

Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties

Jorge P. Freitas Di tomo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 201-225

Resumen: El aumento de la conciencia de las personas en materia del cuidado de nuestro medio ambiente, ha modificado seriamente los intereses de amplios grupos poblacionales. Lo anterior, se relaciona con las grandes transformaciones que se están produciendo en el comercio en general producto de las iniciativas para descarbonizar la economía, a la par que se estudia su impacto en la formación del derecho mercantil. Concretamente, se estudia como ante las nuevas regulaciones del comercio emergen novísimas cláusulas desde el punto de vista de su contenido y alcance obligacional; y se determina en qué medida estas nuevas regulaciones, que llevan a las partes a la utilización de estas cláusulas verdes, afectan los costos de transacción.

Palabras clave: Comercio, Contratación, Cláusulas verdes

Green clauses in commercial contracts in relation to the new decarbonized trade regulations. Case study: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties.

Summary: *The increase in people's awareness of caring for our environment has seriously modified the interests of large population groups. The above is related to the major transformations that are taking place in commerce as a result of initiatives to decarbonize the economy, while their impact on the formation of commercial law is studied. Specifically, it is studied how, in the face of the new trade regulations, new clauses emerge from the point of view of their content and obligatory scope; and it is determined to what extent these new regulations, which lead the parties to use these green clauses, affect transaction costs.*

Keywords: *Trade, Contracting, Green clauses.*

Recibido: 11/5/2024

Aprobado: 30/5/2024

* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diploma mención Excelente en Transporte y Comercio Marítimo, Centro Internacional de Actualización Profesional, UCAB. Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil, UCAB. Asistente Académico de Contratos Especiales I (Derecho), Pregrado, UCAB.

Cláusulas verdes en la contratación mercantil en relación a las nuevas regulaciones del comercio descarbonizado. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties

Jorge P. Freitas Di tomo*

RVDM, nro. 12, 2024, pp. 201-225

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Impacto de la conciencia ecológica en las sociedades mercantiles. 2. Nuevo paradigma comercial 2.1 Marco regulatorio. 3. Cláusulas verdes y su impacto en los costos de transacción. 4. Caso de estudio: BIMCO CII Clause for Voyage Charter Parties.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La transformación de nuestra realidad social, política y económica, producto del fenómeno del cambio climático no tiene precedentes. No es poca cosa que la mayoría de los Estados del mundo se encuentran alineados en objetivos comunes y están abocados a trabajar en concomitancia por mitigar el impacto de la actividad humana en nuestro medio ambiente.

La estrategia asumida por los Estados consiste en el desarrollo de medidas mancomunadas, en muchos de los casos acordadas en el seno de diversos organismos internacionales. En principio, los debates de esta naturaleza se daban en organismos especializados en la materia como la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; sin embargo, debido a la evolución de este asunto, se están generando discusiones en una heterogeneidad de foros.

Ante los nuevos intereses de la sociedad por el cuidado de, en palabras de S.S. el Papa Francisco, “nuestra casa común”¹ y la voluntad política de quienes ostentan tal liderazgo, se han producido transformaciones en múltiples ámbitos de la vida humana.

* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diploma mención Excelente en Transporte y Comercio Marítimo, Centro Internacional de Actualización Profesional, UCAB. Cursante de la Especialidad en Derecho Mercantil, UCAB. Asistente Académico de Contratos Especiales I (Derecho), Pregrado, UCAB.

¹ Papa Francisco, *Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Francisco: A Los Obispos, a Los Presbíteros Y a Los Diáconos, a Las Personas Consagradas Y a Todos Los Fieles Laicos Sobre El Cuidado De La Casa Común* (Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 2015), https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si_sp.pdf

La descarbonización de la economía, es uno de los grandes retos que se han planteado y en torno al cual se evidencian los mayores cambios.

En el marco de la descarbonización de la economía, al ser el comercio internacional una de las principales actividades que dinamizan la economía y cuya ejecución es altamente contaminante, este ha sido uno de los sectores más estudiados. Por lo anterior, el sector comercial es receptor de relevantes medidas y nuevas regulaciones.

En relación a lo antes mencionado, el derecho no es la excepción. Ante los nuevos intereses y acciones que implementa la sociedad, el derecho emerge para regular dichas conductas y asegurar la convivencia. Es así como, ante la nueva realidad comercial, el derecho también se ha transformado para adaptarse, creando el mayor espectro de seguridad jurídica para las partes involucradas y buscando reducir los costos de transacción.

Ante la promulgación de nuevas normas que afectan el desarrollo del comercio libre, siguiendo las directrices metodológicas del análisis económico del derecho, es oportuno que nos planteemos cómo asumirán los sujetos destinatarios de las normas su implementación o si procura la norma una verdadera simplificación de las transacción, entre otras cosas.

Con este trabajo se aspira a estudiar las normas sin suponer el simple acatamiento de los agentes ante su promulgación por el órgano o ente competente. Bajo la metodología del análisis económico del derecho, el objeto es observar las normas jurídicas contenidas en diferentes instrumentos legales o cláusulas contractuales, que han surgido ante la nueva realidad del comercio descarbonizado, bajo la perspectiva de su eficacia y aceptación por parte de sus destinatarios.

Por otra parte, el Derecho Mercantil ha sufrido significativos cambios, sobre todo en cuanto a su proceso de formación, implementación y formalización. Se observa cómo las prácticas comerciales han debido de cambiar profundamente producto de la superposición de los intereses colectivos en materia medioambiental a los intereses económicos.

Son cientos los ejemplos de los efectos del nuevo paradigma comercial en el derecho pero concretamente este estudio se circunscribe al análisis de la contratación mercantil. A los fines de demostrar nuestro planteamiento, se analiza cómo la contratación mercantil se ha visto afectada por la modificación de sus cláusulas tradicionales y se han tenido que desarrollar nuevos esquemas de contratación para asegurar el desarrollo del comercio internacional de acuerdo a los nuevos estándares internacionales.

En estos términos, se evalúa la manifestación de las cláusulas verdes en la contratación mercantil, utilizando como objeto de estudio el caso específico de la nueva cláusula sobre el índice de intensidad en carbono propuesta por el Consejo Marítimo Internacional del Báltico en sus pólizas tipo para fletamento de buques por viaje.

A pesar de no ser una norma instituida propiamente dicha, el supuesto de estudio antes referido constituye una seria modificación de los términos tradicionales en los que se desarrollaba el comercio internacional, sobre todo al considerar que la mayoría del comercio internacional de mercaderías se da por agua.

Es necesario advertir que, aunque me suscribo a la corriente doctrinaria que plantea el Derecho Marítimo como una rama autónoma dentro de la ciencia jurídica, no es menos cierto que en su concepción primigenia formó parte del Derecho Mercantil; es por lo anterior que, sólo por meros fines pedagógicos, se analiza el caso de una figura propia del Derecho Marítimo como lo es la póliza de fletamento, pero a la luz de la doctrina del Derecho Mercantil, la cual le es perfectamente aplicable.

El presente trabajo, tiene como propósito comprender el impacto que tiene la intervención y la regulación del Estado en el desarrollo del comercio mundial, mientras que se planetan sus efectos sobre la formación del derecho y concretamente en la contratación mercantil, toda vez que se prioriza la eficacia de las normas o medidas tomadas en este contexto y su utilidad para la reducción de los costos de transacción.

1. Impacto de la conciencia ecológica en las sociedades mercantiles

El cambio climático ha traído serias consecuencias en diversos aspectos de nuestra vida, transformando la realidad social y modificando los patrones de conducta de los ciudadanos. Este es un importante tema de debate e interés en el seno de la sociedad actual.

Dentro de esta nueva realidad, se manifiesta la conciencia ecológica de los agentes² como aquel aumento en la preocupación de estos por adquirir bienes o servicios limpios³ cuyo consumo no contribuye a acrecentar la crisis climática, ya no solo importan las cualidades del producto sino que su grado de sensibilidad con el ambiente es de interés para el mercado.

² Lewis A. Kornhauser. *El nuevo análisis económico del derecho: Las normas jurídicas como incentivos*, en *Derecho y Economía: Una revisión a la literatura*, (México: Edit. FCE, 2002), 19.

³ A los efectos de este trabajo se entenderá por “bienes o servicios limpios” aquellos que en todas sus fases de producción, vida útil y tratamiento son neutrales en carbono o cuya huella de carbono es inferior en comparación a un bien o servicio de similares características.

En el ámbito empresarial esto tiene una clara lectura, las nuevas dinámicas sociales que se ven determinadas por nuestra realidad climática no solo han transformado a la ciudadanía en término de sus aspiraciones en materia de derechos ambientales sino que han modificado los patrones de consumo y la forma de hacer comercio.

Lo anterior representa un reto para los comerciantes, quienes en aras de satisfacer las demandas de los agentes, a saber, bienes o servicios limpios y socialmente responsables, se ven en la necesidad de modificar sus procesos productivos y de comercialización en todos los niveles, buscando ganar posición de mercado.

El interés de los agentes en consumir productos como los antes descritos, no solo implica un cambio de las fases productivas de las empresas sino una modificación de los procedimientos de toma de decisiones a nivel de gobierno y de estrategia corporativa.

Lo antes expuesto, se evidencia en múltiples estudios académicos y diversos análisis de mercado, los cuales establecen de forma fehaciente los nuevos intereses de los agentes y el incremento exponencial de la adquisición de bienes y servicios limpios.

Podemos referir el gran *marketplace* Mercadolibre, este es un claro ejemplo de transformación comercial producto de las exigencias de los agentes. Esta gran empresa de comercio electrónico ha implementado diversas acciones para alinearse con los intereses de sus clientes, hay dos claros ejemplo: en primer lugar, el *#Ecofriday*, una actividad similar al *Black Friday*⁴ en donde ofertan diversas rebajas en los precios exclusivamente en productos que se consideran sustentables; y en segundo lugar, al crear un departamento dentro de su tienda online donde se agrupan solamente este tipo de productos.

Acciones como las de Mercadolibre no son producto del azar sino más bien una respuesta a, cómo ya indicamos, los nuevos intereses del mercado. De acuerdo al gigante del comercio electrónico en latinoamérica, en el año 2022 más de 7.3 millones de productos sustentables fueron adquiridos por más de 4.3 millones de personas de personas, esto a su vez representa un incremento de este tipo de compradores del 29% en relación con el año 2021 y del 37% desde el año 2020⁵.

Ante las nuevas exigencias, las empresas se ven en la necesidad de transformarse para mantener su competitividad, dicha transformación puede darse ya sea bajo la

⁴ «Black Friday | significado en inglés», Cambridge Dictionary, acceso el 02 de diciembre de 2023, <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/black-friday>.

⁵ «Más de 4.3 millones de usuarios compraron productos con impacto positivo en América Latina, el último año», Mercado Libre, acceso el 03 de diciembre del 2023, <https://sustentabilidadmercadolibre.com/blog/mas-de-43-millones-de-usuarios-compraron-productos-con-impacto-positivo-en-america-latina-el-ultimo-ano>.

coacción de agentes externos o de forma libre⁶, y puede abarcar diversos momentos sea desde la formación de la sociedad mercantil hasta su sistema de control post venta⁷

Aunque los nuevos intereses de los agentes son un factor que impacta sobre las sociedades mercantiles y las lleva a transformarse con el objeto de ser limpias, este no es el único. La realidad es que la legislación también se ha visto determinada por estos intereses, es el consumidor para las empresas, *mutatis mutandis*, el ciudadano para los gobiernos; por lo tanto el Estado y sus regulaciones en materia de protección del medio ambiente, como interés común de la ciudadanía, también es otro de los factores que impulsa a las sociedades mercantiles a su transformación.

Sin duda, la relación de causa y efecto entre la nueva conciencia ecológica de los agentes y el comportamiento de las sociedades mercantiles es meridianamente clara. Aunque es esencial entender el nexo causal entre los dos sujetos antes referidos, reviste una especial importancia el análisis de los efectos de dicha interacción sobre el comportamiento de las sociedades mercantiles.

Como quedó sentado, las sociedades mercantiles que buscan ser competitivas dentro de la nueva realidad y desafíos de las tendencias verdes en el comercio, deben pasar por múltiples ajustes de diversas clases. Si bien es cierto, son identificables con mayor facilidad los cambios que se realizan sobre los procesos de producción y comercialización, no debemos caer en la inatención de otros de extrema importancia que se plantean en la gestión de la sociedad mercantil.

En línea con lo anterior, podemos referirnos a los cambios que se implementan en materia de gobierno corporativo y legal. Estas son de especial importancia, ya que permiten crear los marcos idóneos para una nueva cultura empresarial que oriente el comportamiento de esta en línea con las nuevas aspiraciones verdes, especialmente debemos hacer referencia a la promoción de la responsabilidad social empresarial y subsecuentemente la implementación de novísimas previsiones legales en los acuerdos convencionales donde las sociedades mercantiles son parte.

Para la mayor comprensión del tema *sub studio*, resulta de interés pedagógico entender el papel que juega la responsabilidad social empresarial, en lo sucesivo “RSE”. De acuerdo al Observatorio de Responsabilidad Social Empresarial, podemos entender la RSE como:

⁶ Jorge Freitas Di tomo, «Competitividad De Las Empresas De Venezuela Ante El Cambio Climático». Revista Guayana Moderna 12 (2023): 220-33, <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/guayanamoderna/article/view/6389>.

⁷ Por un “sistema de control postventa”, se refiere a todos aquellos métodos que después de la venta del producto o prestación del servicio facilitan el tratamiento adecuado de los residuos, como es el caso de la logística inversa prevista en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular del Reino de España.

... la forma de conducir los negocios de las empresas que se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Implica el cumplimiento obligatorio de la legislación (...) en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto...⁸

En atención a lo referido, la RSE es un modo de proceder en los negocios o de dirigir el funcionamiento de una sociedad mercantil, el cual busca minimizar las consecuencias negativas de la actividad empresarial sobre los intereses de sus *shareholders*, *stakeholders* y la sociedad en general, en definitiva, busca que las empresas a parte de tener como su objeto el lucro o la consumación de otro tipo de objetivos, se conviertan en entes que contribuyen al mejoramiento de su entorno.

En su génesis, la idea de una RSE no fue planteada como una norma de derecho estricto o de imposición por parte del Estado, más bien nace producto del interés de las empresas en demostrar su grado de responsabilidad con su entorno y así mejorar su reputación comercial.

Pese a que son amplísimos los ámbitos de interés que abarca la RSE, podemos resumirlos en tres áreas generales tales como el ámbito social, medioambiental y económico; este grupo no es limitativo sino enunciativo abarcando diversos aspectos e intereses donde la empresa debe poner su atención y poner en práctica dicha responsabilidad.

Se observa que el ámbito medioambiental es donde las consecuencias de la acción de las empresas se ven con mayor claridad, y es por eso que la RSE interviene creando lineamientos, directrices y políticas, que junto con un compromiso serio de la alta dirección⁹, permite mitigar los efectos adversos de la actividad empresarial sobre nuestro medio ambiente y en especial el aumento de la temperatura media global, uno de los retos medioambientales de más alto calado.

El impacto de la nueva conciencia ecológica de los consumidores en las empresas es trascendental, pero también la postura de los Estados que han creado todo un nuevo esquema de deberes para las empresas y sanciones en caso de incumplimiento, debiendo estas replantear por completo su modelo de gestión.

⁸ Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa* (Madrid, 2014). <https://observatoriorsc.org/introduccion-la-responsabilidad-social-corporativa/>

⁹ De acuerdo al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, alta dirección es el personal trabajador habilitado con poderes por la empresa a la que pertenece, con plena responsabilidad, a los efectos de obtener los objetivos y fines previstos en sus estatutos y planes de negocio.

Ambos elementos *ut supra* indicados y ya explicados, son los que de forma paulatina han dado paso a la RSE. Estas cuestiones no solo son un tema de simple política empresarial, más bien ahora tienen una fuerte fundamentación legal, al menos en cuanto a materia medioambiental se refiere.

Las regulaciones que los Estados han impuesto en este particular, aunque no todas son de obligatorio cumplimiento, sin duda, su inobservancia genera una seria limitación en el mundo comercial nacional e internacional. Es así como también se ven impactadas las relaciones jurídicas o contractuales que devienen de la actuación de la empresa.

Todo lo antes expuesto, es de gran interés para el tema que estudiamos, ya que está generando transformaciones de gran trascendencia en el mundo jurídico. En la esfera del derecho, ha creado todo un nuevo horizonte tanto en materia regulatoria como contractual.

2. Nuevo paradigma comercial

Ante los nuevos intereses de la sociedad, y bien cómo ya se mencionó, no solo las empresas se han propuesto en mejorar sus procesos para hacerse más verdes y satisfacer a sus consumidores. A nivel estatal también hubo una transformación completa de la forma de proceder en materia económica para así satisfacer a los ciudadanos y promover el cuidado de nuestro planeta. Esta cuestión no solo alcanza a las empresas de propiedad estatal sino también a las de propiedad privada.

No cabe duda, uno de los grandes signos de esta nueva realidad comercial es la afectación que ha tenido sobre el campo del Derecho Mercantil. Particularmente, desnaturalizando la concepción originaria de este como un derecho que es expresión vivida de las prácticas de los comerciantes.

Sobre este aspecto, cabe referir lo dicho por Mármol Marqués, que en miras a dar un concepto amplio sobre el alcance del Derecho Mercantil, explica los orígenes de este remontándose a la Edad Media. Refiere que en esta época, con el resurgimiento de las nacionalidades regionales, hubo una gran pluralidad de ordenamientos jurídicos en un sólo Estado, lo cual no solo era complejo de implementar en las transacciones comerciales sino que dichas prácticas solían discriminar la actividad comercial y al comerciante en sí mismo¹⁰.

¹⁰ Hugo Mármol Marqués, *Fundamentos de Derecho Mercantil: Parte general* (Caracas: Ediciones Liber, 1999), 37-53

Es en el anterior escenario donde nace el Derecho Mercantil como una respuesta de los comerciantes, que deslindándose de las complejas estructuras jurídicas centradas en el derecho público, regulan la contratación entre ellos “...con normas casuísticas, inventadas en un primer momento “sobre la marcha” y luego perfeccionadas a través de su repetición, hijas, sobre todo, del sentido común”¹¹

En contraposición a esta forma originaria sobre la concepción de las normas que regulan los asuntos mercantiles, que a nuestra opinión ha prevalecido casi inmutable en el tiempo, se erige una nueva corriente jurídica para la regulación de las transacciones comerciales como lo es la de superposición de los interés colectivos.

La superposición de los intereses colectivos implica una intervención más activa del Estado en la creación de las normas que regulan el comercio, abocándose en su fondo y no solo en su forma. Estas no tienen como objeto la protección o regulación de la realización de una actividad comercial sino que tienen como bien jurídico protegido un interés social, como por ejemplo la protección del medio ambiente.

Con miras a la satisfacción de los nuevos objetivos climáticos, se está sustrayendo la formación de las normas mercantiles de la esfera de la costumbre de los comerciantes. Trasladando esta a un plano donde es el Estado quien, superponiendo el interés del colectivo, regula los términos en los cuales se han de desarrollar las actividades comerciales.

La ya mencionada desnaturalización de la concepción originaria del Derecho Mercantil, se debe a esta interrupción del sistema tradicional de formación de las normas mercantiles, dejando de ser, en cierta parte, un derecho que nace de los comerciantes. Siendo ahora el comercio, junto con la ciencia jurídica que lo regula, un asunto que se ve interferido por la protección del interés social colectivo.

2.1 Marco regulatorio

Al examinar la existencia de un nuevo paradigma comercial y su marco legal, podemos referirnos a dos esferas regulatorias, a saber: una que abarca los acuerdos internacionales que crean directrices o guías para los Estados que se adhieren a estos e incluso para las empresas, que sin suscribirlos formalmente, los observan para contribuir con este gran desafío; y otra que se ve representada por las normas internas que cada uno de los Estados adoptan dentro de sus territorios. Sin duda, en muchos casos, ambas esferas son interdependientes sirviendo una de fundamento para la otra; sin embargo, esto no es obstáculo para que se de un desarrollo independiente de cada una de estas.

¹¹ Mármol, *Fundamentos...*, 40-41

No es un requisito *sine qua non* que las normas que los Estados promulgan en materia medioambiental sean producto de la preexistencia de un acuerdo o directriz internacional. Muchas veces, se manifiestan como un interés primigenio de un Estado para contribuir a mitigar el cambio climático, casos como estos suelen manifestarse en los Estados con altos índices de desarrollo humano.

Con énfasis en la primera esfera, podemos resaltar que la mayoría de los Estados han establecido un conjunto de retos con objetivos claros, los cuales abordan el problema del cambio climático y buscan poder contrarrestar la gravedad de la situación. Las manifestaciones de acuerdos o metas comunes entre los Estados son diversas pero para efectos de este estudio resulta relevante hacer hincapié en las que influyen al Derecho Mercantil Internacional.

Estos diversos acuerdos internacionales, que originalmente son iniciativas políticas, si las partes los observan adecuadamente se ven traducidos en acciones concretas dentro de cada uno de los Estados contratantes. Lo anterior, se refleja en la modificación de las normas preexistentes o incorporación de novísimas normas dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, de esta forma se concretan los asuntos a los que se circunscriben estos acuerdos supranacionales en materia medioambiental.

Estas nuevas regulaciones, que están alterando el comercio internacional, son de gran interés para el estudio de la contratación mercantil. Las nuevas normas, al transformar la gestión de las empresas y el comercio, están condicionando la manera en que los comerciantes entablan sus relaciones jurídicas, la forma en que contratan y por tanto la estructuración y ejecución de los contratos.

Al hacer referencia al marco regulatorio, buscamos con este concepto abarcar todo lo que se refiere a instrumentos normativos tanto de *hard law* como aquellos de *soft law*, devengan de una jurisdicción nacional o sean producto de la cooperación internacional.

Aunque existen iniciativas globales en esta materia, que ya acumulan décadas de vigencia, resulta interesante denotar algunas que se pueden considerar relativamente jóvenes, como por ejemplo el Acuerdo de París, las Iniciativas de la Organización Marítima Internacional y el Pacto Verde de la Unión Europea.

De la lectura del Pacto Verde Europeo, se concluye que resulta ideal su estudio bajo la óptica de este trabajo. Esto se debe a que tiene grandes implicaciones para la transformación del modelo económico de la UE, a la vez que se ha convertido en un instrumento de *softlaw* de altísima referencia para empresas de naciones ajenas a la UE que buscan mantener un alto nivel de RSE.

Dicho acuerdo, tiene como meta lograr que la Unión Europea (UE) sea neutral climáticamente para el año 2050. Ciertamente, existen múltiples objetivos específicos que se están llevando a cabo para cumplir con la meta pero entre ellos destacan el denominado Objetivo 55, este busca la adaptación de la legislación de los países de la UE en línea con las nuevas expectativas climáticas mundiales¹².

El también llamado *Fit-for-55* plantea que para el año 2030 debe haber una reducción del 55% de las emisiones netas de gases de efecto invernadero en relación con los niveles del año 1990, con miras a la neutralidad en carbono para el año 2050. Lo anterior, de acuerdo a sus planteamientos, se logrará por medio de la promulgación de un paquete legislativo vinculante en toda la UE.

En el marco del Objetivo 55 del Pacto Verde Europeo se manifiesta una interesante medida que algunos estudiosos denominan de “proteccionismo verde”¹³, tal es el caso del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM, por sus siglas en inglés). El CBAM tiene como fin evitar que producto de las altas exigencias climáticas, se de una fuga de empresas del territorio de la UE hacia países con legislaciones más flexibles.

Por lo tanto, el CBAM impone un arancel a las importaciones, en principio solo en los productos intensivos en CO₂¹⁴, provenientes de naciones con regulaciones climáticas disímiles a las de la UE. Con esto, se aspira no solo lograr lo descrito en el párrafo anterior sino que se espera promover la transición también en los países no miembros de la UE. El CBAM solo es una referencia, de muchas otras, que se enmarcan en el Pacto Verde Europeo y que modifican por completo el régimen jurídico aplicable a la política comercial.

Muy concretamente, el análisis del precitado Objetivo 55, tiene un gran interés pedagógico para este trabajo, que se evidencia al ser una muestra del compromiso adquirido por los treinta y dos Estados miembros de la UE, en razón de que las aspiraciones climáticas, que se pactaron a nivel político, se vean transformadas en legislación para proferir su coacción.

¹² «Pacto Verde Europeo», Consejo de la Unión Europea, Última actualización el 20 de diciembre del 2023, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/>

¹³ Enrique Feás, Federico Steinberg, Lara Lázaro Touza, «El “arancel al carbono (CBAM)”: ¿proteccionismo verde o liderazgo global contra el cambio climático?», *Revista ARI Real Instituto Elcano* 18 (2023): 7, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/el-arancel-al-carbono-cbam-proteccionismo-verde-o-liderazgo-global-contra-el-cambio-climatico/>

¹⁴ De acuerdo a las normas que regulan el CBAM, algunos de los principales productos que se consideran “intensivos en CO₂” son el cemento, hierro, acero, aluminio, hidrógeno, la electricidad y el hidrógeno.

El impacto y liderazgo innovador que ejerce la UE en cuanto a la descarbonización de la economía, la consolidación de las metas del Acuerdo de París, entre otras cosas, se ve evidenciado en la férrea preocupación y oposición ejercida por grandes potencias comerciales como la República Popular China, algunos expertos en la materia sostienen que los efectos en el comercio mundial de las nuevas regulaciones europeas es tan grande, que no debe ser una sorpresa la futura presentación de reclamaciones en el sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC) contra normas como la antes expuesta.

Esto demuestra lo que ya fue asentado, a saber, que la intervención de los Estados, con miras a la protección de ciertos intereses colectivos, está irrumpiendo en los acostumbrados procesos de formación de las costumbres, usos y las normas en materia de Derecho Mercantil. Y por tanto se están transformando los términos en los que se desarrolla el comercio internacional.

Por lo ajeno de la jurisdicción donde normas como la antes revisada son promulgadas, cabe preguntarse cuál puede ser la relevancia en sistemas de derecho o en la capacidad comercial de terceros Estados donde las mismas no tienen validez formal. Ante esto, hay que decir que producto de la globalización, el impacto de las normas extranjeras cada día es mayor, siempre guardando sus matices.

Al referirnos a la aplicación de normas extranjeras dentro de un determinado Estado debemos hacer referencia a dos supuestos. En primer lugar, la manifestación voluntaria de un sujeto del derecho privado de observar un conjunto de normas específicas, en este caso se puede considerar a la norma extranjera como un instrumento de *soft law*. En segundo lugar, la acción del Estado que se basa en observar ciertas normas extranjeras, adaptándolas a la realidad concreta de dicha nación y asumiendo plena validez dentro de su ordenamiento jurídico.

Aunque se pueden citar centenares de instrumentos normativos extranjeros, sean propios del Derecho Internacional o del Derecho interno de algún país, que aún siendo completamente ajenos a un Estado en concreto, suelen observarse por parte de diversas personas naturales o jurídicas; de nuevo, el Pacto Verde Europeo se constituye como un perfecto objeto de demostración.

En el caso *sub studio*, se manifiesta de forma clara como la importancia y dimensión del mercado de la UE, en conjunto con su amplísima capacidad política, se constituyen como un bloque que tiene la capacidad de dirigir o determinar las políticas comerciales internacionales. Es decir, por el tamaño de la economía de la UE, cuando se acuerda un Pacto como el ya referido y emana normativas como la del CBAM, está condicionando el acceso de las importaciones de bienes y servicios para su territorio.

Dicho condicionante genera un efecto en cadena, ya que las empresas e incluso otros países, que tienen interés en participar dentro del mercado económico de la treintena de países que forman la UE, se ven en la necesidad de adaptarse a las normativas que esta unión supranacional impone. Este escenario es lo que se conoce como “Efecto Bruselas”¹⁵, es la forma en que la UE está liderando, entre otras cosas, la descarbonización de la economía.

En cuanto a la contratación mercantil se refiere, este proceso de adopción de normas extranjeras en las transacciones en Estados ajenos a ellas tiene una gran importancia. El interés de los agentes en poder participar de manera competitiva en el mercado internacional, les crea la necesidad de cumplir con las normativas de los grandes bloques económicos o políticos que rigen el comercio.

En el caso en concreto de Venezuela, que carece de una normativa que se oriente hacia la neutralidad neta en carbono de la economía, las empresas que buscan satisfacer estos estándares en todos sus procesos, deben crear sus propios mecanismos de regulación para poder lograr dichos estándares. Entre esas acciones de autorregulación, destacan el tratamiento que se le da a los acuerdos con terceros que forman parte de la cadena de valor del producto o servicio que dicha empresa ofrece, es en estos términos donde la contratación mercantil se ve fuertemente marcada.

Ante esta nueva realidad, las empresas al contratar con terceros la adquisición de productos o la prestación de servicios que intervienen en la cadena de valor de dicha empresa, deben asegurarse que el comportamiento de estos terceros también se alinee con sus estándares para no afectar su sustentabilidad. Por ejemplo, una empresa “A” que produce y embotella bebidas carbonatadas de sabores, con garantía de ser un producto con neutralidad neta en carbono, pero terceriza el proceso de reempaque en paquetes de seis botellas, al momento de realizar el contrato de la tercerización del proceso debe incluir ciertos parámetros para que la empresa “B”, tenga obligaciones en razón de cumplir los estándares medioambientales de la empresa “A”.

Es así como dentro del derecho privado, en gran medida por el impulso de terceros Estados más avanzados en este asunto, las empresas de países con normativas menos robustas, han establecido por medio de sus contratos los parámetros para adaptarse a esta nueva realidad del comercio internacional, buscando su competitividad y su capacidad de participar en esos grandes mercados con mayores exigencias medioambientales.

¹⁵ Bradford, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* [El Efecto Bruselas: Cómo la Unión Europea Gobierna el Mundo]. (Oxford:Universidad de Oxford, 2020), 76.

3. Cláusulas verdes y su impacto en los costos de transacción

Como se estableció previamente, ante el nuevo escenario de las demandas de los consumidores y la regulación impuesta por los Estados para descarbonizar el comercio, las empresas poseen nuevas preocupaciones, retos y obligaciones. No solo han cambiado su forma de llevar a cabo los procesos de producción y distribución sino también su manera de entablar relaciones jurídicas, ya que es por medio de la contratación que las partes autónomamente regulan su conducta.

Previo al estudio de la manifestación de las, por nosotros así denominadas, cláusulas verdes, es necesario revisar brevemente ciertos elementos de la teoría general de los contratos; esto a los fines de comprender ampliamente las particularidades que hay en torno a dichas cláusulas.

En este sentido, nos referiremos a la doctrina generalmente aceptada de Maduro Luyando. Este al desarrollar el tema de los contratos, sostiene que estos son una especie de negocio jurídico bilateral, ya que constituyen una manifestación de voluntad que busca producir efectos jurídicos que emanan directamente de la voluntad del sujeto y a su vez en la que concurren dos o más de dichas manifestaciones.

En línea con lo anterior nuestra legislación patria define que “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”¹⁶. Es así como el contrato es la principal fuente generadora de obligaciones entre las partes, las cuales preponderantemente tienen un contenido patrimonial.

La relevancia del contrato dentro del mundo comercial no solo se limita a ser el medio idóneo por medio del cual las partes regulan sus negocios jurídicos, a su vez es el instrumento de mayor uso dentro de la sociedad para regular las relaciones de tipo económicas o al menos susceptibles de tal estimación. En otras palabras, la figura del contrato se ha constituido como un instrumento indispensable para el desarrollo de la economía de las personas y por tanto de los Estados.

Es así como en el nuevo paradigma del comercio internacional, resalta el tema de la contratación mercantil como uno de importante valor, es en este aspecto donde se ven de manifiesto las cláusulas verdes en los contratos, entendidas como aquellas disposiciones que buscan asegurar entre las partes obligaciones en razón de ciertos criterios alineados con la neutralidad neta en carbono.

¹⁶ Código Civil, 26 de Julio de 1982, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990).

Las cláusulas verdes tienen por objeto condicionar el cumplimiento del contrato a un conjunto de parámetros que son propios de las medidas por el cuidado del medio ambiente; parámetros que deben de estar también referidos en el contrato o al menos debe el contrato indicar un instrumento de referencia para tal fin.

La importancia del estudio de este tipo de cláusulas, en nuestra opinión, no se circunscribe propiamente a su contenido o tipología, ya que a pesar de ser distintas en su fondo a las cláusulas que comúnmente se encuentran en los contratos mercantiles, su tratamiento es el comúnmente aplicable al régimen general de todas las obligaciones contractuales. Más bien, el interés sobre estas se ve reflejado en el impacto que tiene sobre los costos inherentes al cumplimiento del contrato o también llamados costos de transacción.

Sea de forma voluntaria o por mandato legal, la inclusión de cláusulas verdes en los contratos mercantiles tiene un impacto económico en el negocio jurídico subyacente al contrato. Cuando en un contrato de compraventa el comprador condiciona la contratación al cumplimiento de su contraparte de una determinada prestación que no es estrictamente necesaria para la satisfacción del mero interés comercial sino que busca además resguardar otros intereses, esto deviene en mayores obligaciones para el vendedor, lo que causa que el vendedor exija una mayor contraprestación y por tanto encarezca el precio del producto o el servicio objeto del contrato.

En el caso en concreto, la presencia de cláusulas verdes en los contratos no solo genera nuevos deberes y derechos para las partes contratantes, también modifica múltiples aspectos de este. Modifica el régimen de garantías acordado entre las partes, genera retos en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y crea un nuevo posible abanico de incumplimientos, aumentando así los riesgos en la contratación.

Es en este asunto donde realmente se plantea el debate sobre el costo-beneficio de la inclusión de las cláusulas verdes en la contratación mercantil, las que generan más cargas para los agentes y por tonto causando que sea más oneroso llevar a cabo sus actividades.

En aras de dar respuesta a esta cuestión, observaremos la manifestación de cláusulas verdes en los contratos mercantiles bajo la premisa de algunas herramientas básicas de la metodología propia del análisis económico del derecho. Bajo esta perspectiva, se busca observar bajo una óptica distinta la relación existente entre los fenómenos jurídicos y su impacto en la conducta de los agentes.

El análisis económico del derecho nos provee una metodología que permite estudiar la economía y al derecho en una misma dimensión. Ésta metodología “desarrolla una teoría económica sobre cómo se comportan los individuos (o “agentes”) en rela-

ción con las normas jurídicas”¹⁷. En otras palabras, por medio de éste análisis tenemos la posibilidad de estudiar la relación entre lo jurídico y económico, su impacto y efecto dentro de la sociedad.

Bien lo indica Pinzón al sostener que el análisis económico del derecho facilita interpretar los arreglos sociales, es decir, las leyes, y cuál es la impresión que tienen sobre todos los sujetos que están bajo su esfera de influencia. Así mismo “reconoce que dichos arreglos si importan, es decir, que la ley si importa porque en el mundo real existen costos de transacción que deben ser considerados en el momento de definir qué tipo de arreglo social es más conveniente”¹⁸. De tal manera, el autor nos señala que cuando se imponen las leyes debe de tomarse en cuanto como dichas normas determina los costos implícitos en los contratos, denominados por este como costos de transacción, lo que subsecuentemente afecta toda la cadena de valor.

Subsumiendo el tema de las cláusulas verdes en los contratos mercantiles dentro de la metodología de análisis antes comentada, podemos determinar como la inclusión de este tipo de cláusulas que aumenta la onerosidad del contrato y al generar mayores variables con más riesgos, aumenta los costos de realizar esa transacción.

Guiados por la visión de Pinzón, los instrumentos normativos que se han creado en materia de regulación medioambiental y que intervienen dentro del comercio, al igual que las medidas que en razón de estos se toman, son arreglos sociales que afectan los costos de transacción. El aumento de tales costos puede expresarse en dos términos: en primer lugar, producto de la onerosidad del contrato derivada de las nuevas obligaciones impuestas a alguna de las partes.

En segundo lugar, bien como lo refiere la doctrina en cuanto al tratamiento de los contrato a la luz del análisis económico del derecho, la idea principal del contrato es generar la mayor cantidad de certezas posible para que se entable un negocio jurídico y por tanto procurar la disminución de los riesgos, lo que genera más seguridad y por tanto haga disminuir las cuantías económicas inherentes a la contratación. Al evolucionar las cláusulas verdes en la contratación mercantil, aunque no son directamente opuestas a este supuesto que busca el abaratamiento de los costos de transacción, no cabe duda que sí pueden generar un desequilibrio en cuanto a la creación de nuevos riesgos.

¹⁷ Kornhauser, *El nuevo análisis...*, 19

¹⁸ Mario Pinzón Camargo, *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, (Bogotá: Universidad del Externado, 2010), 32.

La complejidad del contenido obligacional de las cláusulas, en conjunto con los retos que implica la vigilancia continua del cumplimiento de tales obligaciones, sobre todo de aquellas que son de tracto sucesivo, causa que sea más oneroso satisfacer lo previsto en el arreglo social y por ende aumenta considerablemente los costos de la transacción.

Producto de las lecturas realizadas y lo antes descrito se puede decir que el interés de comprender la relación entre las cláusulas verdes y los costos de transacción en los contratos se debe a que el aumento o disminución de dichos costos es una variable a considerar por los agentes. Estos al momento de realizar cualquier tipo de actividad comercial analizan todos los costos asociados para determinar la viabilidad de llevarla a cabo; en consecuencia, a menores costos de transacción, mayor será el interés de los agentes de desempeñar una actividad en cuestión.

4. Caso de estudio: CII Clause for Voyage Charter Parties

A los fines de proferir una mayor comprensión de la doctrina antes revisada, a continuación se estudiará una cláusula que se circunscribe en nuestro concepto de cláusula verde y donde se puede evidenciar como la utilización de estas aumenta el esfuerzo económico de las partes para el cumplimiento del objeto del contrato y por tanto afecta los costos de transacción, tal es el caso de la *CII Clause for Voyage Charter Parties* [Cláusula de Indicador de Intensidad en Carbono en los Contratos de Fletamento por Viaje].

La cláusula antes referida, nace como una respuesta a las enmiendas realizadas en junio del 2021 por el Comité de protección del medio ambiente marino de la Organización Marítima Internacional al Anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por Buques, conocido como MARPOL por sus siglas en inglés.

Entre las diversas medidas acordadas en las enmiendas, destaca que a partir del 01 de enero del 2023 los armadores de los buques que iguallen o superen las 5.000 toneladas de arqueo bruto deben calcular el índice de eficacia energética a los buques existentes (EEXI), reportarlo y bajo un proceso de calificación manifestar su indicador de intensidad en carbono (CII)¹⁹; todo esto a los fines de asumir las medidas que sean necesarias para hacer que los buques estén dentro de los parámetros mínimos razonablemente previstos en el Convenio MARPOL.

¹⁹ «EEXI y CII: Medidas de intensidad de carbono de los buques y el sistema de clasificación», Organización Marítima Internacional, acceso el 27 de diciembre de 2023, <https://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/EEXI-CII-FAQ.aspx>.

El cumplimiento de este tipo de normas acarrea para los armadores altos costes, no solo en término del personal y otros recursos que se deben de destinar para llevar a cabo las nuevas actividades de monitoreo y clasificación exigidas en razón de las nuevas enmiendas *ut supra* referidas, sino también por las acciones concretas que los armadores deben llevar a cabo para disminuir sus emisiones de carbono y así estar dentro de los parámetros del CII. Tal es el caso, que el propio Comité de la OMI creó un mecanismo de seguimiento para poder vigilar si los impactos positivos de la medida superan los negativos y tomar decisiones en razón de ello.

La reducción de la velocidad de navegación es la práctica más común para reducir las emisiones de dióxido de carbono de los buques. Esto acarrea una serie de complicaciones para la aventura marítima y la industria en general. Si bien es cierto son los armadores de los buques quienes tiene la responsabilidad inherentes al cumplimiento de las normas que la OMI ha impuesto en esta materia, ejecutar medidas como la que se comentan puede traer serias consecuencias para los armadores, incluso pudiendo dar lugar a acciones por incumplimiento de contrato.

La velocidad de la navegación de los buques suele ser un aspecto que se considera con mucha seriedad dentro de los contratos de transporte marítimo; dependiendo del papel del sujeto dentro de la industria marítima podremos observar el tema de la velocidad de los buques de forma distinta. Existen claras circunstancias en las que la cláusula de velocidad del buque puede afectar la correcta ejecución del contrato se pueden observar en los arrendamientos de buques, los contratos de fletamento marítimo, los contratos de *bunker*, entre otros...

Los efectos de modificar la velocidad o ruta de navegación del buque a discreción del armador, para mantenerse dentro de los parámetros de las normas de la OMI, se evidencian en los contratos de fletamento. Dichos efectos no solo se circunscribe a las partes del contrato de fletamento (armador y fletador) sino además que puede generar consecuencias en los instrumentos que se derivan de la actividad del fletador como los conocimientos de embarque, las cartas de porte y otros documentos análogos.

Todo lo anterior, genera una gran exposición del armador a riesgos por acciones de reclamación que pueden ser interpuestas por el propio fletador e incluso por los titulares de un conocimiento de embarque o carta de porte.

Ante la existencia de nuevas normas que intervienen en la libre realización del comercio en favor de un bien o interés general, como el cuidado del medio ambiente con la reducción de las emisiones de GEI derivados de la actividad de los buques, y ante las consecuencias que tiene dentro de la industria naviera, nace también la necesidad de las partes afectadas en regular el asunto dentro de sus relaciones negociales.

Es así como BIMCO²⁰, en su labor de generar instrumentos de contratación uniformes para la industria marítima, desarrolló la *CII Clause for Voyage Charter Parties*; esta permite que se distribuya entre armadores y fletadores las cargas inherentes a las nuevas metas de eficacia energética de los buques.

El hecho de que BIMCO, una institución de tan alta confianza en la industria, crease una disposición contractual como esta para sus pólizas²¹, deja en evidencia el impacto de la descarbonización en el transporte marítimo, la contratación en general y el comercio internacional.

La cláusula modelo *ut supra referida*, fue propuesta por BIMCO en los siguientes términos:

Sin perjuicio de cualquier otra disposición en el Contrato de Fletamento, los Propietarios y los Fletadores acuerdan lo siguiente:

(a) Con el fin de reducir la intensidad de carbono del Buque, los Armadores/el Capitán tienen derecho a ajustar el rumbo y/o reducir la velocidad o las RPM (revoluciones por minuto del motor principal), previendo que la velocidad del Buque, en base las buenas condiciones climáticas (que significarán [las partes insertarán aquí una definición]), no deberán descender por debajo de [X] nudos durante ningún viaje realizado conforme al Contrato de Fletamento.

(b) Cuando el Buque proceda de conformidad con la subcláusula (a), esto constituirá cumplimiento, y no habrá incumplimiento, de cualquier obligación que requiera que el Buque avance por la ruta usual/acostumbrada y/o con la mayor y/o diligencia en el transporte (o cualquier otra expresión similar/equivalente) [o cualquier garantía de velocidad y consumo bajo el Contrato de Fletamento]. El Laycan acordado según el Contrato de Fletamento no se verá afectado por esta Cláusula.

(c) Los Fletadores se asegurarán de que los términos de los conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que prueben los contratos de transporte emitidos por o en nombre de los Armadores, dispongan que el ejercicio por parte de los Armadores de sus derechos bajo esta Cláusula no constituya un incumplimiento de el contrato de transporte. Los Fletadores indemnizarán a los Armadores contra todas las consecuencias y responsabilidades que puedan surgir de los conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que acrediten los contratos de transporte emitidos tal como se presentan en la medida en que los términos de dichos conocimientos de embarque, cartas de porte u otros documentos que acrediten los contratos de transporte impongan o resulten en la imposición de responsabilidades más onerosas a los Propietarios que las asumidas por los Propietarios de conformidad con esta Cláusula.

(d) Esta Cláusula se aplicará sin perjuicio de cualquier otro derecho expreso o implícito bajo este Contrato de Fletamento que faculte al Buque a navegar a velocidades inferiores a la velocidad mínima establecida en la subcláusula (a).

²⁰ Baltic and International Maritime Council [Consejo Marítimo Internacional y del Báltico].

²¹ Las “pólizas” son contratos tipo o modelos preestablecidos que facilita la formación y suscripción entre las partes.

(e) Dentro de [X]* días después de completar la descarga final de la carga transportada según el Contrato de Fletamento, los Armadores pondrán a disposición de los Fletadores: (i) detalles de los tipos y cantidades de combustibles consumidos según el Contrato de Fletamento; y (ii) la distancia recorrida en el viaje tanto en lastre como en carga.

*Si en la subcláusula (e) no se indica número de días, el valor predeterminado será de 7 (siete) días.²² (traducción propia).

La precitada cláusula busca proteger al armador del buque en el ejercicio de las acciones que le son propias a este o al capitán, en el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas ejecutadas de acuerdo a las enmiendas del VI Anexo del Convenio MARPOL. A su vez, tiene como objeto la limitación y/o distribución de las responsabilidades que de su cumplimiento o incumplimiento resulten.

Esta disposición, que busca asegurar la eficacia energética de los buques, prevé en su primer apartado el derecho que tiene el armador y/o el capitán del buque de modificar la ruta o reducir la velocidad de la navegación. A la vez que establece que dichas acciones siempre deben ser en virtud de los parámetros de eficacia energética y nunca por debajo de los nudos²³ mínimos acordados.

Seguidamente, establece que el ejercicio de las acciones del primer apartado no se considerará un incumplimiento de otras obligaciones contraídas en virtud de asegurar una determinada velocidad o ruta; queda fuera de esta excepción el incumplimiento del *laycan*²⁴, el cual no podrá modificarse invocando la disposición estudiada.

En el anterior aspecto, se observa con diafanidad como el ejercicio de los deberes o derechos que se derivan de las obligaciones de eficacia energética del buque, se superponen a otros derechos de las partes del contrato de fletamento por viaje, los cuales tradicionalmente se han acordado porque permiten el abaratamiento o simplificación del comercio.

A su vez, en su literal “c” los contratantes acuerdan limitar la responsabilidad del armador y regular las obligaciones que tiene el fletador. Por lo tanto, debe el fletador transferir el contenido de la cláusula a los conocimientos de embarque, cartas de porte u otro tipo de instrumentos en los que se establezcan contratos de transporte donde se pueda ver involucrado el armador. También acuerda que el fletador deberá indemnizar

²² «CII Clause for Voyage Charter Parties 2023», Baltic and International Maritime Council (BIMCO), acceso el 22 de diciembre de 2023, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/cii-clause-for-voyage-charter-parties-2023>

²³ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, nos referimos a la acepción de nudo que se define como una unidad de velocidad para barcos y aviones, equivalente a una milla náutica por hora.

²⁴ En concordancia con el Glosario de Términos de Standard and Poor’s, *laycan* es el intervalo de tiempo para realizar las operaciones de carga del buque.

al armador ante las consecuencias que, producto del ejercicio de lo previsto en el literal “a”, se deriven de los conocimientos de embarque, cartas de porte, entre otros.

Aunque se pueden identificar manifestaciones análogas en todo tipo de industrias, la *CII Clause for Voyage Charter Parties*, es una clara muestra de cómo en la industria naviera las nuevas condiciones en las que se desarrolla el comercio, producto de la regulación estatal en temas de descarbonización, afectan al comercio y a la contratación mercantil. Asimismo, evidencia el alto impacto que las políticas medioambientales tiene sobre el libre ejercicio del comercio.

CONCLUSIONES

Los nuevos intereses de las personas en relación al grado de impacto que tienen las actividades humanas en la producción de dióxido de carbono y por tanto en el incremento del calentamiento global, y en general en el cuidado de nuestro medioambiente, ha transformado el modo de proceder de las empresas.

En la actualidad, las empresas en búsqueda de mantener su posición de mercado se han visto en la necesidad de adaptarse a las demandas de los consumidores, cambiando su modelo de gestión, transformando sus procesos productivos e incluyendo elementos como la responsabilidad social corporativa, este último como nuevo pilar fundamental de la estructuración de la misión, visión y valores de la organización.

Lo antes expresado, no solo tiene un impacto en las políticas internas de las organizaciones sino que subsecuentemente está transformando por completo el ecosistema en el cual se realizan las transacciones comerciales, determinando la realidad económica de las naciones.

Un nuevo modo de proceder implica que hubo un cambio en la conducta de las personas, tanto naturales como jurídicas. De cara a las nuevas conductas externalizadas por los sujetos, se manifiesta el derecho en su fundición de regulación conductual, como un mecanismo que procura establecer las normas para permitir la convivencia en sociedad. *Grosso modo*, la nueva realidad comercial no se encuentra aislada del desarrollo normativo.

Sin embargo, este proceso tiene una peculiaridad, en la visión tradicional del derecho mercantil los desarrollos normativos se deban a partir de la actividad del comerciante que de forma consuetudinaria eventualmente se formalizaban en normas escritas. Del estudio desarrollado en el presente trabajo, quedó evidenciado que el afán de los Estados por regular el comercio para su descarbonización nos plantea una nueva visión del derecho mercantil.

Esta nueva visión está definida por una fuerte intervención del Estado en el sector comercial y por tanto en el libre desarrollo de los mercados; con mayor frecuencia los entes reguladores, sean propiamente los Estados u organizaciones internacionales, están dejando en segundo plano las necesidades o intereses del comerciante, dedicándose a promulgar normas en las que, aunque pueden en cierta medida afectar negativamente algunos sectores o intereses económicos, prevalece el interés común de la sociedad en relación al derecho a un ecosistema limpio.

En nuestros términos, la nueva realidad del comercio descarbonizado como medio para la efectiva descarbonización de la economía, está redefiniendo el proceso de formación del derecho mercantil, dejando de estar centrada únicamente en el comerciante y el desarrollo de su actividad sino que se ponderan ahora los intereses sociales o colectivos al momento de regular el comercio.

Así, se estima que las nuevas normas, lineamientos, directrices, especialmente los de *hard law*, que se están promulgando para coaccionar dentro de las esferas comerciales la migración hacia un modelo neutral en carbono, plantean un necesario ejercicio de ponderación sobre cómo su aplicación afecta los costos de transacción. En nuestro criterio, las normas que se han estado promulgando aumentan significativamente los costos de transacción, generando no solo una mayor carga económica para los comerciantes sino que eventualmente esta se traslada a los consumidores finales.

Así las cosas, la conducta desplegada por los Estados cuando pretenden aplicar de forma coactiva restricciones o grandes regulaciones al ejercicio del comercio en favor de la protección de algún interés colectivo, se traduce en una intervención innecesaria en la economía privada. Bien como se expuso y demostró en el desarrollo de este trabajo, las empresas tienen una tendencia a autorregularse para adaptarse a las verdaderas necesidades del mercado, por tanto es este último el mejor termómetro de los intereses colectivos de la sociedad; es decir, en cuanto las personas en el ejercicio de su libertad de contratar prefiera consumir bienes o servicios limpios, en esa misma medida, y sin que sea necesaria la coacción estatal, se transformará el comercio.

Es preciso aclarar que lo antes aseverado no implica que deban detenerse los esfuerzos de cooperación internacional para procurar la descarbonización, sin embargo, es una postura que llama a disminuir la coacción y a enfocar los esfuerzos políticos en continuar y especializar la elaboración de instrumentos de *soft law* que sirvan de marco o guía para una transición de las sociedades mercantiles que no les genere perjuicios, no sólo en virtud de proteger a los *shareholders* sino también a sus *stakeholders*.

En el caso de estudio, se evidencia claramente lo planteado en este aparte conclusivo. Ante una nueva regulación acordada en el seno de la Organización Marítima Internacional, que se enmarca en el proceso para descarbonizar a la industria del trans-

porte y el comercio marítimo, se han visto afectados los términos tradicionales en los cuales las partes acordaban los contratos de transporte de mercancías, generando un serio aumento de los costos de los fletamentos o los seguros, producto del riesgo latente de que el buque cambie inesperadamente su ruta para mantenerse dentro de ciertos parámetros de emisiones de dióxido de carbono. Ante ello, BIMCO por medio de sus pólizas tipo pasa a proponer una nueva cláusula contractual para brindar a las partes seguridad jurídica ante las nuevas necesidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Anu, Bradford. *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World [El Efecto Bruselas: Cómo la Unión Europea Gobierna el Mundo]*. Oxford: Universidad de Oxford, 2020.
- Baltic and International Maritime Council (BIMCO). «CII Clause for Voyage Charter Parties 2023». Acceso el 22 de diciembre de 2023, <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/cii-clause-for-voyage-charter-parties-2023>
- Cambridge Dictionary. «Black Friday | significado en inglés». Acceso el 02 de diciembre de 2023, <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/black-friday>.
- Congreso Nacional. Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N°2.990 de fecha 26 de julio de 1982.
- Consejo de la Unión Europea. «Pacto Verde Europeo». Última actualización el 20 de diciembre del 2023, <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/green-deal/>
- Feás, Enrique, Federico Steinberg y Lara Lázaro Touza. «El “arancel al carbono (CBAM)”»: ¿proteccionismo verde o liderazgo global contra el cambio climático?» *Revista ARI Real Instituto Elcano* 18 (2023).
- Freitas Di tomo, Jorge. «Competitividad De Las Empresas De Venezuela Ante El Cambio Climático». *Revista Guayana Moderna* 12 (2023): 220-233, doi: 0009-0004-6977-3316A.
- Kornhauser, Lewis A. . *El nuevo análisis económico del derecho: Las normas jurídicas como incentivos, en Derecho y Economía: Una revisión a la literatura*. México: Edit. FCE, 2002.
- Mármol Marqués, Hugo. *Fundamentos de Derecho Mercantil: Parte general*. Caracas: Ediciones Liber, 1999.
- Mercado Libre. «Más de 4.3 millones de usuarios compraron productos con impacto positivo en América Latina, el último año». Acceso el 03 de diciembre del 2023, <https://sustentabilidadmercadolibre.com/blog/mas-de-43-millones-de-usuarios-compraron-productos-con-impacto-positivo-en-america-latina-el-ultimo-ano>

Papa Francisco. *Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Francisco: A Los Obispos, a Los Presbíteros Y a Los Diáconos, a Las Personas Consagradas Y a Todos Los Fieles Laicos Sobre El Cuidado De La Casa Común*. Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 2015. https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa*: Madrid, 2014. <https://observatoriosc.org/introduccion-la-responsabilidad-social-corporativa/>

Organización Marítima Internacional. «EEXI y CII: Medidas de intensidad de carbono de los buques y el sistema de clasificación». Acceso el 27 de diciembre de 2023, <https://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/EEXI-CII-FAQ.aspx>.

Pinzón Camargo, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad del Externado, 2010.

Real Academia Española. «Diccionario de la lengua española, 23.^a ed.». Acceso el 10 de diciembre del 2023, <https://dle.rae.es>.

Standard and Poor's «Glosario de Términos». Acceso el 20 de diciembre del 2023, <https://www.spglobal.com/ratings/es/>.