

## DESAFÍOS JURÍDICOS EN MIRAS A LA COP 20, PERÚ 2014

Boletín N° 8: Octubre 2014

### Editorial<sup>1</sup>

A casi 30 días del inicio de la Conferencia de las Partes N° 20 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) nos hemos querido detener en una antigua institución del derecho privado que contribuye hoy, a alcanzar los objetivos perseguidos por la CMNUCC, en materia de mitigación de gases de efecto invernadero (GEI). Nos referimos a “los contratos”, temática que será abordada en el presente boletín por una destacada académica francesa, quién desde la óptica del derecho privado y en particular de la teoría de los contratos, analiza cómo los acuerdos entre particulares o entre éstos y el Estado, pueden contribuir al objetivo último de esta convención, cual es la estabilización de los GEI.

### Entrevista mensual: El contrato, un instrumento de lucha contra el cambio climático

La Profesora **Mathilde Boutonnet**, titular de la cátedra CNRS de derecho ambiental en la Universidad de Aix-Marseille, ha investigado las relaciones entre los contratos y el medioambiente.



Al respecto sostiene que existen contratos que se vinculan directa y/o indirectamente con la lucha contra el cambio climático. A este respecto cita a Eric Orts, creador de la terminología “climate contracts” (contratos climáticos)<sup>2</sup>. En esta perspectiva nos entrega su punto de vista sobre la institución del contrato como instrumento de lucha contra el cambio climático.

Destaca que si bien, los mecanismos de mitigación de gases de efecto invernadero son conocidos, por otra lado, existe cierta ignorancia sobre los contratos que permiten su implementación. En efecto, dichos mecanismos por regla general son instrumentos de mercado cuya puesta en ejecución depende de acuerdos contractuales. Para ello la entrevistada distingue entre cierto tipo de contratos cuyo objetivo fundamental es la lucha contra el cambio climático (contratos directos) y aquellos que tienen un objetivo distinto, pero que de manera indirecta contribuyen a la mitigación de gases de efecto invernadero (contratos indirectos).

#### Los contratos directos

El ejemplo más conocido de este tipo de contrato es el **contrato de cesión de gases de efecto invernadero** que es un contrato de venta, relacionado con el mecanismo de comercio de los derechos de emisión previsto en el Protocolo de Kioto (art.17). También existen los **contratos carbono**<sup>3</sup> vinculados al Mecanismo de

Desarrollo Limpio (art. 12 del Protocolo de Kioto), definidos como elementos de una práctica contractual en cadena, cuya composición puede variar, incluyendo uno o más contratos (contrato de inversión y eventualmente contrato de cesión de gases de efecto invernadero)<sup>4</sup>. Finalmente se destaca el **contrato REDD+** (Programme on Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation)<sup>5</sup>. Si bien estos contratos surgen de la necesidad de implementar los mecanismos de mercado previstos en el Protocolo de Kioto, existen otros contratos que nacen en el marco del derecho interno, como por ejemplo el “contrato de eficiencia energética”<sup>6</sup> que es un contrato público/privado cuyo objetivo es promover la construcción de tipo sostenible.

#### Los contratos indirectos

Para la Profesora Boutonnet, los contratos indirectos se definen como contratos que, sin tener como finalidad principal la lucha contra el cambio climático participan de dicho objetivo<sup>7</sup>, a través de las obligaciones ambientales en ellos contenidas.

Según la entrevistada, se puede realizar una distinción entre los contratos que contienen obligaciones de prestación y los que contienen obligaciones de entregar información relativa al consumo energético.

#### Obligaciones de prestación

Los contratos con obligaciones de prestación se encuentran en diversos ámbitos económicos como el inmobiliario, la construcción, la producción, la distribución, las compras públicas y privadas, etc.

Boutonnet destaca ejemplos de dichos contratos: existen contratos que involucran al Estado, a través por ejemplo del sistema de compras pública, en el marco del cual se definen criterios de desarrollo sustentable como requisitos para la postulación que formulen los oferentes<sup>8</sup>. Tales criterios (incluidos los que favorezcan los esfuerzos en materia de mitigación del cambio climático)

## DESAFÍOS JURÍDICOS EN MIRAS A LA COP 20, PERÚ 2014

Boletín N° 8: Octubre 2014

son a su vez incorporados en las cláusulas ambientales de los contratos que asignan la compra al oferente seleccionado.

En otro ejemplo, la Profesora Boutonnet precisa que desde hace algunos años se advierte este mismo proceso de incorporación de cláusulas ambientales/climáticas, en las relaciones entre particulares. Tal situación se advierte particularmente de los contratos cuya fuente legal es la ley. Un ejemplo de lo anterior, se encuentra en la reglamentación térmica francesa, la cual tiene por objeto establecer un límite máximo de uso energético en los edificios nuevos. En este caso los contratantes prevén obligaciones con los proveedores para respetar dicha reglamentación<sup>9</sup>. Asimismo, las obligaciones pueden derivar de instrumentos voluntarios como los "labels". En este marco, una de las partes adhiere voluntariamente a un "label", el cual establece consumos máximos de energía, cláusulas ambientales o sanitarias que dan derecho a beneficios fiscales, entre otros. Ciertamente, por el momento el contenido de tales cláusulas son más bien de tipo ambiental o sustentable, sin embargo cabe reconocer que tales tipos de contratos constituyen un instrumento real y concreto para materializar las acciones en materia de mitigación de efecto invernadero.

### Obligaciones de información del uso de la energía

Además de los contratos que contienen obligaciones de tipo ambiental, están aquellos que contienen obligaciones de entrega de información del uso de la energía, en materia de eficiencia energética y de estimulación del uso energético idóneo para el objetivo de la mitigación de los gases de efecto invernadero.

La entrevistada señala tres ejemplos de contratos indirectos que contienen obligaciones de información del uso de la energía. Pri-

mero, en Francia el propietario debe informar acerca del nivel de eficiencia energética del edificio en caso de venta<sup>10</sup>. En caso de arriendo, es el arrendador el que asume tal obligación. Segundo, en Australia, existe lo que se llama el "green-leasing", incorporado también en derecho francés. Así, en los casos de un contrato de arrendamiento comercial, las dos partes deben informarse acerca del nivel de eficiencia energética del edificio<sup>11</sup>. Finalmente, en materia de derecho del consumidor, la normativa francesa exige información sobre los niveles de eficiencia energética de los artículos electrodomésticos.

### Obligaciones de información

La Profesora Boutonnet destaca una evolución en la obligación de informar en esta materia. En efecto, mientras en el pasado "el deber de informar" buscaba la protección de la parte más débil, actualmente éste tiene como propósito alertar a las partes respecto de las consecuencias ambientales de sus decisiones. En ello se evidencia una evolución desde la protección del interés particular a la protección del interés general.

### Conclusión

Desde el punto de vista de los especialistas del derecho ambiental, dicha disciplina no es meramente un derecho estatal, sino también un derecho negociado.

Desde el punto de vista de los privatistas, el derecho de los contratos es un derecho liberal e individualista, sin embargo los contratos con el objetivo de lucha contra el cambio climático a título principal y accesorio, contribuyen también a la realización del interés general.

<sup>1</sup> El equipo editorial del presente boletín está compuesto por Pilar Moraga, Investigadora Principal de Dimensión Humana (CR)<sup>2</sup>, Investigadora Centro de Derecho Ambiental, Noémie Kugler, asistente de investigación (CR)<sup>2</sup>, Rodrigo Mella, CISDL ([www.cr2.cl](http://www.cr2.cl); <http://www.derecho.uchile.cl/cda>; <http://www.cisd.org/>)

<sup>2</sup> ORTS, E.W. 2011. "Climate Contracts". Virginia Environmental Law Journal. A través de esta expresión, el autor describe simultáneamente el medio jurídico a través del cual es posible de vincular obligaciones contractuales a objetivos de protección del medio ambiente y, en un sentido más general, el medio de determinar un modus operandi que permita enfrentar las problemáticas relacionadas al fenómeno del cambio climático.

<sup>3</sup> Expresión extraída de CALSING, R. Los Contratos Carbono. La función social de los contratos de derecho privado – El caso particular del Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kioto, Editions universitaires européennes, 2010, 520p.

<sup>4</sup> LEMOINE, M. Un contrato in specie – La utilización del contrato en el marco del Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático. p. 10.

<sup>5</sup> UNFCCC Secretariat, "Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries (REDD+). Decision booklet REDD+ (Includes the Warsaw Framework for REDD+)", junio 2014. A este propósito la entrevistada destaca el contrato Makira entre Air France y la Comunidad local de Madagascar involucrando la ONG Wildlife Conservation Society.

<sup>6</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo CE n° 2006/32/CE. 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos, art. 3 j : JOUE 27 abril 2006, n° L 114/64. «Contrato de rendimiento energético», el acuerdo contractual entre el beneficiario y el proveedor (normalmente una ESE) de una medida de mejora de la eficiencia energética, cuando las inversiones en dicha medida se abonen respecto de un nivel de mejora de la eficiencia energética convenido por contrato.

<sup>7</sup> BOUTONNET, M. Los contratos ambientales. p. 12.

<sup>8</sup> Código de los mercados públicos. Art. 14.

<sup>9</sup> Article 2 du décret no 2000-1153 du 29 novembre 2000.

<sup>10</sup> Código de la construcción. Art. L 271-4 (6).

<sup>11</sup> Código del medio ambiente. Art. L. 125-9.