de la cual se busca el cumplimiento de objetivos como “considerar todo el ciclo de vida de las materias primas y de esa manera la empresa logra mitigar posibles cargas ambientales no deseables”¹³ o “implementar una política ambiental dentro de la empresa”¹⁴. Según los registros del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) del Ecuador, en el año 2020, 257 empresas obtuvieron la certificación ISO 14001-2015, además el INEC identificó el destino de 156,2 millones de dólares para actividades de protección ambiental, incluidas la capacitación y educación, así como la obtención de certificaciones como ISO 14001-2015 y Punto Verde¹⁵. A pesar de ser honoríficos los beneficios de estas certificaciones, su obtención ha cobrado tal importancia que las empresas incluso destinan fondos para su consecución.

Por otro lado, otros aspectos relevantes que han cobrado importancia en los últimos tiempos es el cumplimiento del *Reporting ESG* (Environmental, Social y Governance), que consiste en la elaboración de informes de sostenibilidad para asistir a las organizaciones en la identificación de prioridades para lograr metas relacionadas al impacto ambiental y social, destacando tanto los efectos positivos como los negativos en el medio ambiente, la sociedad y la economía. Es decir, una vez que una empresa reconoce su responsabilidad hacia su entorno y sus partes interesadas, y se compromete a la transparencia con ellas, comienza a recopilar datos para exponer sus impactos a través de informes de sostenibilidad. Además, por medio del ESG se establecen estrategias para mitigar los impactos negativos, siendo el cumplimiento normativo y la mejora de la reputación los principales impulsores en esta fase¹⁶.

13 M. ARAQUE ARELLANO, *Gestión Ambiental de la empresa mediante la Norma ISO 14001-2015*.

14 M. ARAQUE ARELLANO, N. 8.

15 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, *Módulo de Información Económica Ambiental de las Empresas*, https://ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/EncuestasAmbientales/EMPRESAS/Empresas%1F_2020/PRES_MOD_AMB_EMP_2020_Vf.pdf (31/10/2023)

16 I. ALARCÓN, *Estándares de Reporting ESG ¿En qué consisten y cuál debería elegir?* <https://esgeo.eu/es/estandares-de-reporting-esg-en-que-consisten-y-cual-deberia-elegir/> (08/12/2023)

En lo que respecta, específicamente al inicio de un arbitraje ambiental, el interés podría encuadrarse en la utilidad, beneficio o rol protagónico que cumple el ambiente en ciertos sectores económicos. El ejemplo más palpable de esto es el sector agrícola, en donde la conservación del ambiente tiene incidencia directa para el desarrollo correcto de un cultivo y su producción. Esto, sin lugar a duda, despertaría la intención de invertir en la búsqueda de la reparación integral del medio cuando ha sufrido algún daño, sin perjuicio de que ese daño no haya afectado de manera directa a su patrimonio; y esta reparación podría conseguirse por medio del arbitraje.

Otro ejemplo en que la reparación del daño puro podría cobrar interés en el arbitraje ambiental, tomando como referencia el principio de prevención, es la existencia de responsabilidad extendida en sustancias químicas peligrosas. El CODA establece para el importador o para el productor, o quien esté a cargo de la primera puesta en marcha de productos calificados como sustancias químicas peligrosas, un grado de responsabilidad sobre los impactos ambientales que se generen durante toda la vida útil del producto¹⁷. La institucionalización de este mecanismo de solución de conflictos podría ser visto como una alternativa de dicho importador o productor, frente al distribuidor o comercialización por la generación de impactos negativos en sus actividades, así como un mecanismo de defensa frente a la autoridad ambiental ante la imputación de algún tipo de responsabilidad.

Es decir, tanto por factores de riesgo, de responsabilidad legal en algunos sectores, de necesidad en otros sectores, de buena imagen y de cumplimiento de políticas internas, el impulso de una alternativa efectiva para la correcta reparación integral de un ecosistema, como el arbitraje ambiental, pasa de ser una idea innovadora a una cuestión necesaria, direccionada a cubrir el déficit que los métodos comunes dejan en materia de remediación y de restauración.

3. EL CONVENIO ARBITRAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL PURO

Considerando lo expuesto en los párrafos anteriores, corresponde ahora el estudio del arbitraje en materia ambiental, específicamente como una vía de reparación integral del daño puro; analizar su factibilidad, su alcance y sobre todo su efectividad.

17 Código Orgánico del Ambiente, Artículo 217.

A pesar de que no ha sido una vía procedimental desarrollada en la norma especial en materia de métodos alternos de resolución de controversias ni en materia ambiental, se han sentado ciertos preceptos que nos permiten introducir al arbitraje como un medio encaminado a cumplir parte medular de los objetivos del derecho ambiental. En primer lugar, el CODA, junto con su Reglamento, en concordancia con el COGEP, contemplan la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad civil ambiental; y, en segundo lugar, el CODA contempla el principio de *reparación integral* en conjunto con el principio *quien contamina, paga*, como base de los objetivos de protección ambiental.

Aunque la legislación especial no había regulado previamente la introducción del arbitraje ambiental, este concepto tuvo inicio en Ecuador en el año 2020 con la ratificación del Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, de las Naciones Unidas (“Acuerdo de Escazú”), en donde uno de sus pilares es el acceso a la justicia ambiental. Este acuerdo obliga a los Estados a implementar de manera plena y efectiva el derecho al acceso a la justicia ambiental. Dicha obligación incluye: (i) contar con legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente; (ii) eliminar barreras en el ejercicio del derecho; (iii) impulsar mecanismos de reparación, incluyendo restitución al estado previo al daño, restauración y compensación; y, (iv) promover mecanismos alternativos de resolución de controversias que permitan el acceso a la justicia ambiental¹⁸.

Siguiendo las disposiciones del Acuerdo de Escazú, es claro que el arbitraje puede ser visto como uno de los medios de acceso a la justicia ambiental. Sin embargo, no existe más regulación específica que determine como someter una controversia derivada de un daño ambiental puro a arbitraje. Aunque tener una normativa específica facilitaría su aplicabilidad, como por ejemplo en Perú, que incluso “ha establecido un numerus clausus respecto de cuáles son los supuestos que podría ser materia arbitrable”¹⁹, su insuficiencia no prohíbe la ejecución de esta figura, pues de la normativa general se puede extraer la viabilidad del procedimiento arbitral en asuntos ambientales de daño puro.

Lo importante sería definir los siguientes aspectos: (i) la legitimación activa; (ii) que la controversia verse sobre materia transigible; y, (iii) la forma de

18 Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, Artículo 8(3)(c)(g), (4)(a), (7), RO No.67 20/05/2020.

19 R. VIDAL, “El Arbitraje Ambiental y sus Implicancias”, *Advocatus*, No. 28, 2013.

someter la controversia a arbitraje. Con respecto a la legitimación pasiva, esta se encuentra directamente vinculada a quien causó el daño; por lo que con la referida consideración y con el hecho de que en materia ambiental la responsabilidad civil es objetiva, por lo que la existencia de la culpa pierde importancia, no habría mayor complejidad en su determinación, bastando que se acredite la existencia del daño vinculado a la actividad del sujeto pasivo.

Ahora bien, en relación con el primer y tercer aspecto, y considerando el rol que juega la voluntad de las partes para el sometimiento de una controversia a arbitraje, no resultaría ilógico, que dos partes involucradas en determinada actividad se impongan obligaciones de índole ambiental a través de la suscripción de un contrato, y que, ante el incumplimiento de ellas, y la consumación de un daño, sometan la controversia a arbitraje.

Es una forma de aterrizar la idea de buscar una alternativa para satisfacer la protección de la naturaleza vinculada al derecho de daños, de alguna manera, similar a la figura de daño punitivo ecológico, que le otorga al juez la posibilidad de actuar frente a la identificación de un impacto relevante ordenando una indemnización incluso mayor a la solicitada²⁰. En la idea plasmada, las partes les otorgarían a los árbitros la potestad de ordenar dicha reparación.

Un punto importante es cuando mencionado incumplimiento causa un daño sobre la naturaleza y no sobre el patrimonio de quien suscribe el contrato y, por ende, a quien suscribió el convenio arbitral. Nuevamente, teniendo en consideración la voluntad de las partes, nada impediría que se establezcan obligaciones de remediación y restauración de la naturaleza sin que exista una afectación al patrimonio de quien la demanda. Para que exista responsabilidad contractual, según la doctrina, se debe cumplir con tres elementos: “que haya un contrato válido; que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato; y, finalmente, que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual”²¹. Viendo el tema de manera general, todos los elementos se cumplen.

Pero resulta interesante detenerse a analizar la existencia del daño, y más a fondo, quien recibe el perjuicio de ese daño. Sobre este particular, existen distintos criterios jurídicos y doctrinales. Sin embargo, la posición más cercana a nuestra teoría es la confluencia de la afectación al recurso natural y la

20 H. PENAGOS, N. 2.

21 J. TAMAYO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo No. 1, Ed. Legis, 2007.

repercusión de esta afectación en los intereses particulares, no necesariamente vinculado a su patrimonio, pero sí al aprovechamiento del recurso afectado. Es así como el daño ambiental:

Es una noción ambivalente, pues designa no solo el daño que recae en el ambiente como cosa común a toda una comunidad, sino también hace referencia al menoscabo que la lesión al medioambiente provoca, de rebote, respecto de los intereses legítimos de una persona determinada²².

Bajo este precepto, queda más que justificada la legitimación activa en el arbitraje, puesto que, pese a que se busca una reparación integral para el entorno, esta reparación tendrá un grado de influencia en sus actividades y en su derecho de aprovechar los recursos naturales.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) establece que el sistema arbitral constituye un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, al cual las partes pueden someterse de común acuerdo, abordando las controversias susceptibles de transacción. En este contexto, una condición fundamental para la validez de un acuerdo arbitral es que la materia en disputa sea objeto de arbitraje, lo que se conoce como *arbitrabilidad objetiva*.

En este marco, es prioritario resaltar que algunas disputas que anteriormente se creía que no podían someterse a arbitraje, debido a la naturaleza de la materia en cuestión, ahora son consideradas arbitrables. Esto se debe a que:

No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas al arbitraje. La arbitrabilidad tiene un espacio-temporalidad. Los temas arbitrables varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, áreas que históricamente se consideraban no arbitrables se han ido abriendo al arbitraje en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo²³.

Asimismo, si bien es cierto, que no toda materia es arbitrable, esta necesariamente:

Debe reputarse excepcional y ser interpretada restrictivamente, aplicándose sólo cuando se advierta que existe una definida

22 G. GAPEL Y H. RUIZ, N. 1.

23 F. GONZALEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 2008.

política fundada en razones de tipo constitucional o legal destinada a prohibir el arbitraje para resolver determinadas cuestiones²⁴.

A modo de ejemplo, en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos se consideró que las reclamaciones sobre “daños punitivos” se encuentran inmersos dentro de la jurisdicción arbitral, a pesar de que alguna norma estatal excluya estas cuestiones²⁵.

En este sentido, se ha señalado que el asunto ambiental “es sumamente propicio al sistema arbitral”²⁶, toda vez que el punto de encuentro entre “el desarrollo económico y la protección del medio natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje”²⁷. Es así que, desde el punto de vista desde su funcionalidad u operatividad concreta, el arbitraje ambiental:

Parte de la suscripción por las partes de un contrato de compromiso o bien de la aplicación de una cláusula compromisoria preliminar por el que se deberá otorgar su consentimiento expreso a la fórmula arbitral atribuye al árbitro la cualidad de órgano neutral, el cual habrá de seguir un procedimiento guiado por el principio contradictorio y la igualdad en la defensa de las partes, aunque tratando de evitar dilaciones indebidas impropias de sistemas flexibles como éste²⁸.

Así las cosas, la materia que nos alude se puede transigir, a pesar de que quizá se creen dudas desde el deber público de protección a la naturaleza o de la obligación del Estado de precautelar su preservación, o del derecho público a gozar de ella. No obstante, esto no puede ser visto como un criterio absoluto, puesto que, desde el marco normativo, la responsabilidad sobre el daño ambiental, incluso desde el punto de vista del daño puro, ya se ha privatizado. El arbitraje en búsqueda de justicia ambiental ya se encuentra reconocido y la afectación al ambiente no siempre va a recaer únicamente en el interés público.

24 R. CAIVANO, *La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

25 US Supreme Court, 6/03/1995, *Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 US,52, sentencia sustraída de la obra R. CAIVANO N. 23.

26 R. MORENO, *El Arbitraje administrativo*, Madrid: McGrawHill, 1997.

27 F. JUNCEDA, *Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho “Primera Parte”*: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

28 Ídem.

Como punto adicional, “la particularidad de la transacción es que esta verse sobre intereses privados de quienes celebren el contrato sin afectar los derechos o intereses de terceros”²⁹. Tomando como referencia este concepto, mientras no se afecte el interés de terceros, no habría imposibilidad de arbitrar sobre temas de reparación integral, y teniendo en cuenta el fin que se busca, es lógico pensar que no solo no habrá un detrimento, sino que de alguna manera el interés particular causará un beneficio general.

Siendo así, teniendo como antecedente un contrato con obligaciones ambientales de reparación integral, y existiendo una cláusula compromisoria, el arbitraje como medio para conseguir la reparación de los daños ambientales no solo sería posible, sino que además sería una vía adicional para la restauración de los ecosistemas que conllevaría a que quien causó el daño se encargue de repararlo.

4. EL ARBITRAJE COMO UN MÉTODO ADECUADO PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, teniendo en consideración el principio *quien contamina, paga*, como base del sistema de responsabilidad civil por daños ambientales, por un lado, y por el otro, el *principio de la autonomía de la voluntad de las partes*, que les permite someter futuras controversias a arbitraje³⁰; la aplicación del arbitraje ambiental tendría incidencia directa en el cumplimiento de objetivos ambientales.

4.1. LOS BENEFICIOS DEL ARBITRAJE AMBIENTAL

El arbitraje en materia ambiental es un mecanismo que ha sido aplicable en foros internacionales para la protección del ecosistema. Este mecanismo de resolución no es algo novedoso desde la esfera internacional, toda vez que es de conocimiento público la aprobación de ciertos instrumentos internacionales para dirimir las controversias derivadas de un tratado bilateral de inversiones en materia ambiental entre los Estados, tal es el ejemplo del “Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente” (“Reglamento de la Haya”), cuya expedición se presentó como:

29 L. PARRAGUEZ y J. DARQUEA, “La arbitrabilidad del daño *moral*”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2016.

30 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, RO No. Suplemento 417, 14/12/2006.

Un instrumento destinado a cubrir una laguna existente en la resolución de disputas relativas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, al que podrían acudir Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, entidades privadas e incluso personas naturales³¹.

En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional, mediante el informe *Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR)* (CCI), ha mencionado que el Reglamento de la Haya ha sido aplicado en varios casos por actores estatales y privados, que incluye las siguientes reglas:

(i) las listas de la CPA de posibles árbitros especializados o peritos; (ii) la posibilidad de que el tribunal solicite resumen de las cuestiones técnicas o científicas de las partes; (iii) restricciones de confidencialidad a medida de la información; y (iv) posibles medidas cautelares para proteger el medio ambiente, incluyendo órdenes provisionales, cuando se considere necesario para “prevenir un daño grave al medio ambiente que se encuentre dentro del objeto de la controversia³²”.

Como se demuestra de la simple lectura de los preceptos antes citados, se puede colegir que el arbitraje en sí mismo ya viene acompañado con características particulares que, desde el punto de vista de la reparación de daños ambientales, son beneficiosos para la consecución de sus objetivos, por lo que la aplicación del arbitraje ambiental tendría incidencia directa en el cumplimiento de objetivos ambientales.

Por lo tanto, tomando como referencia estos reglamentos, Ecuador podría replicar el modelo para la aplicación del arbitraje ambiental local, extrayendo de él las ventajas que le acompañan para conseguir el efectivo acceso a la justicia ambiental. Dicho esto, de los beneficios más importantes que gozaría un arbitraje ambiental frente a un proceso de responsabilidad civil en justicia ordinaria o administrativa, podemos destacar los siguientes:

31 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, *Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR)*, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-spanish-version.pdf> (06/10/23).

32 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, No. 29, párrafo 5(4).

4.1.1. LISTA DE POSIBLES ÁRBITROS EXPERTOS

Dentro de los beneficios más significativos, podemos mencionar a la especialización de árbitros en la materia, ya que garantizan una mejor dirección de los temas técnicos en la controversia.

Actualmente, en las unidades judiciales existe “una clara tendencia a la especialidad judicial unida a las necesidades de resolver enorme número de litigios”³³. En nuestro sistema judicial no se cuenta con juzgados ambientales, lo que trae como resultado que exista un retraso en la sustanciación de los procesos judiciales, ya que el juez, al no tener conocimientos técnicos y cualificados, necesitaría, o bien capacitación sobre la materia o bien la intervención de un tercero experto que le asista. Otro problema que podría arrastrar la falta de especialidad del encargado de dirimir la controversia es que puede tener efectos negativos en el resultado, toda vez que, al no conocer sobre la materia, podría tomar decisiones erróneas que perjudicarían al ecosistema o que no conseguirían una adecuada reparación integral.

Además de los estándares y principios que deben cumplir los árbitros como el debido proceso, la independencia, la imparcialidad, se debe considerar que:

Los árbitros expertos se nombran por su capacidad de comprender mejor la información técnica que se les presenta, no para aplicar sus propios conocimientos para resolver la controversia, sin someter la propuesta de conocimientos a las partes para que hagan sus comentarios³⁴.

Así las cosas, la experticia es una de las razones por la cual las partes deciden someter una controversia a arbitraje, ya que al tener los árbitros la capacidad de una mejor comprensión de la información técnica se conduce a una toma de decisiones más fundamentadas y coherentes; por tanto, se obtienen resoluciones más justas y equitativas. La materia ambiental involucra una gran fracción de aspectos técnicos especiales, los que envuelven la necesidad de que las disputas relacionadas a temas de daños a los ecosistemas necesariamente sean conocidas por personas con el conocimiento y la experiencia en temas vinculados, con el fin de conseguir una adecuada reparación integral en caso de confirmarse la existencia del daño.

33 A. ALVARADO, *Sistema procesal Garantía de la libertad*, Primera Edición AC Ediciones, 2018.

34 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, N. 29, párr. 5(8).

Recordemos que la responsabilidad civil, en materia ambiental, es objetiva, por lo que el árbitro deberá solo identificar el daño ocasionado al ambiente y ordenar las medidas más eficientes para su reparación a quien lo cometió.

Otra alternativa vinculada a la experticia es la posibilidad de someter la controversia a un arbitraje en equidad, el cual consiste en “el más libre de los arbitrajes, en el que el árbitro, una vez conocidos los hechos, el árbitro busca en su fuero interno la solución que en su criterio resuelva de manera justa el caso”³⁵. Asimismo, el arbitraje en equidad faculta a los árbitros ha “emitir una decisión con prescindencia de las reglas de derecho [...] no significa en modo alguno que los árbitros, so pretexto de decidir con base en sus consideraciones personales, emitan un fallo abiertamente arbitrario”³⁶. En tal virtud, en un arbitraje en equidad, el árbitro sobre la base de los hechos y los conocimientos técnicos y no sobre la rigurosidad del texto jurídico —sin que se entienda que esto se aparte de los principios del debido proceso— puede resolver en beneficio de la reparación de los ecosistemas, priorizando el cuidado al ambiente, sobre la formalidad normativa.

4.1.2. PROCESOS Y RESULTADOS MÁS EXPEDITOS

En vista de la proliferación de causas judiciales y administrativas, lo extenso de sus procesos y las dilaciones propias de los sistemas públicos, la búsqueda de una reparación efectiva a los ecosistemas por estas vías puede no ser siempre la óptima por el transcurso del tiempo.

En este sentido, para que se efectivice el acceso a la justicia ambiental de una forma eficaz, es necesario que, en los casos en que exista la posibilidad, se acuda a estos medios, que son conocidos por su atención inmediata, por sus tiempos más cortos de respuesta y por su flexibilidad en cuanto a su regulación procesal. Esto, además, permitiría, en un porcentaje, la descongestión del sistema de justicia ordinaria.

35 A. LARREA, Alcance y límites del arbitraje en equidad, *Revista Jurídica Online*, 2011. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/04/29_21a42_alcan-ceylimites.pdf (09/12/2023).

36 S. TALERO, *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable*, Editorial Temis, 2008.

4.1.3. LA POSIBILIDAD DE QUE EL TRIBUNAL SOLICITE UN RESUMEN DE ASUNTOS TÉCNICOS O CIENTÍFICOS A LAS PARTES

Otro beneficio del arbitraje ambiental es la posibilidad de contar con expertos designados por las partes a través de la inclusión de pruebas periciales, quienes aportarían más información sobre la materia que permita al árbitro formarse un criterio acertado y resolver de la manera más imponderable. Esta designación de profesionales puede ser pactadas en las cláusulas arbitrales o regulada por los árbitros al adoptar reglas internacionales relevantes en la materia, de conformidad con la flexibilidad del arbitraje, característica propia de este mecanismo³⁷.

En el campo internacional, por ejemplo, en los arbitrajes de la CCI, actualmente las partes introducen “efectivamente pruebas periciales [...] en relación con el medio ambiente, la energía y otras cuestiones técnicas”³⁸.

Otro ejemplo se manifiesta en el Reglamento de la Haya, en donde se establece expresamente la posibilidad de que un tribunal arbitral puede solicitar a las partes la introducción de información especializada para mejor comprensión. Específicamente, se contempla la posibilidad de:

que aporten un documento no técnico en el que se resuman y expliquen los antecedentes de cualquier información científica, técnica o de otra índole especializada que el tribunal arbitral considere necesaria para comprender plenamente las cuestiones objeto de la controversia³⁹.

Como se puede apreciar de la información descrita en los párrafos que anteceden, la flexibilidad procedimental, sumada con la libertad de los árbitros de búsqueda de medios para el esclarecimiento de los hechos, en una materia tan técnica y científica como la vinculada al medio ambiente, podría tener una incidencia importante en la obtención de resultados favorables en beneficio de los ecosistemas.

37 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23, 13/09/23.

38 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, No. 29. párrafo 5(25).

39 La Corte Permanente de Arbitraje, *Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente*, Artículo 24, 19/06/2001.

4.2. APLICACIÓN EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Una vez identificadas las ventajas procesales del arbitraje, es crucial adentrarnos en el aspecto fundamental de ejercer la acción civil de responsabilidad ambiental por este mecanismo. Sostenemos que el arbitraje ofrece la posibilidad de lograr una auténtica y oportuna remediación ambiental y, en consecuencia, una aplicación efectiva al principio de reparación integral, que es un principio ambiental establecido por nuestra normativa, que abarca la remediación⁴⁰ y la restauración⁴¹ del ecosistema. Este principio consiste en lo siguiente:

Conjunto de acciones, procesos y medidas, incluidas las de carácter provisional, que aplicados tienden fundamentalmente a revertir impactos y daños ambientales; evitar su recurrencia; y facilitar la restitución de los derechos de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas. En realizar y aplicar acciones, procesos y medidas que reviertan los impactos y/o daños ambientales y sociales⁴².

Como podemos observar, el daño ambiental puro busca la reparación integral del ecosistema y la restitución de los derechos de quienes han sido afectados por dicho daño, yendo más allá de una simple indemnización patrimonial. Por ende, ante la necesidad de actuar de manera rápida y eficaz frente a estos sucesos, el arbitraje nace como un mecanismo para revertir estos impactos ambientales y sociales y, de esta manera, cumplir con una justicia ambiental efectiva.

Es pertinente señalar que, al sugerirse el arbitraje como un método para reparar el daño ambiental puro ocasionado por el sujeto responsable, no es excluyente a que el Estado ejerza las acciones administrativas y penales correspondientes, toda vez que el arbitraje solo es oponible entre las partes. Se resalta la importancia que tiene el legitimado activo de que se remedie lo antes posible el daño ocasionado al ambiente, de conformidad con nuestra normativa constitucional⁴³.

40 Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, Artículo 3 (84), RO Edición Especial 2, 31/03/2003.

41 Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, Artículo 3 (88), RO Edición Especial 2, 31/03/2003.

42 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 9(9).

43 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 399, RO No. 449, 20/12/2008.

En este punto, es necesario traer a colación como un ejemplo de reparación integral a las reglas denominadas como *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*; toda vez que, si bien es cierto el referido documento tiene su aplicación a las disputas relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos, el mismo ha sido aplicado en casos que derivan en temas ambientales, debido a su frecuente relación⁴⁴. Lo novedoso de estas reglas arbitrales es la enumeración de las posibles formas de reparación que dictaminaría el árbitro:

Un laudo puede ordenar una compensación monetaria o unas medidas no monetarias, incluyendo restitución, rehabilitación, la satisfacción, el cumplimiento específico; y la provisión de garantías de no repetición⁴⁵.

En mérito de ello, y tomando como guía las formas de reparación establecidas en las reglas precedentes, el árbitro podría resarcir el daño ocasionado al medio ambiente ya sea mediante una compensación monetaria o a través de medidas no monetarias. Adicionalmente, el árbitro con la expedición del laudo podría emitir recomendaciones acerca de posibles acciones adicionales que contribuyan a la resolución de la disputa original y a la prevención de futuros conflictos o la repetición del perjuicio, las cuales tendrán fuerza legal únicamente si son aceptadas por ambas partes⁴⁶.

En virtud de lo expuesto, el arbitraje visto como un mecanismo alternativo para la reparación integral del ecosistema, y como medio para el acceso a la justicia ambiental, podría actuar de una manera más oportuna ante los daños ocasionados por el sujeto responsable.

A pesar de que la justicia ordinaria también se presenta como un recurso para buscar la reparación integral del ecosistema, considerando que la materia ambiental se dota de fuentes de suprema especialidad, las ventajas inherentes al arbitraje, en conjunto con las modalidades de reparación que un árbitro puede implementar, y sumado a la voluntad previa de las partes de someter

44 E. GARCÍA, “Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos”, *Themis Revista de Derecho*, 77, 2020.

45 Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019), Article 45.

46 Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019).

disputas inherente a daños ambientales a arbitraje, revela que este método constituye un eficiente mecanismo alternativo para la restauración completa de un ecosistema. Su propósito fundamental es garantizar el acceso a la justicia ambiental, actuando de manera más oportuna frente a los daños ocasionados por el sujeto responsable, lo que posibilita que las decisiones arbitrales estén más orientadas a concretar una reparación efectiva.

4.3. FACULTADES ARBITRALES: MEDIDAS CAUTELARES URGENTES ANTE LA EXISTENCIA DAÑOS GRAVES

Por otro lado, resulta imperativo resaltar que entre las facultades conferidas a los árbitros se encuentra la capacidad para dictar medidas cautelares. Estas medidas idóneas, se emplean con el propósito de “conservar el *statu quo*, evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, tomar y/o preservar pruebas, o impedir la transferencia o dilapidación de bienes”⁴⁷. Para ello, la parte, además de los requisitos básicos a presentar como el convenio arbitral, deberá acreditar en su solicitud: “(i) el *fumus boni juris*, es decir, un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho que reclama; (ii) el *periculum in mora*, es decir, la necesidad imperiosa de que la medida sea dictada para evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo”⁴⁸. Ahora bien, en ciertos casos excepcionales no contemplados por la ley, también deberá demostrar “el *periculum in damni*, es decir, que exista un fundado temor de que le pueden causar lesiones graves o de difícil reparación”⁴⁹.

En nuestra legislación, se le reconoce a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, según el artículo 9 de la LAM, en concordancia con el artículo 8 de su Reglamento. Siendo entre varias las medidas que pueden disponer los árbitros, en el contexto del arbitraje en materia ambiental, esta facultad se ejercerá con el propósito de “impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente”⁵⁰; siendo, en ciertos casos, que el árbitro pueda exigir una garantía “con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida”⁵¹. Teniendo en consideración lo expuesto, en situaciones de daño grave y actual al medio ambiente, los árbitros tienen la facultad de

47 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 22.

48 J. ELOY, “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial? “en E. León (Coord.), *Revista Internacional de Arbitraje*”, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2006.

49 J. ELOY, N. 46.

50 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 8 (b), RO Suplemento No. 524, 26/08/2021.

51 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 9.

emitir medidas cautelares, sin que esta decisión se interprete como prejuicio o condicionamiento para futuras determinaciones en el laudo.

Por otro lado, es preciso mencionar que las partes, pese a que pueden solicitar las medidas cautelares o provisionales ante un árbitro de emergencia o Tribunal Arbitral, estas aún tienen la posibilidad de requerirlas ante la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso no se lo interpretará como una renuncia al convenio arbitral⁵².

A modo de ejemplo, el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito detalla con precisión el procedimiento para solicitar medidas provisionales. De acuerdo con dicho reglamento, si una parte identifica un daño actual y grave, tiene la facultad de presentar la solicitud correspondiente, la cual será conocida y resuelta por un árbitro de emergencia. En caso de cumplir con los requisitos y confirmarse la existencia de un daño continuo o la posibilidad inminente de que se materialice un perjuicio, el árbitro emitirá su decisión mediante una orden procesal, la cual deberá ser acatada por la parte contraria.

En el arbitraje internacional, se encuentra regulado en el Reglamento de la Haya la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares encaminadas a la protección del medio ambiente para evitar un posible daño irreversible (*periculum in damni*), a saber:

A menos que las partes lo hayan convenido de otro modo, el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes y habiendo obtenido la opinión de todas ellas, tomar todas las medidas provisionales, incluyendo ordenes provisionales en relación con el asunto en litigio, que considere necesarias para la protección de los derechos de cualquiera de las partes *o para impedir, dentro del ámbito del asunto en litigio, un daño serio al medio ambiente*⁵³.

Tomando como referencia los principios ambientales de precaución y prevención, en correlación con los conceptos que anteceden, ante la existencia de un posible daño ambiental, la interposición de una medida cautelar que lo detenga, juega un rol protagónico que sobrellevará beneficios al ecosistema si se consigue por medio de las medidas que detenga la generarse dicho daño.

52 Ídem., Artículo 8.

53 Corte Permanente de Arbitraje, N. 26, Artículo 26(1).

Por su parte, la reparación integral que se busca mientras se desarrolla el proceso arbitral podría ser más efectiva, por cuanto la interposición de la medida cautelar conllevaría a que el perjuicio no se siga agravando en el tiempo de sustanciación del proceso.

5. LA PARTICIPACIÓN DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE EN EL ARBITRAJE PARA LA APROBACIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL

Bajo la aplicación de instrumentos internacionales, se ha constatado la facultad que tiene el árbitro de establecer la forma más adecuada para remediar de manera oportuna y efectiva al ambiente.

No obstante, la legislación del Ecuador le otorga la facultad de aprobar las medidas de reparación integral, en primera línea a la autoridad ambiental. Al respecto, el CODA establece:

La Autoridad Ambiental Competente deberá aprobar las medidas de reparación integral presentadas por el responsable del daño ambiental y su respectiva implementación. La aprobación de las medidas ejecutadas que no hayan reparado integralmente los daños ambientales será nula de pleno derecho⁵⁴.

A primera vista, el presente artículo es claro en determinar que la autoridad ambiental es el único ente autorizado para aprobar las medidas de reparación de los daños ocasionados por el operador, no siéndole atribuible dicha facultad al juez ni al árbitro.

Por su parte, ni la LAM y ni su Reglamento disponen alguna atribución que faculte al árbitro en dictar medidas de remediación y restauración en materia ambiental.

Sin embargo, el COGEP, que es aplicado de manera supletoria en procesos arbitrales, establece una excepción a la norma ambiental, de manera que en ciertos casos se faculta a los juzgadores de dictar referidas medidas. La norma *ibidem* dispone:

54 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 296.

Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional.

En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará⁵⁵.

Es decir, si bien la regla general es que las medidas encaminadas a la reparación integral del ambiente deben ser aprobadas por una autoridad ambiental, esta admite una excepción, señalando que en los casos de que dichas medidas no existan, el juzgador —que para el caso que nos ocupa sería el árbitro o el tribunal arbitral— las ordenará, lo que, en resumen significaría que cuando la autoridad ambiental no haya actuado para conseguir la reparación integral de un daño, y ese daño ha sido puesto en conocimiento de un árbitro —para el caso que nos ocupa—, este puede ordenar dicha reparación, cumpliendo con el objetivo de protección ambiental.

Ahora bien, teniendo en consideración el principio constitucional *in dubio pro natura*⁵⁶ y la normativa procesal anteriormente citada, se puede inferir que, en caso de existir algún conflicto normativo, los árbitros quedan facultados de tomar las medidas necesarias para la reparación integral del ecosistema si esto no se ha hecho previamente. Esto sería una respuesta oportuna y efectiva para garantizar el acceso a la justicia ambiental.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Dentro de la esfera del derecho de responsabilidad civil en materia ambiental, se prevé la posibilidad de perseguir la reparación integral de la naturaleza cuando se ha identificado un daño que afecte al recurso, impulsada por parte de actores privados, que, sin sufrir un daño patrimonial por mencionada afectación, tienen un interés directo en la conservación de los ecosistemas.

La posibilidad de resolver este tipo de conflictos por medio de un procedimiento arbitral implica el cumplimiento de una serie de requisitos previo a la consumación del daño, pero que, a su vez, conlleva una serie de beneficios en el procedimiento de determinación de la existencia del daño como en la resolución de

55 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 39.

56 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 9(5).

reparación integral del mismo, al contar, por mencionar algunos, con árbitros especializados, celeridad en la sustanciación del procesos y medidas de reparación más oportunas y eficaces; esto sin mencionar la flexibilidad del proceso que permite introducir elementos técnicos distintos con matiz probatoria que van más allá de los determinados para el procedimiento ordinario.

Sin perjuicio de que nada impida la suscripción de un convenio arbitral con fines ambientales ni la sustanciación de un proceso arbitral de responsabilidad ambiental y de reparación de daños ambientales, no es una práctica frecuente en el derecho ecuatoriano. Quizá la falta de regulación fomenta su falta de activación o quizá no existen aún suficientes incentivos que promuevan a los actores privados a iniciar acciones civiles/arbitrales con fines ambientales.

Esto no obsta de que sea un mecanismo eficaz que debe ser desarrollado e impulsado para alcanzar uno de los fines más importantes del derecho ambiental que es la reparación integral.

Lo recomendable sería que, tomando como referencia normativa internacional ampliamente desarrollada como *el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente*, el arbitraje ambiental tenga, dentro del marco normativo del arbitraje general, en concordancia con la normativa especial ambiental, su regulación que permita expresamente la interposición de demandas arbitrales para la reparación del daño puro, así como el desarrollo de la posibilidad de solicitar y dictar medidas cautelares, en virtud del principio de prevención y precaución ambiental.

Adicionalmente, se debe incentivar a los Centros de Arbitraje nacionales, a dictar dentro de sus Reglamento disposiciones tendientes a la consecución de la justicia ambiental tomando como base las disposiciones y en cumplimiento del Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, de las Naciones Unidas.

Finalmente, sería apropiado promover la participación de árbitros con especialización en asuntos ambientales, además de identificar peritos o expertos en diversas áreas relacionadas con esta materia. De esta manera, se facilitarían de manera más efectiva el esclarecimiento de los hechos ante la posible existencia de un daño inminente, y que estos colaborarían en la selección de medidas de reparación más oportunas en aras de conseguir la restauración y remediación del ecosistema afectado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y El Caribe.” RO No. 67 20/05/2020.
- Alarcón, I. Estándares *de Reporting ESG ¿En qué consisten y cuál debería elegir?* <https://esgeo.eu/es/estandares-de-reporting-esg-en-que-consisten-y-cual-deberia-elegir/> (08/12/2023)
- Alvarado, A. “*Sistema procesal Garantía de la libertad*”, Primera Edición AC Ediciones (2018).
- Araque Arellano, M. *Gestión Ambiental de la empresa mediante la Norma ISO 14001-2015*,
- Caivano, R. *La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019).
- Código Orgánico de Ambiente, RO No. Suplemento 983, 12/04/2017.
- Código Orgánico General de Proceso, RO No. Suplemento 506, 22/05/2015.
- Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR).
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/12/2008.
- Corral Talciani, H. *Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente*, Revista Chilena de Derecho, No. 23 1996.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23, 13/09/23.
- Eloy, J. “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?” en E. León (Coor.), *Revista Internacional de Arbitraje*, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2006.
- Gapel, G., Ruiz, H. *Reinterpretando la responsabilidad ambiental por daños a las personas derivados de actividades riesgosas: el caso de los contratos agroindustriales*, Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 30 No. 2, 2017.
- García, E. “Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos”, *Themis Revista de Derecho* 77, 2020.
- González de Cossío, F. *Arbitraje*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 2008.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Módulo de Información Económica Ambiental de las Empresas*.

- Jucenda, F. Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho “Primera Parte”: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
- Corte Permanente de Arbitraje, Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente, 19/06/2001.
- Larrea, A. *Alcance y límites del arbitraje en equidad*, Revista Jurídica Online, 2011.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, RO No. Suplemento 417, 14/12/2006.
- Lorduy, C. “Herramientas o instrumentos constitucionales y legales para la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.
- Moreno, R. *El Arbitraje administrativo*, Madrid: McGrawHill, 1997.
- Parra, A. et al., “Derecho Procesal Ambiental: Paradigma entre el daño y el delito ambiental” 1era. Ed., Leyer Editores, 2019.
- Parraguez, L., Darquea, J. “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2016.
- Penagos, H. “La Liquidación del Perjuicio Ambiental”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 8 (b), RO Suplemento No. 524, 26/08/2021.
- Talero, S. *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable*, Editorial Temis, 2008.
- Tamayo, J. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo No. 1, Ed. Legis, 2007.
- Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, RO Edición Especial 2, 31/03/2003.
- Vidal, R. “El Arbitraje Ambiental y sus Implicancias”, *Advocatus*, No. 28, 2013.