



Asamblea General

Distr. general
15 de mayo de 2022
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

55° período de sesiones

Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2022

Programa de trabajo

Posible labor futura en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
II. Sinopsis del estudio (<i>continuación</i>)	2
B. El derecho privado y la inclusión de consideraciones climáticas en las decisiones empresariales	2
C. Los instrumentos de la CNUDMI y la acción climática	7
D. Conclusiones del estudio	10
III. Observaciones para su examen por la Comisión	12



II Sinopsis del estudio (continuación)

B. El derecho privado y la inclusión de consideraciones climáticas en las decisiones empresariales¹

1. El hecho de incluir o no las consideraciones climáticas en las decisiones empresariales, y en qué medida, constituye un factor clave para hacer frente al cambio climático. El sector privado controla una considerable cantidad de recursos financieros, materiales y de ingeniería y, con el fin de lograr los objetivos del Acuerdo de París, es de vital importancia que esos recursos se movilizan y desplieguen de forma que apoyen la transición hacia una economía con menos emisiones de carbono, así como la mejora de las capacidades de adaptación².

2. A lo largo de los años, la comprensión del nexo entre la actividad empresarial y el clima ha evolucionado. Si bien inicialmente se percibió como un problema puramente ambiental, en la actualidad la mayoría de los analistas económicos consideran que el cambio climático es una cuestión que “presenta riesgos (y oportunidades) financieros y sistémicos previsible en los principales horizontes de inversión”³.

3. Aunque la decisión de incluir consideraciones climáticas en las actividades empresariales y la importancia otorgada a esas consideraciones eran cuestiones que tradicionalmente se dejaban a la discreción de las empresas, hoy en día la opinión dominante entre los Estados y los juristas parece ser que esa inclusión debería ser más sistemática y, por tanto, estar regulada y ser obligatoria. La práctica jurídica actual indica que existe una serie de medidas legales, entre las que se incluyen herramientas, conceptos y estructuras del derecho privado, que pueden aplicarse para lograr ese resultado. Esas medidas pueden consistir en lo siguiente: obligar a las empresas a divulgar información financiera relacionada con el clima, interpretar que las obligaciones fiduciarias de los administradores y directivos de las empresas incluyen la consideración del cambio climático o declarar responsables a los actores privados que no hagan frente adecuadamente al cambio climático por incumplimiento del deber de diligencia derivado del derecho de la responsabilidad civil extracontractual o por infracción del deber legal de vigilancia. En la siguiente sección se presentan y analizan esos tres enfoques basados en el derecho privado, todos ellos destinados a situar el cambio climático en el centro de las decisiones empresariales.

1. Divulgación de información financiera relacionada con el clima

4. La revelación de información financiera relacionada con el clima por parte de las empresas tiene como objetivo permitir que los accionistas comprendan claramente las consecuencias financieras del cambio climático para las empresas en las que invierten⁴. Al tener acceso a esa información, los accionistas tienen la posibilidad de utilizar su influencia para animar a las empresas a que incluyan consideraciones climáticas en sus decisiones empresariales y a que adopten enfoques más adecuados para gestionar los riesgos y las oportunidades que presenta el cambio climático. Con una concienciación cada vez mayor sobre los riesgos financieros que plantea el cambio climático, las empresas se enfrentan, desde mediados de la década de 2000, a una creciente presión

¹ Esta sección del informe ha sido elaborada con la valiosa ayuda de la Sra. Camille D’Astous, estudiante de Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Laval, que ha actuado como auxiliar de investigación.

² Craig A. Hart, *Climate change and the private sector. Scaling up private sector response to climate change*, Routledge, 2013, pág. 296.

³ Sarah Barker, Cynthia Williams, Alex Cooper, *Fiduciary duties and climate change in the United States*, Commonwealth Climate and Law Initiative, 2021, pág. 1, <https://cli.ubc.ca/wp-content/uploads/2021/12/Fiduciary-duties-and-climate-change-in-the-United-States.pdf>.

⁴ Ans Kolk, David Levy, Jonatan Pinkse, “Corporate responses in an emerging climate regime: the institutionalization and commensuration of carbon disclosure”, *European Accounting Review*, vol. 17, núm. 4, 2008, págs. 719 a 745.

por parte de sus accionistas para que comuniquen información sobre su exposición a los riesgos relacionados con el clima⁵.

5. Aunque, al principio, la divulgación de información financiera relacionada con el clima se hacía de forma puramente voluntaria y sin ningún marco de referencia ni normas armonizadas⁶, el sector empresarial y las autoridades públicas han ido adoptando gradualmente iniciativas para fomentar, facilitar y regular esa práctica. Un punto de inflexión en ese proceso fue la creación, en 2015, del Equipo de Tareas sobre la Divulgación de Información Financiera relacionada con el Clima por parte del Consejo de Estabilidad Financiera establecido por el G20. En 2017 el Equipo de Tareas publicó un informe que contenía un conjunto de recomendaciones sobre cómo comunicar información financiera relacionada con el clima, aplicables a organizaciones de todos los sectores y las jurisdicciones. Esas recomendaciones se estructuran en torno a cuatro elementos fundamentales: la gobernanza de la organización con respecto a los riesgos relacionados con el clima; los efectos reales y potenciales de los riesgos y las oportunidades relacionados con el clima en la actividad, la estrategia y la planificación financiera de la organización; los procesos utilizados por la organización para detectar, evaluar y gestionar los riesgos relacionados con el clima, y los criterios de medición y las metas utilizados para evaluar y gestionar los riesgos y las oportunidades pertinentes relacionados con el clima⁷. El informe también recomendó que “los preparadores de las declaraciones financieras relacionadas con el clima proporcionen dichas declaraciones en sus registros financieros generales (es decir, públicos) anuales”⁸.

6. Aun cuando no exista ninguna norma nacional que imponga de manera específica la obligación de proporcionar información relacionada con el clima, cabe señalar que las empresas pueden exponerse a acciones legales si no divulgan información adecuada sobre la manera en que el cambio climático afecta a sus actividades y activos. En muchas jurisdicciones (incluida la mayoría de las jurisdicciones del G20), las empresas con deuda pública o acciones cotizadas tienen la obligación legal de divulgar información sustancial en sus documentos financieros, y cada vez es más probable que los tribunales estén dispuestos a considerar los riesgos climáticos como información sustancial y a tratar una situación en la que no se divulgue esa información como un posible fraude relativo a valores bursátiles. En los últimos años, las cuestiones relativas a la divulgación de información relacionada con el clima han ocupado un lugar central en varios casos judiciales o denuncias ante organismos reguladores, iniciados por fiscales, accionistas de las empresas u organizaciones no gubernamentales interesadas, los cuales alegaban que no se había divulgado información pertinente en relación con el cambio climático y que se habían falseado los efectos del cambio climático sobre determinados activos de las empresas⁹.

7. Esos ejemplos ilustran que los litigios relacionados con el clima pueden ser útiles para animar a las empresas a divulgar información financiera relacionada con el clima, aun cuando no exista una normativa específica que lo exija. En las jurisdicciones que

⁵ Philipp Pattberg, “The emergence of carbon disclosure: exploring the role of the governance entrepreneurs”, *Environment and Planning C: Politics and Space*, vol. 35, núm. 8, 2017, pág. 1444.

⁶ Jeffrey A. Smith, Matthew Morreale, Michael E. Mariani, “Climate change disclosure: moving towards a brave new world”, *Capital Markets Law Journal*, vol. 3, núm. 4, 2008, pág. 470.

⁷ Equipo de Tareas sobre la Divulgación de Información Financiera relacionada con el Clima, *Recomendaciones del grupo de trabajo sobre declaraciones financieras relacionadas con el clima*, 2017, v., <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/TCFD-2017-Final-Report-Spanish-Translation.pdf>.

⁸ *Ibid.*, iv.

⁹ *Pedro Ramirez Jr. v. Exxon Mobil Corporation et al.*, núm. 3:16-CV-3111-K (N.D. Tex. 2016) (Estados Unidos); *Guy Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia*, VID879/2017 (Australia); Cynthia A. Williams, “Disclosure of information concerning climate change: liability risks and opportunities”, *Commissioned Reports, Studies and Public Documents*, Facultad de Derecho Osgoode Hall de la Universidad de York, documento 206, 2018, pág. 34, <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1207&context=reports>; Stephen Erlichman, Sophie Langlois, “ESG disclosure in Canada: legal requirements, voluntary disclosure and potential liability”, *Mondaq*, 25 de febrero de 2021, www.mondaq.com/canada/climate-change/1039490/esg-disclosure-in-canada--legal-requirements-voluntary-disclosure-and-potential-liability.

carecen de ese tipo de normativa, una cuestión clave, y a menudo debatida, es si se consideraría que las empresas que no divulgan información relacionada con el clima están infringiendo el derecho de sociedades y la reglamentación del mercado de valores¹⁰.

2. Obligaciones fiduciarias de administradores y directivos en relación con el cambio climático

8. Tanto en las jurisdicciones de tradición jurídica anglosajona como en las de tradición jurídica romanista, los administradores y directivos de las empresas suelen tener obligaciones fiduciarias para con la empresa y sus accionistas, por cuyo incumplimiento pueden tener que responder personalmente. Por el momento, las obligaciones empresariales que exigen prestar una mayor atención al cambio climático son, en general, inexistentes en las legislaciones nacionales¹¹. Sin embargo, en algunas jurisdicciones las disposiciones legales obligan a los administradores y directivos a tener en cuenta el medio ambiente cuando actúan en el mejor interés de la empresa.

9. Independientemente de que existan o no disposiciones de ese tipo en el derecho interno, un estudio de la doctrina reciente revela una nueva tendencia a considerar que los administradores y directivos de las empresas tienen la obligación fiduciaria de identificar y afrontar los riesgos relacionados con el clima¹². Aunque todas esas conclusiones apuntan en la misma dirección, también parece haber en la doctrina un consenso sobre el hecho de que la obligación de que los administradores de las empresas tengan en cuenta los riesgos financieros relacionados con el clima debe hacerse explícita en la ley, ya sea mediante la modificación de las leyes vigentes o mediante la jurisprudencia¹³. Con el fin de seguir promoviendo la inclusión de consideraciones climáticas en las decisiones empresariales, también debería aportarse más claridad sobre las repercusiones jurídicas concretas de esa obligación. Aunque se imponga, en efecto, a los administradores y directivos de las empresas la obligación legal de tener en cuenta los riesgos financieros relacionados con el clima, podría persistir la incertidumbre respecto a lo que “tener en cuenta” esos riesgos realmente entraña en la práctica, así como respecto a las prácticas de gobernanza empresarial que deben establecerse para cumplir con esa obligación.

10. A fin de regular los riesgos climáticos de manera que se cumpla con las obligaciones fiduciarias, a menudo se argumenta que los administradores y directivos deben esforzarse por implantar trámites procedimentales, tales como realizar las consultas pertinentes y buscar asesoramiento sobre la importancia relativa de los riesgos que plantea el cambio climático, evaluar la exposición de la empresa a esos riesgos y supervisar que la empresa cumple con las leyes y los reglamentos sobre el clima¹⁴. Sin embargo, no está claro si las obligaciones fiduciarias podrían llegar a exigir que los administradores y directivos den a conocer una estrategia pública sobre el cambio climático que contenga objetivos de mitigación o adaptación y cumplan esos objetivos. Como demuestran las numerosas normas internacionales en materia de responsabilidad social empresarial que se han elaborado a lo largo de los años¹⁵, cada vez hay más

¹⁰ Anik Bhaduri, “Taking the heat: (non)disclosure of climate change risks in India”, *Business Law Review*, vol. 41, núm. 3, 2021, págs. 152 a 158.

¹¹ Rolf H. Weber, Andreas Hösli, “Corporate climate responsibility – The rise of a new governance issue”, *Sui generis*, 2021, pág. 90.

¹² Sarah Barker, *Directors’ liability and climate risk: Australia – Country Paper*, Commonwealth Climate and Law Initiative, 2018, pág. 17, www.smithschool.ox.ac.uk/research/sustainable-finance/publications/CCLI-Australia-Paper-Final.pdf; Janis Sarra, *Duty to protect: corporate directors and climate-related financial risk*, C.D. Howe Institute, 2021, pág. 9, www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/research_papers/mixed/e-brief_310.pdf; Barker, Williams, Cooper, *op. cit.*, pág. 4; Chapman Tripp, “Climate change obligations for directors and scheme managers: legal opinion”, Aotearoa Circle, 2019, párr. 67.1; Yoshihiro Yamada, Janis Sarra, Masafumi Nakahigashi, “Directors’ duties regarding climate change in Japan”, Commonwealth Climate and Law Initiative, 2021, pág. 1, **Error! Hyperlink reference not valid.**

¹³ Sarra, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁴ Barker, Williams, Cooper, *op. cit.*, págs. 21 y 46.

¹⁵ P. ej., las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011), los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011), los

expectativas sociales de que las empresas —especialmente aquellas responsables de emisiones de grandes cantidades de gases de efecto invernadero— actúen como empresas “cívicas” y “responsables”¹⁶. También existe una tendencia global en las legislaciones nacionales a convertir las iniciativas voluntarias en obligatorias¹⁷.

3. Demandas relacionadas con el clima contra empresas por presunto incumplimiento del deber de diligencia derivado del derecho de la responsabilidad civil extracontractual o por infracción del deber legal de vigilancia

11. Como demuestra la histórica sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de La Haya en mayo de 2021 en la causa *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*, el derecho de la responsabilidad civil extracontractual es también una herramienta del derecho privado que puede utilizarse para fomentar la inclusión de consideraciones climáticas en las decisiones empresariales. Esa demanda colectiva contra Royal Dutch Shell (RDS) fue presentada por varias organizaciones no gubernamentales dedicadas al medio ambiente que alegaban que RDS tenía una obligación de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero dimanante del deber de diligencia derivado del derecho de la responsabilidad civil extracontractual establecido en el Libro 6, artículo 162, del Código Civil de los Países Bajos, según el cual actuar en contra de lo que es generalmente aceptado según el derecho no escrito es ilícito¹⁸. A fin de cumplir con ese deber de diligencia, los demandantes sostenían que RDS tenía la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero atribuibles al grupo Shell en, al menos, un 45 % a finales de 2030 en relación con los niveles de 2019. En consecuencia, los demandantes exigieron al tribunal que ordenara a RDS alcanzar ese objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

12. Con el fin de interpretar el deber de diligencia y determinar las consecuencias jurídicas concretas que entrañaba ese deber en las circunstancias del caso, el tribunal consideró una serie de factores diferentes, como las emisiones de CO₂ del grupo Shell y sus consecuencias para los Países Bajos y sus ciudadanos, los marcos regulatorios pertinentes (como el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea y las normas de derechos humanos, en particular el derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar), los Principios Rectores de las Naciones Unidas, así como la ciencia y las actuaciones necesarias para prevenir un cambio climático peligroso¹⁹. El tribunal también consideró la onerosidad de imponer a RDS la obligación de reducir los gases de efecto invernadero solicitada por los demandantes. Al examinar esa cuestión, el tribunal reconoció que la obligación de reducir los gases de efecto invernadero exigiría cambios en la política climática de RDS que podrían “frenar el crecimiento potencial del grupo Shell”, pero consideró que “el interés atendido por la obligación de reducir esos gases era superior a los intereses comerciales del grupo Shell”²⁰.

13. Aunque todavía está pendiente un recurso contra la resolución del Tribunal de Distrito de La Haya, en el estudio se señala que el caso ha suscitado también un gran interés en otras jurisdicciones y que el caso Shell podría “indicar una mayor disposición de los tribunales a considerar que las empresas pueden llegar a ser responsables ante terceros por los efectos más amplios del cambio climático causados por sus emisiones”²¹. Ese interés se ve reforzado por el hecho de que los tribunales de otros

Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable (2006), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (2000).

¹⁶ *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders* [2008] 3 SCR 560, párrs. 66 y 82 (Canadá).

¹⁷ Evguenia Paramonova, “Steering toward ‘true north’: Canadian corporate law, corporate social responsibility, and creating shared value”, *McGill Journal of Sustainable Development Law and Practice*, vol. 12, núm. 1, 2016, pág. 35.

¹⁸ *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, Tribunal de Distrito de La Haya, C/09/571932/HA ZA 19-379, 2021, párr. 4.4.1, (Países Bajos).

¹⁹ *Ibid.*, párr. 4.4.2.

²⁰ *Ibid.*, párr. 4.4.53.

²¹ Cynthia A. Williams, Ellie Mulholland, “What the Shell judgement means for US directors”, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 22 de julio de 2021, <https://corpgov.law.harvard.edu/2021/07/22/what-the-shell-judgment-means-for-us-directors>.

países también han considerado que las empresas matrices son responsables de los actos de sus subsidiarias²². Además, las demandas contra las empresas por no hacer frente al cambio climático de manera adecuada también pueden basarse, en algunos países, en una presunta infracción del “deber legal de vigilancia”, que les obliga a realizar esfuerzos razonables para prevenir daños graves tanto a los derechos humanos como a la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente a lo largo de su cadena de suministro²³. En 2019, un grupo de demandantes compuesto por organizaciones no gubernamentales dedicadas al medio ambiente y gobiernos locales interpusieron una demanda contra un gran grupo energético francés por incumplimiento de su deber de vigilancia, ya que no había proporcionado información suficiente sobre la detección de los riesgos inherentes al cambio climático en su plan de vigilancia, ni había incluido medidas adecuadas para reducir y prevenir los daños causados por el cambio climático²⁴.

14. En los próximos años, más jurisdicciones podrían aplicar medidas nacionales similares para hacer que las organizaciones empresariales cumplan las normas internacionales ambientales y de derechos humanos. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas puso en marcha un proceso de negociación intergubernamental para la elaboración de instrumentos jurídicamente vinculantes que regulen, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas. Aunque ese proceso aún está en curso, la última versión del texto de negociación establece que “los Estados Partes adoptarán medidas jurídicas y políticas apropiadas para garantizar que las empresas, incluidas las empresas transnacionales [...] que se encuentren en su territorio, jurisdicción o bajo su control, respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y prevengan y mitiguen las violaciones de los derechos humanos en todas sus actividades y relaciones comerciales”²⁵. Así pues, habida cuenta de que las violaciones de los derechos humanos se definen en el texto de negociación como aquellas acciones u omisiones que impiden el disfrute del “derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible”, esa disposición —si alguna vez se convierte en derecho convencional— podría tener repercusiones importantes en las legislaciones nacionales y en la forma en que las empresas que operan a escala mundial tengan en cuenta el cambio climático.

15. Aunque sigue existiendo mucha incertidumbre sobre los resultados concretos que pueden obtenerse cuando se utiliza el derecho de la responsabilidad civil extracontractual o la legislación sobre el deber de vigilancia contra las empresas en el contexto del cambio climático, la conclusión general es que esos ámbitos del derecho parecen, cada vez más, ofrecer fundamentos jurídicos válidos para responsabilizar a las empresas de las consecuencias de no incluir las consideraciones climáticas en las decisiones empresariales de manera adecuada. A medida que aumenta ese riesgo de responsabilidad, se ha sostenido que los consejos de administración deben “pensar de manera extensa en los posibles riesgos de responsabilidad extracontractual relacionados con el cambio climático y asegurarse de que se hayan implantado sistemas para evitar

²² *Vedante Resources Plc and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20 (Reino Unido); *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3 (Reino Unido).

²³ En Francia, por ejemplo, el Parlamento aprobó en 2017 una ley que impone un deber de vigilancia a las grandes empresas francesas (Ley núm. 2017-399 relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y las empresas contratantes). Toda empresa cuya sede social esté situada en Francia y que emplee, al menos, a 5.000 trabajadores (incluidas la empresa y sus subsidiarias directas e indirectas, o que tenga 10.000 trabajadores a su servicio en sus subsidiarias directas o indirectas) está obligada a establecer, publicar y aplicar un plan de vigilancia eficaz. Ese plan debe identificar los riesgos de vulneraciones graves de los derechos humanos, de la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente que puedan derivarse de las actividades de la empresa y debe incluir medidas razonables para prevenir esos riesgos.

²⁴ *Notre Affaire à tous, et al., Summons before le Tribunal Judiciaire de Nanterre*, 2019, http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200128_NA_complaint-2.pdf.

²⁵ *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, Presidencia del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, 17 de agosto de 2021, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf.

ser demandados”²⁶. Esto puede exigir que las empresas adopten y apliquen estrategias climáticas que estén alineadas con los objetivos del Acuerdo de París y la ciencia y que abarquen la totalidad de su cadena de suministro.

C. Los instrumentos de la CNUDMI y la acción climática

16. Aunque los textos de la CNUDMI no hacen referencia de manera explícita al cambio climático o a cuestiones relacionadas con el clima, algunos de esos textos son pertinentes desde la perspectiva del cambio climático. En algunos casos, esa pertinencia se debe al hecho de que esos textos pueden utilizarse para regular el comercio de “cosas” que tienen relación con el cambio climático. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo podrían utilizarse (o quizás ya se están utilizando) para regular el comercio de lo que podría denominarse productos inocuos para el clima (como los coches eléctricos o los paneles solares) o el comercio de CO₂. Sin embargo, en otros casos, el nexo con el cambio climático proviene del hecho de que los textos de la CNUDMI, cuando se interpretan y aplican de determinadas maneras, pueden convertirse en herramientas jurídicas eficaces para hacer frente al cambio climático. La siguiente sección se centrará en este último caso, proporcionando ejemplos de textos de la CNUDMI que podrían utilizarse para fomentar o facilitar la acción climática.

1. Arbitraje comercial internacional

17. Como demuestran varios casos recientes, los inversionistas extranjeros pueden impugnar ante los tribunales arbitrales las medidas internas que los Estados adoptan para hacer frente al cambio climático por supuestas violaciones de los derechos protegidos por los acuerdos internacionales de inversión que esos Estados han celebrado. Por ejemplo, en los Países Bajos, dos empresas del sector energético han presentado sendas demandas contra el Gobierno basándose en el Tratado sobre la Carta de la Energía con el fin de obtener una indemnización por la pérdida de valor de sus inversiones derivada de la reglamentación pública sobre el carbón²⁷. Asimismo, en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, una empresa con domicilio social en los Estados Unidos presentó una demanda contra el Canadá, tras la decisión del Gobierno de Quebec de revocar todos los derechos de extracción de petróleo y gas en el río San Lorenzo, a fin de obtener una indemnización por el dinero ya invertido y por el lucro previsto²⁸. A medida que los Estados se enfrentan a una mayor presión para adoptar medidas ambiciosas contra el cambio climático en su territorio, ese tipo de litigios relacionados con el clima entre inversionistas y Estados que se someten a arbitraje tienden a ser más frecuentes²⁹.

18. Debido al uso cada vez más extendido del arbitraje entre inversionistas y Estados para resolver litigios relacionados con el clima, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado es un instrumento cuya aplicación podría apoyar la acción climática de diferentes maneras. Un aspecto clave de ese texto, que suscita especial interés en el contexto del cambio climático, es la obligación de poner a disposición del público los documentos enumerados en el artículo 3, párrafo 1, relativos a los procedimientos arbitrales. Esa obligación podría contribuir a situar los litigios relacionados con el clima entre inversionistas y Estados en el centro de la atención pública y, al estar sometidos al escrutinio público, los árbitros podrían ser más receptivos a los argumentos relativos a

²⁶ Williams y Mulholland, *op. cit.*

²⁷ *RWE v. Kingdom of the Netherlands*, caso del CIADI núm. ARB/21/4; *Uniper v. Netherlands*, caso del CIADI núm. ARB/21/22.

²⁸ *Lone Pine v. Canada*, caso del CIADI núm. UNCT/15/2.

²⁹ Catherine Higham, Joana Setzer, “Investor-State dispute settlement as a new avenue for climate litigation”, sitio web del Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2 de junio de 2021, www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/investor-state-dispute-settlement-as-a-new-avenue-for-climate-change-litigation.

la importancia de proteger el ámbito de regulación que los Estados necesitan para adoptar medidas climáticas ambiciosas. Además, el hecho de que se dictaran laudos que confirmaran la compatibilidad de las medidas climáticas nacionales con los acuerdos internacionales de inversión podría proporcionar ejemplos de argumentos jurídicos que se hubieran utilizado con éxito para defender a los Estados implicados en litigios similares entre inversionistas y Estados y podría dar a los árbitros que conociesen de otros casos más legitimidad para llegar a conclusiones análogas.

19. La posibilidad de que terceros y partes en el tratado que no sean litigantes puedan presentar escritos en determinadas circunstancias (arts. 4 y 5) es también un aspecto del Reglamento que merece ser mencionado. Según los juristas, el hecho de que la mayoría de los árbitros estén formados en derecho mercantil y tengan unos conocimientos relativamente limitados acerca del cambio climático y la legislación sobre el clima es algo que podría conllevar, de manera lógica, que fueran menos receptivos a los argumentos jurídicos basados en esos motivos³⁰. La presentación de informes *amicus curiae* por parte de organizaciones no gubernamentales dedicadas al medio ambiente, científicos expertos en el clima y juristas del ámbito de la legislación sobre el clima podría ser una forma de mitigar esos riesgos y de facilitar que los árbitros tuvieran en cuenta intereses externos (es decir, no comerciales)³¹. En el camino hacia el futuro, una posible vía sería complementar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con directrices en las que se establezca que la especialización pertinente en materia de legislación sobre el clima o el medio ambiente debe ser un elemento que hay que tener en cuenta para nombrar árbitros en los casos que se refieran a medidas adoptadas para hacer frente al cambio climático.

2. Contratación pública

20. La contratación pública puede desempeñar un papel importante para hacer frente al cambio climático. Cuando los Gobiernos compran bienes y servicios, tienen, sin duda, la oportunidad de orientar el gasto público hacia opciones eficientes con bajas emisiones de carbono, o hacia opciones que aumenten las capacidades de adaptación y resiliencia de las comunidades humanas. Aunque los analistas consideran que la integridad y la eficiencia económica de la contratación pública siguen siendo cruciales, también estiman que, en la actualidad, es fundamental tener en cuenta las consideraciones climáticas a la hora de adjudicar los contratos públicos³².

21. Varias disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública podrían utilizarse como herramienta para hacer frente al cambio climático. Este es el caso, en particular, del artículo 9, párrafo 2, en el que se identifican los criterios según los cuales las entidades adjudicadoras pueden comprobar que los proveedores y contratistas cumplen los requisitos para participar en la licitación de un contrato público específico. A fin de poder participar en una licitación, la Ley Modelo prevé que los proveedores y contratistas tengan que demostrar que poseen las cualificaciones ecológicas, así como la competencia profesional y técnica y el equipo que se requieran para ejecutar el contrato adjudicable³³. También deberán “cumplir las normas éticas y de otra índole que sean aplicables” en el Estado en el que se deba ejecutar el contrato³⁴. Por tanto, se presumiría que una entidad adjudicadora podría verificar que los

³⁰ Mala Sharma, “Earth to exist and money to live – Integrating climate change goals and investor state arbitration for a sustainable future”, *The Journal of World Investment and Trade*, núm. especial: International investment law and climate change, 2022, de próxima publicación.

³¹ Esmé Shirlow, “Dawn of a new era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration”, *Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, núm. 3, 2016, pág. 644.

³² Richard Baron, *The role of public procurement in low-carbon innovation*, OCDE, 2016, pág. 4, www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/The%20Role%20of%20Public%20Procurement%20in%20Low-carbon%20Innovation.pdf.

³³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 9, párr. 2 a).

³⁴ *Ibid.*, art. 9, párr. 2 b). Como se indica en las Directrices para la promulgación de un reglamento de la contratación pública de conformidad con el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, el cumplimiento de esas normas puede entrañar consideraciones ambientales.

proveedores y contratistas tuvieran, por ejemplo, acceso a tecnologías con bajas emisiones de carbono, o que cumplieran con la legislación nacional sobre el clima. El artículo 10 es también una disposición que permite a las entidades adjudicadoras tener en cuenta el cambio climático. En ese artículo se establece que la entidad adjudicadora “especificará en el pliego de condiciones la descripción detallada del objeto del contrato adjudicable de la que se valdrá para su examen de las ofertas”³⁵ y que esa descripción podrá incluir especificaciones y requisitos³⁶ e “indicará las características técnicas, de calidad y de funcionamiento de dicho objeto”³⁷. Como se puede observar, esas disposiciones conceden una amplia facultad a la entidad contratante para incluir condiciones relacionadas con el clima en la descripción del objeto del contrato adjudicable.

22. En los últimos años, la cuestión de cómo convertir la contratación pública en una herramienta eficaz para hacer frente al cambio climático ha suscitado un gran interés entre los Gobiernos y los expertos en políticas públicas. Muchos observadores consideran que, en la actualidad, las cuestiones relacionadas con el clima deberían tenerse en cuenta de manera sistemática en la contratación pública, y algunos países ya han adoptado —o están adoptando— medidas para avanzar hacia prácticas de contratación pública que incluyan criterios relacionados con el clima³⁸. En el marco de la actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, las entidades adjudicadoras tienen un nivel de discrecionalidad que les permite incluir consideraciones climáticas cuando aplican las normas. No obstante, la elaboración de indicaciones específicas acerca de las mejores prácticas que existen sobre esa cuestión podría facilitar una inclusión más sistemática de las consideraciones climáticas en la contratación pública.

3. Alianzas público-privadas

23. Las infraestructuras públicas (transporte, energía, control de desechos, edificios) son una herramienta crucial para hacer frente al cambio climático, tanto en lo que se refiere a la mitigación como a la adaptación. Respecto de la mitigación, la construcción y la explotación de las infraestructuras son actividades que pueden generar grandes cantidades de gases de efecto invernadero. Además, debido a la prolongada vida útil de las infraestructuras, las decisiones en ese ámbito que no estén alineadas con los objetivos climáticos pueden contribuir a que las sociedades se vean abocadas a una trayectoria de emisión de grandes cantidades de carbono durante décadas. En lo que atañe a la adaptación, las infraestructuras públicas pueden modificar de manera decisiva la exposición y la vulnerabilidad de las comunidades humanas a los efectos físicos del cambio climático, como las olas de calor, los huracanes, el aumento del nivel del mar y las inundaciones. Como se destaca en un informe reciente, “la infraestructura es la base del desarrollo compatible con el clima” y las medidas para garantizar que la infraestructura adecuada se desarrolle de forma correcta “pueden facilitar avances sin precedentes en la consecución del Acuerdo de París y los [Objetivos de Desarrollo Sostenible]”³⁹.

24. Habida cuenta de que los proyectos de infraestructuras se llevan a cabo principalmente mediante alianzas público-privadas (APP), parece esencial que los marcos jurídicos que las regulan contengan disposiciones expresamente destinadas a apoyar la ejecución de infraestructuras con bajas emisiones de carbono y resilientes al clima. Cuando no existan tales disposiciones, esos marcos jurídicos deberían interpretarse y aplicarse de la manera más beneficiosa para la consecución de los

³⁵ *Ibid.*, art. 10, párr. 1 b).

³⁶ *Ibid.*, art. 10, párr. 3.

³⁷ *Ibid.*, art. 10, párr. 4.

³⁸ Beatriz Martínez Romera, Roberto Caranta, “EU public procurement law: purchasing beyond price in the age of climate change”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, núm. 3, 2017, págs. 281 a 292.

³⁹ Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Universidad de Oxford, *Infraestructura para la acción por el clima*, 2021, pág. 13, https://content.unops.org/publications/Infrastructure-for-climate-action_ES.pdf?mtime=%2020211008124956&focal=none.

objetivos climáticos. En el caso de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas, aunque ninguna de las disposiciones haga referencia al cambio climático⁴⁰, varias de ellas pueden interpretarse y aplicarse para promover infraestructuras con bajas emisiones de carbono y resilientes al clima.

25. Por ejemplo, la disposición modelo 5 establece que la autoridad contratante que prevea el desarrollo de una infraestructura mediante una APP llevará a cabo o contratará un estudio de viabilidad. La disposición específica además que este estudio de viabilidad deberá determinar “la forma en que el proyecto atiende las prioridades nacionales o locales pertinentes para el desarrollo de la infraestructura [...] públic[a]”⁴¹. Al evaluar ese elemento, se podría exigir a la autoridad contratante que tenga en cuenta la contribución determinada a nivel nacional del Estado en cuestión para determinar en qué medida la infraestructura prevista está alineada con la agenda nacional para el clima.

26. También tiene pertinencia directa, en el contexto del cambio climático, el párrafo 3 de la disposición modelo 5, en el que se especifica que en la solicitud de aprobación de un proyecto de participación público-privada se deberán evaluar los efectos sociales, económicos y ambientales del proyecto. La autoridad responsable de aprobar una propuesta de APP podría, de hecho, considerar que la evaluación del impacto ambiental del proyecto exige evaluar sus efectos en cuanto a las emisiones de gases de efecto invernadero. Aunque esa evaluación puede plantear problemas prácticos, cabe señalar que se han desarrollado diversas herramientas metodológicas en el marco de los procedimientos de evaluación del impacto ambiental. Hoy en día, en muchos países es obligatorio tener en cuenta las cuestiones relacionadas con el clima cuando se evalúa el impacto ambiental de un proyecto propuesto y, a menudo, la forma en la que debe hacerse se detalla en la normativa. Podría considerarse la elaboración de un documento de la CNUDMI que ofrezca directrices metodológicas precisas sobre cómo debe realizarse la evaluación del impacto ambiental de un proyecto de participación público-privada. Además de la cuestión de la mitigación, la referencia al impacto social en el párrafo 3 proporciona el fundamento jurídico en el que la autoridad responsable de aprobar una propuesta de APP podría basarse para exigir que se analicen los posibles efectos adversos que el proyecto pudiera tener sobre la salud humana, en caso de fenómenos meteorológicos extremos. Por ejemplo, en relación con los proyectos de infraestructuras como carreteras, puentes o túneles, se podría pedir que se documente en qué medida esos proyectos podrían contribuir al efecto del islote térmico urbano.

27. En las disposiciones modelo que rigen el procedimiento de adjudicación de contratos también se prevén varias vías de entrada de las consideraciones climáticas. Este es el caso, en particular, de la disposición modelo 10, que establece que los licitantes interesados deberán poseer las calificaciones ambientales y la competencia técnica y profesional necesarias⁴² y cumplir las normas éticas y de otra índole aplicables en ese Estado⁴³. La disposición modelo 19, según la cual la evaluación de los elementos técnicos de las propuestas se basará en su solidez técnica y en el cumplimiento de las normas ambientales⁴⁴, es también una disposición que permite tener en cuenta las cuestiones climáticas.

D. Conclusiones del estudio

28. En el estudio se subraya que el debate sobre las medidas jurídicas adoptadas para dirigir la transición hacia una sociedad con bajas emisiones de carbono y resiliente al clima se ha centrado normalmente en soluciones que hacen referencia a ámbitos del derecho como el derecho internacional, el derecho constitucional, el derecho administrativo, la legislación sobre derechos humanos, así como la legislación sobre

⁴⁰ No obstante, la disposición modelo 1 hace referencia a la “sostenibilidad a largo plazo” tanto en la opción I como en la opción II.

⁴¹ Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas, disposición modelo 5, párr. 2 a).

⁴² *Ibid.*, disposición modelo 10 a).

⁴³ *Ibid.*, disposición modelo 10 c).

⁴⁴ *Ibid.*, disposición modelo 19, párr. 1, apdos. a) y b).

energía y medio ambiente. Sin embargo, en el estudio se considera que el derecho privado también puede desempeñar un papel importante en la lucha contra el cambio climático y la consecución de los objetivos del Acuerdo de París. El derecho de los contratos, el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho de los bienes, el derecho de sociedades y el derecho mercantil son todos ellos herramientas que pueden utilizarse para hacer frente a la crisis climática.

29. En el estudio se afirma, por ejemplo, que el derecho privado podría contribuir a crear un entorno más favorable a las inversiones inocuas para el clima, aportando más claridad, uniformidad y previsibilidad en el ámbito del comercio de derechos de emisión de carbono. Por el momento, en muchas jurisdicciones persiste la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de los créditos de carbono y su tratamiento jurídico en la legislación nacional. Las cuestiones sobre las que, a menudo, se estima conveniente una mayor claridad son, por ejemplo, si los créditos de carbono pueden utilizarse como garantía y si se consideran bienes de la masa de la insolvencia en caso de un procedimiento de ese tipo. Además, las divergencias que puedan existir en el tratamiento jurídico reservado a los créditos de carbono en las distintas jurisdicciones tienden a generar incertidumbre y a crear un marco regulatorio complejo para los agentes privados. Una cuestión sobre la que también se considera oportuno seguir reflexionando son los instrumentos contractuales utilizados para gestionar de manera más predecible los riesgos de índole regulatoria a los que se exponen los participantes en los mercados obligatorios y voluntarios del carbono.

30. En el estudio también se plantea que el derecho privado podría contribuir a crear un entorno más favorable a las inversiones inocuas para el clima, resolviendo algunas de las cuestiones jurídicas que se observan actualmente en el todavía incipiente, aunque en expansión, mercado internacional de utilización del CO₂. Esas cuestiones se refieren a la naturaleza jurídica con arreglo a la legislación nacional del CO₂ capturado y vendido con fines comerciales, así como a la responsabilidad de las entidades privadas en caso de fuga de CO₂. No obstante, en el estudio se hace una advertencia al respecto, puesto que la idea de fomentar el uso comercial del CO₂ para acelerar la descarbonización de la economía mundial no está exenta de polémica.

31. La evolución del derecho privado, y más concretamente del derecho de sociedades, también podría servir para fomentar una inclusión más sistemática de las consideraciones relativas al cambio climático en las decisiones empresariales. Muchas jurisdicciones ya están aplicando medidas nacionales para obligar a las empresas a divulgar información sobre su exposición a los riesgos financieros relacionados con el clima, y los juristas interpretan cada vez más que las obligaciones fiduciarias de los administradores y directivos de las empresas incluyen la consideración del cambio climático. Además, cada vez se reflexiona más sobre la necesidad de imponer un deber de vigilancia a las grandes empresas a fin de animarlas a realizar los esfuerzos necesarios para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero de su cadena de suministro. No obstante, con el fin de acelerar el ritmo de esos progresos y garantizar un cierto nivel de uniformidad en la evolución futura del derecho nacional, podrían elaborarse nuevos textos a nivel internacional como leyes modelo o guías.

32. En el estudio se concluye que, como organismo normativo de ámbito mundial, la CNUDMI podría desempeñar un papel clave en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático. Aunque podría considerarse la adopción de textos jurídicos sobre nuevos temas, cabe señalar que los textos vigentes de la CNUDMI —aun cuando no hagan referencia explícita a las consideraciones climáticas— ya pueden interpretarse y aplicarse de forma beneficiosa para el clima. Este es el caso, en particular, de los textos de la CNUDMI relativos al arbitraje comercial, la contratación pública y las alianzas público-privadas. Con el objetivo de facilitar y fomentar la utilización de esos textos como herramientas jurídicas eficaces para hacer frente al cambio climático, podrían adoptarse directrices específicas sobre el modo de aplicar determinadas disposiciones de esos textos a fin de apoyar la consecución de los objetivos climáticos.

III. Observaciones para su examen por la Comisión

33. Las medidas adoptadas para hacer frente el cambio climático se han convertido en una preocupación central del sistema de las Naciones Unidas y, en su función de coordinación, el Enviado Especial para la Acción Climática y su Financiación presta especial atención a la necesidad de cambiar considerablemente los mercados financieros públicos y privados y de movilizar la financiación privada hasta los niveles necesarios para alcanzar el objetivo, recogido en el Acuerdo de París, de limitar el calentamiento global a 1,5 °C. Esto comprende la creación de marcos para la presentación de información financiera, la gestión de riesgos y los beneficios empresariales con el fin de incorporar las repercusiones del cambio climático en la adopción de las principales decisiones financieras privadas y apoyar así la transición hacia una economía de cero emisiones netas de carbono.

34. La mayoría de las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París son de índole política, regulatoria o técnica, o exigen inversiones financieras tanto del sector público como del sector privado. No obstante, en el estudio se han identificado algunos ámbitos en los que el derecho privado puede facilitar la mitigación, la adaptación y la resiliencia en relación con el cambio climático y, en general, se apoya la idea de que sería conveniente y factible que la Comisión emprendiera una labor en esos ámbitos. Aunque las medidas adoptadas para hacer frente al cambio climático y su financiación no están, como tales, directamente relacionadas con el mandato de la Comisión, esta tal vez desee considerar la posibilidad de hacer su propia contribución a los objetivos climáticos más amplios adoptados por la comunidad internacional en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático. La acción climática es uno de los 13 Objetivos de Desarrollo Sostenible que todos los órganos de las Naciones Unidas están llamados a incluir, en la medida de lo posible, en su mandato. La Comisión, que sistemáticamente ha destacado la importancia de su programa de trabajo para el fomento del estado de derecho y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁴⁵, podría en consecuencia plantearse la labor propuesta en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático desde esa perspectiva y considerarla una contribución adicional a la agenda general sobre acción climática de las Naciones Unidas. La secretaría ha transmitido el estudio a los órganos interesados de las Naciones Unidas, a saber, la Oficina del Enviado Especial para la Acción Climática y su Financiación y la Secretaría del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, y transmitirá a la Comisión las observaciones que reciba de ellos.

35. A la luz de lo anterior, la Comisión tal vez desee considerar lo siguiente:

a) Si desea emprender una labor sobre los aspectos de derecho privado en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático identificados en las secciones A (“Cuestiones de derecho privado relativas a las inversiones limpias”) y B (“El derecho privado y la inclusión de consideraciones climáticas en las decisiones empresariales”) de la sinopsis del estudio;

b) El alcance de esa labor (por ejemplo, si abarcaría todos los ámbitos identificados en el estudio o solo algunos de ellos, o si se debe encomendar a la secretaría la identificación de otros posibles ámbitos pertinentes para el mandato de la Comisión);

c) En caso afirmativo, la forma de emprender esa labor (por ejemplo, remitiéndola a un grupo de trabajo o a la secretaría), si los recursos lo permiten;

d) Si se debe solicitar a la secretaría que prepare documentos de orientación, que se someterán al examen de la Comisión a su debido tiempo, sobre la aplicación práctica y la interpretación de los instrumentos vigentes de la CNUDMI (principalmente

⁴⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17), párrs. 370 a 374.

aquellos identificados en la sección C (“Los instrumentos de la CNUDMI y la acción climática”), pero posiblemente también otros);

e) Si la secretaría debe llevar a cabo, con la ayuda de expertos, un examen sistemático de las cuestiones de derecho privado surgidas en relación con la acción climática, que adopte la forma de una taxonomía o un estudio adicional, para seguir ayudando a la Comisión a tomar una decisión sobre la conveniencia de formular orientaciones concretas en materia de derecho privado y acción climática.

36. En el caso de que la información proporcionada anteriormente no sea suficiente para que la Comisión adopte una decisión sobre la conveniencia de remitir la labor a un grupo de trabajo o si no existe ningún grupo de trabajo disponible para emprender esa labor, la Comisión tal vez desee solicitar a la secretaría que siga investigando en ese ámbito, en consulta con expertos externos y organizaciones interesadas, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas. También puede considerar la posibilidad de solicitar a la secretaría que organice un coloquio o una reunión de un grupo de expertos sobre las diversas cuestiones jurídicas en materia de mitigación, adaptación y resiliencia en relación con el cambio climático, junto con las organizaciones internacionales pertinentes e interesadas, cuyos resultados facilitarían su examen en un futuro período de sesiones.
