

# **FINANCIAMIENTO Y MEDIO AMBIENTE: el impacto de los aspectos ambientales en las políticas crediticias de las instituciones financieras.**

**Karim Kahatt**

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú  
Master of Laws, The University of Texas at Austin

*«Estamos convencidos de que no solamente son las tendencias del mercado y las circunstancias políticas las que moldean nuestra empresa, sino cada vez más, las condiciones ambientales y las expectativas sociales»*

Marcel Ospel  
Union de Banque Suisse - UBS  
Presidente

El camino al desarrollo sostenible está delineado por el apalancamiento financiero de organismos económicos internacionales. ¿Cuál es el proceso para que el «financiamiento del medio ambiente» sea promovido? ¿cómo las instituciones financieras califican sus préstamos? ¿cuál es la responsabilidad ambiental de los prestamistas?

El presente artículo nos explica dicho proceso, la calificación de préstamos y la responsabilidad ambiental. Asimismo, de manera interesante, nos muestra cómo elementos financieros del tipo «*project finance*» son el soporte de los llamados créditos ambientales.

## PRÓLOGO

Antes de plantear los temas a desarrollar, corresponde hacer una aclaración respecto de la relación entre el contenido de este artículo y su título. A pesar de que este último se refiere únicamente a asuntos ambientales, algunos de los temas que se discuten aquí abarcan otros componentes relevantes para el financiamiento de proyectos que exceden aspectos estrictamente ambientales. Existe actualmente una tendencia, tanto académica como normativa, por incorporar en esta categoría otros criterios no vinculados intrínsecamente con la protección del medio ambiente<sup>1</sup>, entendido en su sentido más tradicional como la lucha contra la contaminación y la conservación de la

diversidad biológica y los recursos naturales, pero que, por su cercanía conceptual, resultan admisibles. La cita ofrecida al inicio refleja claramente esta tendencia.

Dos de los conceptos más frecuentemente asimilados como aspectos ambientales son, en ese orden de importancia y de frecuencia, los aspectos sociales<sup>2</sup> y la protección del patrimonio cultural<sup>3</sup>. A menudo, ambos se presentan asociados a los aspectos ambientales en un proyecto determinado. Por tanto, es necesario advertir que, a pesar de lo que el título pueda sugerir, algunos de los problemas que se discuten en este artículo se aplican también a estos dos otros aspectos. Si bien esta advertencia es válida por sí sola en el plano teórico, resulta más relevante aun si se examina a la luz de un proyecto concreto. Hay casos en los que resulta muy difícil disociar los aspectos ambientales de los aspectos sociales y/o culturales, cuando se trata de evaluar las consecuencias que un determinado proyecto puede tener sobre un área geográfica específica. Donde sea posible, se incluirá una referencia al valor que resulte afectado.

En el ámbito académico también ha habido interés por analizar esta tendencia<sup>4</sup>. La comunidad empresarial, por su parte, ha aprendido la lección «en carne propia» al haber experimentado la reacción de comunidades locales en las áreas donde se

<sup>1</sup> Una de las características del derecho ambiental es la imprecisión de su definición. Se dice que, en vista de que los límites del derecho ambiental no están claramente establecidos, su contenido puede ser definido amplia o restringidamente. Esta característica ha dado lugar a que muchos temas que no se vinculan estrictamente con la protección del medio ambiente terminan siendo abarcados por esta disciplina, tanto en el ámbito académico como en el normativo. No son raros los casos en los que leyes y reglamentos ambientales incluyen temas ajenos a la disciplina, como por ejemplo la protección de restos arqueológicos. BENJAMÍN, Alonso. Profesor de Derecho Ambiental Comparado, The University of Texas at Austin, Comunicación Personal.

<sup>2</sup> La categoría «aspectos sociales» abarca hoy en día una amplia gama de conceptos más específicos, dentro de los que destacan los desplazamientos involuntarios de poblaciones enteras (reasentamientos involuntarios) y los asuntos socioculturales de comunidades indígenas. Por lo pronto, estos dos conceptos han dado origen por sí solos a sendas políticas de salvaguardia que el Banco Mundial observa en cada uno de los proyectos que financia. Ver nota 38 para mayores detalles sobre las políticas de salvaguardia del Banco Mundial.

<sup>3</sup> Un ejemplo concreto de la influencia de esta tendencia en el ámbito normativo se puede apreciar en la definición de «derecho ambiental» contenida en el proyecto de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea relativa a Acceso a la Justicia en materia Ambiental. El texto original de dicho proyecto ha sido modificado para incluir al «patrimonio cultural» como objeto de protección legal, en vista de que las legislaciones de varios de los países miembro ya le otorgaban ese privilegio, y en vista de que el artículo 3 de la Directiva sobre Estudios de Impacto Ambiental menciona expresamente al patrimonio cultural como parte del medio ambiente. FUHR, Martín y otros «Access to Justice: Legal Standing for Environmental Associations in the European Union». En: *Public Interest Perspectives in Environmental Law*. David Robinson & John Dunkley, Editors, Wiley Chancery, 1995, p. 103.

<sup>4</sup> Para acceder a una discusión detallada a cerca de la inclusión de la protección del patrimonio cultural como parte de una política ambiental dentro de los Estados Unidos de América, revisar PERKINS SPYKE, Nancy: «The Promotion and Preservation of Culture as part of Environmental Policy.» 20 *William and Mary Environmental Law and Policy Review* 243. Otro claro ejemplo de la actual relevancia de la protección del patrimonio cultural como parte de la protección del medio ambiente se puede apreciar en la Política Operacional 4.11 (O.P. 4.11) – Patrimonio Cultural, aprobada por el Banco Mundial para asistir en la preservación del patrimonio cultural, empleando lineamientos creados por la UNESCO. Este mecanismo, que se enmarca dentro del proceso de Evaluación Ambiental de todo proyecto que el Banco Mundial financia, busca identificar si el proyecto pone en riesgo o afecta de alguna manera algún elemento o área que constituya patrimonio natural o cultural del país prestatario. [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

- Legal Aspects of Bank Operations. Por si esta referencia fuera insuficiente para probar este punto, el Banco Mundial está a punto de reclasificar esta política operacional, retirándola de las políticas de salvaguardia sociales para incluirla en las políticas de salvaguardia ambientales y rurales.

desarrollan los proyectos, reacción que en algunos casos ha puesto en riesgo la viabilidad del proyecto, y en otros simplemente los ha truncado<sup>5</sup>. El protagonismo de esta tendencia en los ámbitos académico y profesional es de tal magnitud que actualmente se discuten conceptos como «licencia social para operar»<sup>6</sup>, entendida como la aceptación de la que debe gozar un determinado proyecto en las comunidades «anfitrionas» para poder desarrollarse con normalidad, y «responsabilidad social de la empresa»<sup>7</sup>, entendida como la conciencia que la empresa muestra por su rol dentro de la sociedad y por el impacto que sus actividades causan en ella. El solo hecho de la existencia de conceptos así de generalizados nos da una idea de la importancia de estos elementos dentro del diseño, ejecución y supervisión de proyectos.

## INTRODUCCIÓN

El equilibrio entre la protección del medio ambiente y el desarrollo ha sido un tema por demás controvertido, especialmente dentro de los círculos ambientales. Por lo menos durante los últimos treinta años, y especialmente después

de la Declaración de Estocolmo de 1972<sup>8</sup>, el concepto de desarrollo sostenible<sup>9</sup> - que apuesta por un adecuado equilibrio entre desarrollo y protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras - ha guiado el derecho internacional ambiental, los foros académicos e incluso constituciones políticas y legislaciones de algunos países<sup>10</sup>.

Un aspecto clave del desarrollo es el financiamiento. Es el combustible de cualquier iniciativa de desarrollo, más aun si consideramos que éstas se identifican en gran medida y con bastante frecuencia con la realización de proyectos de infraestructura. Desde esta perspectiva, gran parte de las preocupaciones que se generan en torno a la relación entre desarrollo y protección ambiental se aplican en mayor o menor medida a los mecanismos de financiamiento. Este artículo asume esta preocupación generalizada de la comunidad internacional y evalúa los aspectos ambientales y los requisitos contractuales y legales de los proyectos que se financian a través de algunos de los mecanismos más utilizados en el ámbito internacional<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Es impresionante el número de proyectos que, como consecuencia de aspectos ambientales o sociales, o de ambos, han tenido que ser suspendidos o incluso paralizados definitivamente ante la reacción de las comunidades afectadas o amenazadas por las operaciones. En el Perú, hemos tenido también varios de estos episodios. Sólo a modo de ejemplo, sin que ello implique que éste haya sido uno de los casos más representativos, pensemos en la destrucción del campamento de Compañía Minera Manhattan, en la localidad de Tambogrande, Piura, presumiblemente promovida por las comunidades y por grupos de activistas que se oponían al proyecto. No obstante lo ocurrido, el proyecto no se paralizó definitivamente.

<sup>6</sup> Empresas mineras como Manhattan Minerals Corp. ([www.manhattan-min.com/s/InvestorInformation.asp](http://www.manhattan-min.com/s/InvestorInformation.asp)) y Newmont ([www.newmont.com/en/social/sustainable/index.asp](http://www.newmont.com/en/social/sustainable/index.asp)) discuten el concepto «licencia social para operar» en sus páginas web.

<sup>7</sup> Algunas ONGs vinculadas a temas ambientales y de recursos naturales incluyen este concepto dentro de las políticas que respaldan y promueven. Ver, por ejemplo, las páginas web de «Business for Social Responsibility» ([www.bsr.org/BSRResources/index.cfm](http://www.bsr.org/BSRResources/index.cfm)), «GreenBiz» ([www.greenbiz.com](http://www.greenbiz.com)), «BPD Natural Resources Cluster» ([www.bpd-naturalresources.org](http://www.bpd-naturalresources.org)).

<sup>8</sup> En realidad, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 15 de junio de 1972) no reconoce expresamente el concepto de desarrollo sostenible. Dicho concepto no había madurado para entonces. No obstante, las nociones básicas del concepto de desarrollo sostenible fueron reconocidas por dicho instrumento: el carácter limitado de los recursos naturales, la capacidad limitada del medio ambiente de recuperarse, la preocupación por las generaciones futuras y la necesidad de conservar los procesos ecológicos y la biodiversidad. La Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente de 1992 ofrece la definición más cercana del concepto de desarrollo sostenible en un instrumento legal. KOVAR, Jeffrey D.: «A Short Guide to the Rio Declaration». En: *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Vol. 4:119, p. 127. El principio 4 de la declaración acierta al encontrar un equilibrio entre consideraciones ambientales y preocupaciones relativas al desarrollo al establecer que: «A fin de alcanzar un desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debe constituir una parte integral del proceso de desarrollo y no puede ser considerada independientemente de él». Algunos otros tratados internacionales, constituciones políticas e incluso normas locales también ofrecen algunas referencias útiles sobre este concepto.

<sup>9</sup> Ulrich Beyerlin ofrece una aguda descripción del desarrollo y de las limitaciones del concepto de desarrollo sostenible en su artículo «The Concept of Sustainable Development». En: «Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?», Rudiger Wolfrum (ed.), Berlín, Spring, 1996.

<sup>10</sup> Para acceder a un ejemplo de una constitución reciente que recoge el concepto de desarrollo sostenible, ver la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 80: «El Estado planeará el manejo y uso de los recursos naturales a fin de garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o reemplazo. (...)».

<sup>11</sup> Muchos de los comentarios que se ofrecen en este artículo se aplican con bastante precisión a los financiamientos estructurados bajo el esquema conocido como «project finance», aunque en general son válidos para otros mecanismos que involucran fuentes externas. La técnica de «project finance» puede ser definida como un complejo programa de financiamiento para una unidad económica independiente en la que la empresa que patrocina el proyecto asume únicamente parte del riesgo que éste implica, y en el que las garantías están generalmente restringidas a los activos involucrados en el proyecto y el crédito se repaga fundamentalmente con los ingresos que el propio proyecto genera (flujos). Este tipo de financiamiento se utiliza generalmente para proyectos de gran envergadura y es auspiciado por consorcios internacionales de instituciones financieras. Página web de UBS, Dictionary of Banking /Project Finance.

A primera vista, uno podría ser inducido a pensar que este tipo de requisitos es impuesto principalmente por el país anfitrión de la inversión, en su afán de preservar el medio ambiente al mismo tiempo que satisface las necesidades de desarrollo y de infraestructura de la población. Sin embargo, son precisamente las instituciones financieras que otorgan el crédito las que promueven este tipo de imposiciones.

Algunas veces, incluso, puede sorprender el hecho de que muchos de estos requisitos no solamente son mayores en número que aquéllos impuestos por la legislación local, sino que también más exigentes en términos de estándares de cumplimiento. En términos generales, se podría afirmar que, en algunos casos, los prestamistas<sup>12</sup> se concentran en la legislación del país anfitrión para fijar sus estándares ambientales, pero en muchos de ellos, sobre todo en aquéllos que involucran financiamiento internacional, las instituciones financieras preferirán basar el componente ambiental de sus políticas crediticias en estándares internacionales como requisitos indispensables para el desembolso del crédito.

Este artículo indaga acerca del por qué de la preocupación de las instituciones financieras por los aspectos ambientales de los proyectos que financian. Con este propósito, se presentan algunas hipótesis que sustentan las motivaciones de bancos y otros intermediarios financieros para adoptar políticas crediticias que ponderan las prácticas ambientales saludables de los prestatarios. Asimismo, se esboza en forma general el contenido del componente ambiental de dichas prácticas crediticias y se presentan algunas medidas concretas que actualmente se vienen aplicando en el sector financiero para fomentar el desarrollo sostenible. Se ofrece igualmente una breve referencia sobre la evolución histórica de esta tendencia.

Este análisis considera dos instituciones que reflejan de una manera ejemplar los temas tratados aquí; una del sector público internacional, y la otra, una institución netamente privada con fines de lucro. Hablamos del Banco Mundial, probablemente

el líder de esta tendencia entre los organismos multilaterales de desarrollo (OMD), y de *Union de Banque Suisse-UBS*, líder mundial en el movimiento pro ambientalista dentro de la esfera financiera internacional.

El objetivo principal es mostrar cómo las preocupaciones que los OMD muestran por los aspectos ambientales de un proyecto determinado y el concepto de desarrollo sostenible han influido en el establecimiento de sus políticas para el otorgamiento de créditos y el patrocinio de proyectos de desarrollo, y hasta qué punto esta aproximación hacia el financiamiento de proyectos ha sido también adoptada por bancos privados<sup>13</sup> en sus operaciones cotidianas con sus clientes.

Finalmente, se presentan dos aspectos muy concretos del financiamiento de un proyecto que actualmente está en plena operación en el Perú, en el que los aspectos ambientales de su financiamiento experimentaron algunas de las consideraciones específicas que se desarrollan a continuación. Se sugiere que algunos de los aspectos ambientales del proyecto afectaron de alguna manera la obtención de su financiamiento, lo que refleja la importancia y el peso específico que las instituciones financieras otorgan a estos temas.

## 1. EL BANCO MUNDIAL Y EL MEDIO AMBIENTE

Escribir sobre la política ambiental del Banco Mundial es una tarea titánica. No es intención de este artículo tratar los temas o problemas más relevantes de esta disciplina al interior de esta institución o de otros OMD. Son áreas sumamente vastas y complejas, y cualquier intento de un análisis sistemático escaparía a los objetivos planteados. En el Banco Mundial, por ejemplo, la política ambiental abarca temas que van desde la creación de políticas de salvaguardia y lineamientos ambientales para diversos sectores industriales hasta el establecimiento de nuevos órganos independientes que fiscalizan el desempeño del propio banco y que constituyen foros de resolución de conflictos para los afectados por los proyectos que el banco patrocina.

<sup>12</sup> Si bien el término legal apropiado designar a quien presta dinero (u otros bienes consumibles) es «mutuante» (Código Civil, artículo 1648 y siguientes), se ha preferido el uso de la versión coloquial «prestamista» y de su contraparte «prestatario» para reflejar la variedad de mecanismos empleados y de entidades que fungen de intermediarios financieros. Adicionalmente, hay numerosas referencias a legislación y jurisprudencia extranjeras que no necesariamente se enmarcan dentro de este tipo de contrato.

<sup>13</sup> Los términos «bancos privados», «bancos comerciales» (en contraposición a «bancos de desarrollo»), «instituciones financieras», y «prestamistas comerciales» se usan indistintamente a lo largo de esta parte del texto. Los autores consultados utilizan estos términos o su equivalente en el idioma original e incluso otros más para referirse a estas instituciones. De ahí la decisión de no restringir el uso de los distintos sinónimos a una sola alternativa.

La historia del desarrollo de la política ambiental al interior del Banco Mundial es una muestra a escala de lo que ha venido sucediendo en general en la sociedad, y en particular en la comunidad financiera internacional. En ese sentido, la razón principal por la que se incluye un análisis de esta institución, es porque ofrece una inigualable oportunidad para demostrar cómo los aspectos ambientales han influido significativamente en la actividad financiera. La hipótesis que subyace a este análisis es que la preocupación por los temas ambientales, tanto a nivel internacional en los OMD como a nivel local en los bancos comerciales, ha condicionado el contenido de los criterios empleados para el otorgamiento de crédito y el análisis de riesgo de las inversiones.

### 1.1 Evolución histórica

La política ambiental en los OMD es relativamente reciente. Si bien durante los años setenta y comienzos de los ochenta ya existía una conciencia sobre la magnitud del problema, no es sino hasta mediados de los años ochenta que el Banco Mundial establece una política definida de protección del medio ambiente en los proyectos que patrocina<sup>14</sup>. Progresivamente, esta preocupación fue tomando fuerza y pasó de ser un aspecto marginal de los objetivos principales de desarrollo y crecimiento macroeconómico de los países miembros del banco, a constituir un objetivo independiente, inseparable del desarrollo económico, articulado en el concepto de «desarrollo sostenible».

No es posible hacer una reseña de la evolución de la política ambiental del Banco Mundial sin mencionar el proyecto «Polonoroste» en Brasil. Este proyecto, que consistió en pavimentar una carretera de mil quinientos kilómetros desde el sur-centro hasta la parte nor-occidental de Brasil, es un hito en la historia de la política ambiental del banco por dos razones fundamentales: porque fue el

primero en el que el banco puso en práctica esta nueva actitud hacia el medio ambiente al presentar una atención sin precedentes a mitigar los efectos adversos de un proyecto en el medio ambiente y en las poblaciones indígenas<sup>15</sup>; y porque se convirtió en el centro de los ataques de las ONGs ambientales hacia el desempeño del banco<sup>16</sup>. La situación llegó a un punto en que los desembolsos tuvieron que ser suspendidos, en atención a las recomendaciones del informe parcial que establecía las razones que sustentaban la suspensión<sup>17</sup>. Un aspecto clave de la reacción del banco frente a las consecuencias que el proyecto estaba generando es la oportunidad en que esta reacción se produce. Es significativo el hecho de que el banco adoptó medidas de tipo reactivo, ante la inminencia e incluso existencia misma de las consecuencias del proyecto, antes que medidas de tipo preventivo.

Progresivamente, esta tendencia hacia el medio ambiente fue fijando objetivos cada vez más ambiciosos. La orientación que se fue imponiendo se alejaba cada vez más de una mera protección del medio ambiente en forma atomizada y asistemática, y apuntaba a una visión más integral y sistemática de «manejo ambiental». La premisa subyacente era que la «sostenibilidad»<sup>18</sup> ambiental era una limitación necesaria al desarrollo y que, consecuentemente, este criterio debía ser tomado en cuenta para elegir patrones integrales en el desempeño de actividades económicas. Este nuevo factor implicaba que, en adelante, los proyectos no serían elegidos sobre la base de criterios puramente económicos y luego adaptados para reducir su impacto ambiental y social, sino por el contrario, los estándares ambientales debían incorporarse desde el inicio de la evaluación y selección de los proyectos.

El objetivo dejaba de ser que quienes contaminaban pagasen por el perjuicio que

<sup>14</sup> WADE, Robert: «Greening the Bank: The Struggle over the Environment, 1970– 1995». En: The World Bank. Its First Half Century, Volumen 2, Devesh Kapur, John P. Lewis & Richard Webb, Editors, Brookings Institution Press, Washington, D.C., p. 636-637

<sup>15</sup> Este un claro ejemplo de cómo los aspectos estrictamente ambientales de un proyecto se mezclan con las consecuencias sociales que ese mismo proyecto genera en las poblaciones que habitan en el área de influencia del proyecto.

<sup>16</sup> Para mayores detalles sobre las críticas a la participación del Banco Mundial en este proyecto, revisar Rich, Bruce: « Multi-lateral Development Banks: Their Role in Destroying the Global Environment», En: Ecologist, Volumen 15, No. 1/2 (1985); y, Sierra Club, Bankrolling Disasters: International Development Banks and the Global Environment (Sierra Club, 1986). Ambos artículos citados por Wade, op. cit., p. 638.

<sup>17</sup> WADE, Robert, op. cit., p. 652.

<sup>18</sup> El término «sostenibilidad» no está aceptado por la Real Academia Española en la vigésima segunda edición de su «Diccionario de la Lengua Española». Hecha la atinencia, el vocablo se emplea en el texto al amparo de la licencia otorgada por el habla de la comunidad profesional vinculada con el medio ambiente, que por sí misma constituye una fuente normativa. Esta atinencia se aplica a otros términos similares empleados a lo largo del texto.

habían causado y pasó a ser el eliminar la necesidad de contaminar o destruir la diversidad biológica de un área determinada<sup>19</sup>. La aproximación hacia el problema de «desarrollo versus medio ambiente» comenzaba a identificarse en mayor medida con el Principio Precautelatorio, una aproximación *ex-ante* y de tipo preventivo, y dejaba de lado el principio «Quien Contamina Paga» o «Contaminador-Pagador», una aproximación *ex-post*, orientada hacia mecanismos de indemnización propios de la responsabilidad civil o administrativa<sup>20</sup>.

Otro acontecimiento importante en la evolución de la política ambiental del banco ocurrió en 1986. El Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, James Baker, instruyó al director ejecutivo de los Estados Unidos dentro del banco para votar en contra de la aprobación del préstamo para desarrollar un proyecto de generación de energía eléctrica en Brasil<sup>21</sup>. El desarrollo de este caso es sumamente importante para este análisis porque demuestra cómo las preocupaciones ambientales de las instituciones financieras influyen de tal manera en las decisiones para el otorgamiento de crédito, al punto en que el financiamiento es denegado y el proyecto es rechazado por sus consecuencias ambientales.

A pesar de que el préstamo fue finalmente aprobado, la conducta de los Estados Unidos representó la primera vez que un país miembro votó en contra de la aprobación del otorgamiento de un crédito sobre la base de consideraciones ambientales del proyecto. Es importante enfatizar la magnitud de la reacción del banco hacia un proyecto con impactos negativos sobre el medio ambiente. Recordemos que el caso «Polonoreste», en el que por primera vez el banco mostró una reacción institucional hacia el impacto ambiental del proyecto, la reacción fue la suspensión de los desembolsos<sup>22</sup>. En este caso, el banco estaba

considerando si aprobaba o rechazaba el proyecto, lo que puede considerarse como una medida mucho más significativa que la suspensión, debido a que implica la «internalización» de los criterios ambientales como puntos clave en la evaluación de la factibilidad de un proyecto en particular.

El año 1987 representó otro momento importante en el tema ambiental al interior del banco. La era de la institucionalización de la protección ambiental estaba a punto de comenzar y el banco emprendía una reforma en la estructura de su departamento ambiental<sup>23</sup>. Junto con esta reforma, el banco creó una serie de reglas y procedimientos que servirían de base para la evaluación ambiental de los nuevos proyectos. Estas dos iniciativas constituyeron una clara muestra del cambio de actitud del banco respecto de la protección ambiental, en la que ésta dejaba de ser una cuestión excepcional y pasaba a ser una cuestión rutinaria<sup>24</sup>.

Finalmente, y bajo el riesgo de simplificar demasiado este recuento de la evolución de la política ambiental del Banco Mundial, no se puede dejar de mencionar una de las más recientes muestras de esta nueva tendencia: la creación del Panel de Inspección. Esta dependencia interna del banco funciona como un foro destinado a que las personas o poblaciones que se han visto afectadas por un proyecto que ha sido financiado total o parcialmente por el banco puedan expresar descontento. Esta queja activa un mecanismo de investigación dirigido fundamentalmente a determinar si el banco ha respetado sus políticas y lineamientos internos. A pesar de todas las críticas que ha recibido esta iniciativa, que van desde acusaciones sobre la falta de independencia hasta el desincentivar a los funcionarios del banco para buscar soluciones creativas pero arriesgadas, el Panel de Inspección ha representado todo un avance respecto de prácticas ambientales previas<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> WADE, Robert: *op.cit.*, p. 654.

<sup>20</sup> Estos dos principios son dos de los pilares de la estructura actual del derecho ambiental. Ver GAINES, Sanford: «The Polluter Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos», para acceder a una revisión del contenido y limitaciones del principio «Contaminador – Pagador» o «Quien Contamina Paga». Para un análisis equivalente del Principio Precautelatorio, ver FREESTONE, David: «The Precautionary Principle». En: *International Law and Global Climate Change*, Robin Churchill y David Freestone (Editors), Cambridge: The MIT Press, 1993.

<sup>21</sup> El proyecto consistía en la construcción de veinticinco represas para un sistema de generación de energía eléctrica en Brasil. Generalmente, los proyectos de generación de energía eléctrica que implican la construcción de represas acarrear impactos ambientales de grandes dimensiones en las áreas de influencia del proyecto. Esto explica por qué el Banco Mundial ha aprobado una política de salvaguardia ambiental precisamente sobre este tema. Seguridad de las Represas (O.P. 4.37 y B.P. 4.37)

<sup>22</sup> WADE, Robert: *op. cit.*, p. 670.

<sup>23</sup> El entonces presidente del banco, Barber B. Conable, designó una nueva estructura para el departamento ambiental. Creó un departamento ambiental central y cuatro Divisiones Ambientales Regionales (REDs, por sus siglas en inglés), cada una de las cuales destinada a servir a una o dos regiones. WADE, Robert: *op. cit.*, p. 671-672.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 673-675.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 728-729.

## 1.2 Factores que determinan la actitud del Banco Mundial frente al medio ambiente

Una rápida revisión de los factores que han motivado a los OMD a adoptar políticas ambientales significativas nos permite clasificarlos en factores económicos y en factores no económicos. Más adelante veremos cómo algunos de estos factores, especialmente aquéllos de contenido económico, son compartidos por las instituciones financieras privadas.

### 1.2.1 Factores económicos

Al igual que los bancos comerciales, los OMD buscan asegurar el éxito de los proyectos que financian o garantizan. En caso de que surgiera un problema ambiental en uno de los proyectos del portafolio, el riesgo de la pérdida de la inversión siempre estaría presente. Si las diferencias entre el país prestatario y el banco no llegasen a ese extremo, al menos se requeriría incurrir en algún tipo de discusión u otro mecanismo de resolución de conflictos. En cualquier caso, se generaría un problema cuya solución tomaría tiempo y recursos que de otra forma serían empleados por los OMD en otros proyectos. En otras palabras, la preocupación de los OMD por los aspectos ambientales de sus proyectos apunta a evitar este tipo de disputas, porque resultan costosas y prolongadas, y principalmente porque implican un riesgo para la propia inversión. Ha habido varios casos en la historia del Banco Mundial que han fracasado precisamente por sus aspectos ambientales. Algunos de ellos han dado lugar a ardorosos debates y han expuesto al banco en forma negativa frente al público en general. El afán por evitar estas consecuencias tan nefastas es también una seria razón para adoptar políticas ambientales serias y estrictas.

### 1.2.2 Factores no económicos

Distintos factores no intrínsecamente económicos han motivado a los OMD a

adoptar una actitud particular frente a los aspectos ambientales de los proyectos que financian. Entre ellos hay razones de carácter ético que prácticamente obligan a los OMD, como instituciones públicas, a preocuparse por el bienestar general y por el desarrollo de las naciones que representan. Por otro lado, hay también presión diplomática y política de ciertos países por promover la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible en determinadas regiones políticamente sensibles, así como preceptos generalizados y cada vez más aceptados sobre la importancia del medio ambiente y de la conservación de la diversidad biológica, y por supuesto, razones legales provenientes del derecho internacional. La historia de la práctica ambiental del Banco Mundial revela que la presión que ejercen las ONGs de corte ambiental ha sido otra de las razones extra-económicas que ha determinado el cambio en las políticas ambientales de estos organismos.

Dentro de las razones legales que sustentan esta nueva actitud encontramos audaces hipótesis dentro del derecho internacional: i) los OMD son sujetos del derecho internacional y por lo tanto se les aplican las obligaciones que provienen de dicho régimen<sup>26</sup>. El argumento principal de esta hipótesis es que los OMD tienen personalidad jurídica en el derecho internacional y como tales requieren de un marco normativo que establezca el alcance de sus derechos y obligaciones.<sup>27</sup> Adicionalmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>28</sup> y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales<sup>29</sup> de alguna manera ofrecen un sustento legal positivo para afirmar que los OMD sujetos están sujetos a los principios y normas consuetudinarias del derecho internacional<sup>30</sup>; ii) la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible son parte integral del mandato de las organizaciones internacionales y por tanto su implementación es una obligación ineludible<sup>31</sup>. Este planteamiento

<sup>26</sup> MONGERSTEN, Felice: «Legal Problems of International Organizations» 32, 1986, citado por HANDL, Gunther: «The Legal Mandate of Multilateral Development Banks as Agents for Change toward Sustainable Development», *American Journal of International Law*, Volume 92, Issue 4, 1998, p. 654. Este autor no encuentra ninguna razón válida para no aplicar a los OMD las reglas generalmente reconocidas como aplicables entre los estados que no sean por su naturaleza incompatibles con organizaciones internacionales. De hecho, el autor sugiere que la aplicación de estas reglas debería darse en forma automática.

<sup>27</sup> HANDL, op. cit., p. 655

<sup>28</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, 23 de mayo de 1969. No. 18232. 1155 UNTS 331.

<sup>29</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales. Viena, 21 de marzo de 1986. 25 ILM 543 (1986).

<sup>30</sup> Los artículos 38 de ambos convenios citados reconocen que nada impide a una regla establecida en un tratado internacional el resultar obligatoria para un tercer Estado u organización internacional como una norma consuetudinaria de derecho internacional, siempre que esta norma haya sido reconocida como tal.

<sup>31</sup> Ésta es quizás una de las hipótesis más controvertidas, puesto que en algunos casos – nuevamente el Banco Mundial es, tal vez, uno de los casos más notables – el estatuto de los organismos internacionales no contempla expresa y claramente la protección del medio ambiente como uno de los objetivos de la institución, como sí lo hace respecto del desarrollo económico y la eliminación de la pobreza extrema.

se apoya en el hecho de que los organismos internacionales han comenzado a ser considerados con mayor fuerza como sujetos a un conjunto de normas consuetudinarias de derecho internacional, dentro de las cuales la protección del medio ambiente juega hoy en día un rol preponderante, lo que finalmente ha determinado la sujeción de los organismos internacionales a estas metas<sup>32</sup>; iii) los tratados multilaterales en materia ambiental son obligatorios para los OMD. Esta es probablemente la más audaz de las teorías legales para sustentar la aplicabilidad de los objetivos mencionados a los OMD, especialmente si consideramos que ni el Banco Mundial ni ningún otro banco regional de desarrollo han suscrito ninguno de los tratados internacionales en materia ambiental posteriores a la Declaración de Río<sup>33</sup>.

El sustento legal de esta hipótesis es que los tratados internacionales que se ocupan de las preocupaciones fundamentales de la comunidad internacional en general, y que como tales gozan del apoyo de la gran mayoría de los estados, de las organizaciones internacionales y demás actores transnacionales, crean expectativas generalizadas de cumplimiento y reflejan estándares legales de aplicabilidad general. La idea es que estos tratados ofrecen claras señales sobre la orientación y la autoridad de los conceptos normativos involucrados, y reflejan la intención de la comunidad internacional de asegurar su efectividad, por lo que deben ser consideradas como capaces de crear derechos y obligaciones para los OMD, independientemente de si sus estipulaciones puedan o no constituir normas consuetudinarias de derecho internacional<sup>34</sup>.

### 1.3 El contenido de la política ambiental del Banco Mundial

La política ambiental del Banco Mundial y de otros OMD es bastante más compleja de lo que se describe a continuación. La intención es solamente ofrecer una visión panorámica de la situación actual y algunas referencias concretas en línea con las hipótesis e interrogantes planteadas en este análisis. De un modo general, podría afirmarse que el Banco Mundial utiliza dos tipos de instrumentos dentro de su política ambiental. Por un lado, el banco emplea lineamientos y políticas operacionales que se utilizan para evaluar las consecuencias de los proyectos propuestos y para ajustar su diseño a estándares aceptados. Esta técnica trabaja con una aproximación *ex ante* a cualquier contingencia ambiental, es decir, de tipo preventivo, y es la más ampliamente empleada en las operaciones cotidianas del banco. Por otro lado, emplea también mecanismos o instrumentos que tienen una aproximación *ex post*, es decir, que se activan cuando el daño al medio ambiente, a las comunidades locales o al patrimonio cultural ya se ha producido o está próximo a ocurrir. El Panel de Inspección es quizás el ejemplo más representativo de este segundo grupo.

#### 1.3.1 Lineamientos y Políticas

Grosso modo, el Banco Mundial tiene dos fuentes de estándares ambientales. Por un lado, se guía por el Manual Operativo,<sup>35</sup> para efectos de sus políticas operacionales, normas de procedimiento, directivas operacionales y prácticas recomendadas, y de otro lado, observa el Manual de Prevención y Disminución de la Contaminación,<sup>36</sup> para

<sup>32</sup> HANDL, op. cit., p. 657 – 658.

<sup>33</sup> Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, 1992.

<sup>34</sup> Handl, Id, p. 661. El autor encuentra el sustento legal de esta hipótesis en el hecho de que una regla de derecho internacional, establecida en un tratado, puede obligar a un tercer estado u organismo internacional, como una regla consuetudinaria del derecho internacional, pero reconoce que ofrecer una base legal más precisa para este concepto general es por demás una tarea controvertida, sobre todo si se tiene en cuenta el artículo 35 del Convenio de Viena sobre Tratados Internacionales, que exige que para que una estipulación de un tratado obligue a un tercero (organismo internacional en este caso), las partes contratantes del convenio deben haberlo establecido así en el texto y, adicionalmente, el tercero debe aceptar dicha obligación expresamente y por escrito. Si tomamos esta regla al pie de la letra, todo tratado internacional en materia ambiental debería contener una referencia en este sentido, sin perjuicio de la necesidad de contar con la declaración formal y por escrito de los OMD reconociendo su rol y aceptando las obligaciones que surjan para ellos del convenio. Como quiera que nada de esto ha sucedido, Handl y la comunidad legal internacional en general emplean otros ingeniosos mecanismos legales que sustenten la sujeción de los OMD a los tratados internacionales y las metas y objetivos que éstos promueven. Es por ello que, en parte al menos, Handl se apoya en los artículos 38 de las Convenciones de Viena antes citadas.

<sup>35</sup> The Operational Manual. <http://wbln0018.worldbank.org/institutional/manuals/opmanual.nsf/textonly>

<sup>36</sup> Pollution Prevention and Abatement Handbook 1998 Toward Cleaner Production. El Grupo del Banco Mundial en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. The World Bank Group, Washington D.C., 1999. Página web:<http://lnweb18.worldbank.org/essd/essdext.nsf/51ByDocName/ollutionPreventionandAbatementHandbook>



efectos de los estándares ambientales propiamente dichos.

El Manual Operativo está compuesto por Políticas Operativas (O.P.), que establecen los parámetros para las operaciones del banco y también describen las circunstancias bajo las cuales se admiten excepciones a dichos parámetros; Normas de Procedimiento del Banco (B.P.), que explican cómo los funcionarios del banco ponen en práctica las recomendaciones delineadas en las políticas operacionales, y especifican los procedimientos y la documentación requerida para asegurar calidad y consistencia a lo largo de las distintas regiones en las que se divide el banco; Prácticas Recomendadas (G.P.), que consisten en recomendaciones y asesoría sobre la implementación de las políticas, como por ejemplo, la historia y antecedentes del tema en particular, el contexto del sector, el marco analítico y ejemplos de prácticas recomendadas; Directivas Operacionales (O.D.), que contienen una mezcla de políticas, procedimientos y recomendaciones. Las O.D. están siendo progresivamente reemplazadas por O.P., B.P. y G.P., que presentan las políticas, procedimientos y recomendaciones en forma separada; y finalmente, por Memorándum Operacionales (O.P. Memos), que son instrucciones interinas previstas para que posteriormente constituyan O.P., B.P. u O.D. Una vez que las instrucciones de los OP Memos se incorporan en las respectivas O.P. o B.P., los O.P. Memos son retirados<sup>37</sup>.

Como parte del Manual Operativo, el banco ha incluido a las políticas de salvaguardia<sup>38</sup>, que son diez grupos de Políticas Operacionales, Normas de Procedimiento del Banco, Directivas Operacionales y Prácticas Recomendadas que reflejan los estándares de cumplimiento que el Banco Mundial se propone alcanzar en materia ambiental, social y cultural. El objetivo es asegurar que en estas diez áreas que resultan críticas para las operaciones del banco, las eventuales consecuencias adversas de los proyectos sean adecuadamente identificadas, minimizadas y mitigadas. Debido a la relevancia de los temas tratados en las políticas de salvaguardia, éstos reciben especial atención

durante el proceso de preparación y aprobación del proyecto.

El banco realiza una revisión de cada proyecto propuesto y determina la extensión y tipo de Evaluación Ambiental que corresponde preparar, y determina igualmente si el proyecto activa la intervención de alguna de las políticas de salvaguardia. Los proyectos son clasificados en cuatro categorías (A, B, C y FI), dependiendo del tipo de proyecto, ubicación, sensibilidad, y escala, además de la naturaleza y magnitud de los potenciales impactos ambientales.

Por su parte, el Manual de Prevención y Disminución de la Contaminación, contiene tres categorías de lineamientos: i) lineamientos genéricos, que incluyen secciones sobre manejo de calidad de agua y aire; ii) lineamientos específicos referidos a sustancias contaminantes y las técnicas para controlarlas, y iii) lineamientos específicos referidos a sectores industriales, cada uno de los cuales incluye estándares de emisiones para los tipos de operaciones frecuentes en la industria respectiva.

### 1.3.2 El Panel de Inspección y el *Ombudsman*/ Asesor en materia de cumplimiento

El Panel de Inspección, un órgano sin precedentes en el ámbito internacional, fue creado en 1993 para proporcionar un foro independiente a ciudadanos que se consideraran afectados por un proyecto financiado por el Banco Mundial.<sup>39</sup> Los ciudadanos y poblaciones que, luego de conversar con los funcionarios responsables del proyecto, consideren que la amenaza o los efectos negativos del proyecto persisten, pueden transmitir su preocupación al Panel de Inspección a través de una solicitud de inspección<sup>40</sup>.

La solicitud debe identificar cuáles son los lineamientos, procedimientos o políticas del propio banco que no se han observado durante el diseño, valorización o implementación del proyecto, y que han afectado a los pobladores

<sup>37</sup> The Inspection Panel, Bank Policies and Procedures, Operation Manual [www.inspectionpanel.org](http://www.inspectionpanel.org)

<sup>38</sup> Las diez políticas de salvaguardia (o «Safeguard Policies», según su denominación original) son 1. «Evaluación Ambiental», 2. «Hábitats Naturales», 3. «Bosques» (denominada «Silvicultura» hasta noviembre de 2002), 4. «Control de Plagas», 5. «Patrimonio Cultural», 6. «Reasentamiento Involuntario», 7. «Pueblos Indígenas», 8. «Seguridad de las Represas», 9. «Proyectos en Aguas Navegables Internacionales», y 10. «Proyectos en Áreas en Disputa». Página web: <http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/essdext.nsf/52ByDocName/SafeguardPolicies>

<sup>39</sup> Para efectos de esta sección cualquier referencia al Banco Mundial implica al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y a la Asociación Internacional de Fomento.

<sup>40</sup> Press Release, New Independent Inspection Panel Office Opens (Setiembre 7, 1994) [www.inspectionpanel.org](http://www.inspectionpanel.org)

o a sus intereses. El Panel de Inspección funciona sobre la base de las normas de procedimiento aprobadas por la norma de su creación<sup>41</sup>.

La creación de esta oficina es una significativa evidencia de que la preocupación del Banco Mundial por el medio ambiente, el patrimonio cultural y los aspectos sociales de los proyectos que financia va más allá de una mera declaración de principios y de la aprobación de estándares de cumplimiento. Esta iniciativa revela que la tendencia hacia la protección del medio ambiente ha alcanzado las estructuras internas de los organismos multilaterales de desarrollo a un punto en el que los propios organigramas se han tenido que reestructurar para dar cabida a estos nuevos objetivos y preocupaciones de la comunidad financiera internacional.

En parte al menos, el *Ombudsman*/Asesor en materia de Cumplimiento (OAC) es para la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)<sup>42</sup>, lo que el Panel de Inspección es para el Banco Mundial. La decisión de crear esta oficina obedece también a la voluntad de ofrecer un pilar adicional en la creación de una estructura confiable y verosímil para asegurar que los proyectos sean saludables en términos ambientales y sociales, y para incrementar la contribución de la CFI y del OMGI al desarrollo sostenible. El OAC tiene como objetivo proporcionar un mecanismo que permita a los individuos y comunidades impactadas por proyectos financiados por el CFI o garantizados por el OMGI expresar sus preocupaciones directamente<sup>43</sup>.

El OAC tiene tres roles fundamentales: i) asesorar y colaborar con la CFI y el OMGI en la atención de las quejas formuladas por las personas directamente afectadas, en forma justa, objetiva y constructiva (labor de *Ombudsman*), ii) supervisar las auditorías de cumplimiento efectuadas por CFI/OMGI, el desempeño ambiental y social en general, y los proyectos en particular (auditor de cumplimiento) y, iii) proporcionar asesoría independiente al presidente y funcionarios en proyectos específicos, así como asesoría

general respecto de políticas, procedimientos y lineamientos en materia ambiental y social.

El rol de *Ombudsman* es el más innovativo de los tres. Está orientado a proporcionar un escenario y los procedimientos adecuados para que las partes involucradas encuentren soluciones satisfactorias a sus diferencias. Se preocupa de identificar los problemas, recomendar medidas, utilizar mecanismos de conciliación y resolución de conflictos para cumplir con sus objetivos<sup>44</sup>. Este rol de *Ombudsman* es el que hace al OAC equivalente al Panel de Inspección, y el que lo convierte en una valiosa herramienta para la protección del medio ambiente contra decisiones financieras desacertadas.

La creación del Panel de Inspección al interior del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), y la Asociación Internacional de Fomento (AIF)<sup>45</sup>, y la creación de la oficina del OAC al interior de la CFI y el OMGI son dos buenos ejemplos de la reacción de los OMD frente a esta tendencia.

La presencia de estas dos instancias dentro de la estructura de ambas instituciones financieras internacionales respalda la hipótesis que subyace a este análisis: los aspectos ambientales tienen un peso específico en la evolución de potenciales proyectos y, por lo tanto, juegan un papel significativo como uno de los criterios más sensibles dentro de las políticas crediticias de las instituciones financieras internacionales. La creación de estas dependencias prueba además que la preocupación por el medio ambiente al interior de estas instituciones ha alcanzado un lugar tan preponderante en su jerarquía de valores y principios, que ellas mismas han creído conveniente proporcionar un foro idóneo para que terceros puedan cuestionar los actos de los propios miembros del grupo financiero.

## 2. LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS PRIVADAS Y EL MEDIO AMBIENTE: LA CONSIDERACIÓN DE LOS ASPECTOS AMBIENTALES COMO HERRAMIENTA FUNDAMENTAL PARA LA DELIMITACIÓN DE SUS POLÍTICAS CREDITICIAS

<sup>41</sup> El Panel de Inspección fue creado por Resolución No. 93-10 del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y por idéntica resolución No. IDA 93-6 de la Asociación Internacional de Fomento, ambas del 22 de setiembre de 1993. [www.inspectionpanel.org/resolution](http://www.inspectionpanel.org/resolution)

<sup>42</sup> Tanto la CFI como el OMGI son parte del Grupo del Banco Mundial.

<sup>43</sup> Compliance Advisor Ombudsman (CAO), Terms of Reference, International Finance Corporation, [www.ifc.org/cao](http://www.ifc.org/cao)

<sup>44</sup> [www.ifc.org/cao](http://www.ifc.org/cao), Compliance Advisor Ombudsman (CAO), Introduction, International Finance Corporation

<sup>45</sup> BIRF y AIF son, junto con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), los otros tres miembros del Grupo del Banco Mundial. Usualmente, cuando se habla coloquialmente del «Banco Mundial», se hace referencia al BIRF y/o a AIF.

Una tendencia muy similar a la observada en los OMD se puede apreciar en los bancos comerciales. Esta parte del análisis discute hasta qué punto los bancos privados toman en cuenta el riesgo ambiental proveniente de los proyectos en los que se involucran como prestamistas, y qué medidas concretas adoptan como consecuencia de esta preocupación para evitarlo o minimizarlo. La adopción de medidas concretas para garantizar prácticas ambientales saludables se conoce informalmente en el medio anglosajón como el proceso de «enverdecer»<sup>46</sup> los créditos bancarios y/o las políticas crediticias.

## 2.1 Evolución histórica y situación actual de la responsabilidad ambiental de los prestamistas en los Estados Unidos

La historia de la responsabilidad ambiental de los bancos comerciales en los Estados Unidos es sin lugar a dudas una valiosa lección para entender el por qué de la tendencia reseñada líneas arriba respecto de la protección del medio ambiente. En menos de veinte años, desde la promulgación de CERCLA<sup>47</sup>, la ley que regula la responsabilidad ambiental, en 1980, hasta su modificación mediante la promulgación de la ley que regula la responsabilidad ambiental de los prestamistas<sup>48</sup>, en 1996, es quizás el país que más rápido ha desarrollado un complejo sistema de responsabilidad ambiental para las instituciones financieras.

En términos generales, se podría afirmar que durante años la eventual responsabilidad ambiental de los prestamistas como consecuencia de las prácticas ambientales de sus clientes fue ignorada o por lo menos, no fue considerada como una amenaza general para la comunidad financiera.

Las cosas no tardarían en cambiar. A partir de 1980, como consecuencia de la promulgación de CERCLA, la comunidad

financiera comenzaría a enfrentar un problema originado por las prácticas ambientales de sus clientes<sup>49</sup>. Esta tendencia, desarrollada fundamentalmente en la arena judicial, se cristalizó en el caso «United States vs. Fleet Factor»<sup>50</sup> que tuvo un gran impacto en el estatus legal de la responsabilidad ambiental de las instituciones financieras. La reacción de los afectados tampoco tardó en llegar. A mediados de los noventa, la comunidad bancaria intercedió ante el legislativo y como consecuencia de una agresiva campaña logró la modificación de CERCLA<sup>51</sup>, en la que se incluyó una sección «a la medida» para reducir e incluso eliminar la responsabilidad de los prestamistas por las operaciones de sus clientes que generaban contingencias ambientales.

El desarrollo de estos acontecimientos, descrito aquí en unas pocas líneas, recorrió sin embargo un arduo y espinoso camino antes de otorgar a sus gestores la tranquilidad que buscaban. Y aun cuando algunas de estas disposiciones legales hayan sido modificadas o simplemente eliminadas del sistema legal americano actual, su sola presencia en la cronología de los acontecimientos relevantes para esta parte del sistema legal, refleja la importancia de los aspectos ambientales para las instituciones financieras en los últimos veinte años y explica el sustento de las políticas crediticias actuales.

CERCLA impone responsabilidad ambiental, entre varios otros supuestos, al propietario u operador de una instalación<sup>52</sup>. El artículo 9601, inciso 20, del texto original de CERCLA contenía la definición de «propietario u operador». El literal a) estableció la regla general respecto de quién debía ser considerado como propietario u operador y creó la «excepción del prestamista garantizado»<sup>53</sup>. En teoría, este mecanismo permitía a los prestamistas liberarse de la responsabilidad ambiental proveniente de las operaciones de sus clientes, pero como veremos a continuación, algunas cortes consideraron que esta excepción no constituía

<sup>46</sup> Del término en inglés «to green». Utilizado, por ejemplo, por Robert Wade en el título de su ensayo citado en la nota 14.

<sup>47</sup> Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act (CERCLA), 1980.

<sup>48</sup> «Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act», 1996.

<sup>49</sup> THOMAS, William, «The Green Nexus: Financiers and Sustainable Development». Georgetown International Environmental Law Review, summer 2001, p. 901.

<sup>50</sup> United States v. Fleet Factors Corp., 901 F.2d 1550 (11<sup>th</sup> Cir. 1990), cert. denied, 111 S. Ct. 752 (1991).

<sup>51</sup> Ver nota 48.

<sup>52</sup> KUBLICKI, Nichol, «Shockwave: Lender Liability under CERCLA after United States v. Fleet Factors Corporation», Pepperdine Law Review, 1991, p. 513.

<sup>53</sup> La «excepción del prestamista garantizado» («secured lender exception») consiste en que la categoría de «propietario u operador» no incluye a la persona que, sin participar en la administración de una embarcación o instalación, mantiene un interés en la propiedad principalmente para protegerse de un eventual incumplimiento en el repago. Esto se refiere básicamente a un banco u otro prestamista que goza de una hipoteca o cualquier otro tipo de garantía (real) a su favor sobre los activos de su cliente (prestatario).

fundamento legal adecuado ni suficiente para eximirlos de tal responsabilidad.

La fuente de responsabilidad más frecuente para los bancos era la pertenencia a la categoría «propietario u operador», en los términos de la norma citada precedentemente. Cuando se pretendía atribuir responsabilidad a un prestamista bajo este mecanismo, éste echaba mano a la excepción del acreedor garantizado y pretendía liberarse de la responsabilidad alegando que, como quiera es «una persona que, sin participar en la administración de una embarcación o instalación, mantiene un interés en la propiedad principalmente para protegerse de un eventual incumplimiento en el repago», estaba fuera de la definición de «propietario u operador» y por lo tanto exento de toda responsabilidad. Por el contrario, la autoridad pretendía evitar que el prestamista se acoja a la excepción mencionada, alegando que aquél había tenido participación efectiva en la administración de la embarcación o instalación. Como se desprende de estas posiciones antagónicas, la determinación de la responsabilidad de un prestamista bajo los alcances de CERCLA dependía de la interpretación de la «excepción del acreedor garantizado», y especialmente de los alcances del concepto de «participación en la administración»<sup>54</sup>. Antes de 1990, año en el que *United States v. Fleet Factor* delimitó el real contenido de la excepción del prestamista garantizado, existían dos corrientes judiciales totalmente opuestas en las cortes federales de distrito. La primera de ellas, materializada en el caso *United States v. Mirabile*<sup>55</sup>, eximió a los bancos de responsabilidad por el daño ambiental causado por sus clientes, al amparo de la excepción del prestamista garantizado, basándose precisamente en la definición de «propietario u operador».

La segunda corriente judicial, cristalizada en *United States v. Maryland Bank & Trust Company*<sup>56</sup>, dispuso exactamente lo contrario e imputó responsabilidad a la entidad financiera bajo el mismo esquema legal. En 1990, *United States v. Fleet Factors*, la primera interpretación de la excepción del prestamista garantizado hecha por una corte federal de circuito, restringió el ámbito de aplicación de la excepción, creando un verdadera amenaza para las instituciones financieras en los Estados

Unidos<sup>57</sup>. La decisión rompió con todos los precedentes en el ámbito de la responsabilidad ambiental de las instituciones financieras, y generó un clima generalizado de incertidumbre entre ellas<sup>58</sup>. A pesar de ofrecer dos conclusiones totalmente opuestas, los casos citados requerían que el prestamista sea o bien «propietario» de las instalaciones, o que haya ejercido un alto nivel de participación en su administración, para que sea responsable por los costos de remediación. *Fleet Factors*, sin embargo, fue mucho más allá de la decisión contenida en *United States v. Maryland Bank & Trust Company*, al disponer que el prestamista era responsable por los costos de remediación bajo los alcances de CERCLA, cuando haya tenido la capacidad de influir en las prácticas de disposición de desechos (residuos) de su cliente, aun cuando no haya participado en el manejo cotidiano de las instalaciones. Con ello, la regla *Fleet Factors* convirtió en irrelevante el ejercicio efectivo de la capacidad de influir en las prácticas ambientales de sus prestatarios, y lo reemplazó por la mera eventualidad de contar con dicha capacidad.

A pesar de reconocer que la institución financiera mantenía un interés en la propiedad con el objetivo de proteger su garantía, la corte dispuso que aun así podía resultar responsable en caso de haber participado en la administración de las instalaciones. Rechazando el precepto establecido en *United States v. Mirabile*, según el cual la participación financiera de un prestamista es insuficiente para imputarle responsabilidad, la corte dispuso que un acreedor garantizado podía incurrir en responsabilidad, sin ser el operador, con sólo participar en el manejo financiero de las instalaciones a un punto que indique capacidad de la institución financiera para influir en el tratamiento de desechos de su cliente.

Las consecuencias de esta decisión fueron dramáticas. Las instituciones financieras no sólo restringieron sus créditos a la mínima expresión, sino que éstos pasaron de ser vistos como una eventual fuente de utilidades a ser considerados como una fuente real de obligaciones y pérdidas. Otra de las consecuencias de esta decisión fue la necesidad de los bancos de relativizar los patrones de supervisión respecto de las operaciones de sus clientes, a fin de evitar

<sup>54</sup> KUBLICKI, op. cit., p. 524.

<sup>55</sup> *United States v. Mirabile*, 15 Env'tl. L. Rep. 20,992 (E.D. Pa., 1985)

<sup>56</sup> *United States v. Maryland Bank & Trust Co.*, 632 F. Supp. 573 (D. Md., 1986)

<sup>57</sup> Kublicki, op. cit., p. 525.

<sup>58</sup> *Ibid*, p. 515

cualquier práctica que pudiera ser interpretada como «capacidad de influir en las prácticas ambientales» de los prestatarios, lo que obviamente incrementó el riesgo de la devaluación o pérdida de valor de los bienes que constituían las garantías para los préstamos que las instituciones financieras habían ya otorgado.

En 1996, como consecuencia de una intensa campaña iniciada por los bancos, el congreso de los Estados Unidos decidió modificar la sección 9601 «Definiciones» de CERCLA<sup>59</sup>. La modificación, que tuvo su antecedente en una norma promulgada por la Agencia Federal para la Protección del Medio Ambiente<sup>60</sup>, proporcionó a la afligida comunidad financiera el alivio que esperaba desde los años ochenta, al excluir expresa y definitivamente a las instituciones financieras de la definición de «propietario u operador». En ese mismo sentido, la modificación se preocupó de incluir una minuciosa definición de lo que debía entenderse por «participación en la administración», a fin de evitar cualquier tipo de controversia al respecto. Es importante señalar que la modificación derogó el precepto legal establecido por el caso *Fleet Factors*, según el cual la mera capacidad de influir en las prácticas ambientales de sus clientes era suficiente para imputar responsabilidad a las instituciones financieras, y estableció un nuevo parámetro para evaluar la participación de éstas en las operaciones de sus clientes.

Si bien la situación a partir de la modificación de CERCLA es mucho más predecible y teóricamente más segura para las instituciones financieras, no se ha dicho aún la última palabra en el tema de la responsabilidad ambiental proveniente de las operaciones de los prestatarios. Y ésta es precisamente una de las razones por la cual éstas siguen preocupadas por estas sombras, aún después de varios años de haber obtenido la supuesta solución por la vía legislativa. Las posibilidades de un banco de interactuar con su cliente son infinitas. Pueden generarse un sinnúmero de situaciones no previstas en el artículo de CERCLA que excluye a las operaciones más comunes entre los bancos y sus clientes del ámbito de aplicación de la ley. En esos casos, la «participación en la administración» será

analizada de acuerdo con los criterios más generales de esa misma norma.

Es precisamente aquí donde surge el riesgo. Nada le garantiza a un banco que la corte, en un caso determinado, coincida con su interpretación de «participación en la administración», o respecto de cuándo debe entenderse que el acreedor «mantiene un interés en la propiedad solo con el objetivo de proteger su garantía». Por crudo que pueda parecer, se requeriría sólo una ligera desviación de las actividades definidas en la ley como «transacciones inmunes» para activar el concepto de «participación en la administración», perder el beneficio de la «excepción del prestamista garantizado» y por tanto, ser encontrado responsable como «propietario u operador» de una instalación o embarcación. La situación descrita nos muestra: (i) la evolución y la situación actual de la responsabilidad de los prestamistas por el daño ambiental causado por sus clientes en los Estados Unidos, (ii) el rol y el peso específico de las cortes como agentes promotores de la política ambiental, especialmente en casos como éste, en el que el legislativo dejó un espacio para la interpretación, y lo más importante, (iii) la convicción de que las preocupaciones de las instituciones financieras por las prácticas ambientales de sus clientes son aún críticas, independientemente del marco legal vigente en dicho momento.

Esta breve sinopsis prueba claramente que las instituciones financieras tienen ahora aun más motivos para interesarse por el medio ambiente. Este asunto, en principio puramente legal, ha desarrollado de tal manera que ha resultado más eficiente para éstas el tomar aproximaciones de tipo preventivo que discutir judicialmente su responsabilidad, y mucho más eficientes y sencillas que abogar por normas hechas a la medida.

## **2.2 Los factores que sustentan las políticas ambientales de las instituciones financieras privadas**

La sección anterior nos acaba de revelar quizás la razón más poderosa que ha llevado a los

<sup>59</sup> Ver notas 47 y 51.

<sup>60</sup> La norma aludida, denominada «Lender Liability under CERCLA», fue desvirtuada por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, tras alegar que la agencia carecía de la autoridad para promulgarla. La regla fue emitida nuevamente por Agencia Federal para la Protección del Medio Ambiente – EPA en 1992 como lineamientos. (57 Fed. Reg. 18,344). CRUDEN, John C., US Department of Justice, Washington D.C., «CERCLA Overview», American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education, ALI – ABA Course of Study, June 25 – 29, 2001, SF97 ALI-ABA 397.

bancos privados a adoptar criterios ambientales específicos dentro de sus políticas crediticias: la responsabilidad directa. Por ello, cuando se analicen las razones legales que están detrás de esta tendencia resultará inevitable e indispensable regresar a estas líneas.

Antes de entrar en la clasificación de las razones que sustentan esta tendencia, debe mencionarse que existe una natural preocupación de cualquier inversionista por el resultado exitoso del proyecto que financia. Aunque esta premisa es igualmente válida para todos, resulta especialmente cierto para los prestamistas que financian un proyecto bajo el esquema «*project finance*», ya que en la mayoría de los casos la mejor «garantía» que los prestamistas reciben del operador es una cuidadosa revisión de los flujos proyectados, incluso por encima de las garantías que éste puede ofrecer para respaldar los créditos<sup>61</sup>.

Independientemente del esquema escogido, se requerirán numerosos permisos, licencias y otras autorizaciones otorgadas por los distintos niveles de autoridades gubernamentales, que resultan necesarias para construir y operar las instalaciones o para llevar a cabo una actividad en especial que está sujeta a regulación.

Los prestamistas buscarán asegurarse de que todas estas autorizaciones se hayan obtenido y de ser posible, que permanezcan inmunes a cualquier posibilidad de ser cuestionadas judicialmente. Si todas las autorizaciones requeridas no se hubieran obtenido al momento del cierre del financiamiento, los prestamistas querrán cerciorarse de que no se presentarán dificultades para obtenerlas antes de que sean requeridas legalmente para la construcción u operación del proyecto. Muy a menudo, un significativo número de estas autorizaciones se refieren a temas ambientales. Los abogados de los prestamistas o sus consultores ambientales cuidarán que las autorizaciones y los requisitos legales sean consistentes con los presupuestos sobre los que se basan las decisiones financieras. En pocas palabras, buscarán asegurarse de que no exista ningún

obstáculo para que el proyecto camine según los estándares financieros proyectados.

Esta preocupación, sin embargo, se aplica a todos los requisitos de un proyecto, bien ambientales o de cualquier otro tipo. La idea es que la empresa patrocinadora del proyecto necesita cumplir con cada uno de los requisitos que la legislación les imponga, a fin de evitar cualquier riesgo que pueda afectar la fuente de ingresos<sup>62</sup>.

Los aspectos ambientales, sin embargo, dan lugar a preocupaciones más específicas para los prestamistas por los riesgos que representan en relación con las operaciones e inversiones del prestatario. Expresado en términos generales, existen dos tipos de factores detrás de esta conducta: económicos y no-económicos. Esta clasificación, no obstante, responde a objetivos académicos únicamente. Como veremos al final de esta sección, todas estas razones pueden ser reducidas a una mera motivación económica, reflejada en el objetivo de evitar pérdidas y obtener utilidades, presente en cualquier institución financiera comercial.

## 2.2.1 Factores económicos

Hay dos grupos de factores económicos que contribuyen a moldear las políticas crediticias de los prestamistas comerciales cuando se trata de evaluar el riesgo asociado al financiamiento de un proyecto en particular: i) razones asociadas con la imposibilidad del prestatario de repagar el préstamo, es decir, factores enmarcados dentro del análisis de riesgo; y ii) razones asociadas a la imputación de responsabilidad ambiental.

Dentro del primer grupo, todos los factores presentan un elemento en común: la incorporación de los aspectos ambientales de un proyecto como elemento clave en la evaluación de cualquier solicitud de crédito, o en cualquier otro aspecto del financiamiento del mismo. A mayor nivel de análisis y atención a los asuntos ambientales y sociales del proyecto en evaluación, menores serán las posibilidades de causar impactos ambientales de gran magnitud, y menores por tanto las

<sup>61</sup> Hay dos tipos de esquemas dentro de la técnica de financiamiento conocida como «*project finance*»: i) el esquema de recursos limitados (*limited recourse scheme*), en el que el prestamista tiene un acceso limitado a los bienes del operador en caso de incumplimiento, como por ejemplo, a través de el otorgamiento de garantías a favor de las instituciones financieras para respaldar los créditos, y ii) el esquema sin recursos (*non-recourse project finance*), que es un tipo de financiamiento prácticamente sin garantías. La afirmación aludida se refiere fundamentalmente a este último esquema de financiamiento.

<sup>62</sup> FRYE, Russell S., «The Role of Private Banks in Promoting Sustainable Development, from Outside Counsel's Perspective». *Law and Policy in International Business*, summer 1998, p. 482.

posibilidades de que el proyecto fracasase como consecuencia de una situación como ésta.

Incluso si el proyecto cuenta con todas las licencias y permisos requeridos para operar, es posible que los pasivos ambientales sean de tal magnitud que pueden llegar a afectar la capacidad de repago del prestatario. Una situación como ésta sería crítica para cualquier prestamista comercial, pero resulta aun de mayor trascendencia para un ente financiero que promueve un financiamiento bajo el esquema «*project finance*» de recursos limitados o sin recursos, en la medida que no hay o hay muy pocas garantías que ejecutar a fin de recuperar el crédito otorgado. De hecho, para compañías poco capitalizadas o en el caso de proyectos financiados bajo el esquema «sin recursos», el costo de remediación en caso de una contingencia de magnitudes considerables puede poner en riesgo las legítimas expectativas de los prestamistas de recuperar sus inversiones y obtener utilidades, por no mencionar la posibilidad de poner a la empresa patrocinadora del proyecto al borde de la insolvencia<sup>63</sup>.

En algunas ocasiones, el daño ambiental ha interferido con el uso continuo de todo o parte de las instalaciones del proyecto. Una severa contingencia ambiental puede interferir con la capacidad de la empresa de producir los bienes o prestar los servicios que constituyen su objeto social. La cantidad y magnitud de las consecuencias que pueden surgir de una contingencia ambiental son infinitas. Incluso, contingencias ambientales relativamente pequeñas pueden causar una seria caída en la cotización de los valores mobiliarios de la empresa, afectando así la posibilidad de obtener capital adicional en caso de ser necesario y reduciendo el valor de las acciones que el prestamista pueda tener en garantía de sus créditos, e incluso dando lugar a costosos y engorrosos litigios entre accionistas<sup>64</sup>.

Al analizar la racionalidad de las auditorías ambientales, Russell Fry plantea otra hipótesis en relación con el daño ambiental causado por prestatarios y el potencial que éste tiene para afectar su capacidad de repagar los préstamos, introduciendo el concepto de «credibilidad ambiental» como una medida estándar para establecer el récord de

cumplimiento del prestamista en materia ambiental. Fry afirma que bajos niveles de credibilidad ambiental pueden ser una indicación de dos tipos de eventuales problemas futuros para el prestamista. El primero se refiere a los efectos y consecuencias financieras que prácticas ambientales cuestionables de los prestatarios pueden acarrear para el mismo prestamista, y en particular, en el valor de los bienes que se otorgan en garantía del crédito otorgado por el prestamista, de ser el caso.

El segundo tipo de problemas se refiere a las consecuencias que el daño ambiental en otras instalaciones o líneas de producción del prestatario pueda originar en su situación financiera y/o económica en general. El autor propone que aun cuando las instalaciones o el proyecto a financiarse esté libre de cualquier contingencia ambiental, las consecuencias del daño ambiental en esas otras instalaciones u operaciones del prestatario pueden representar un perjuicio significativo. Según su hipótesis, ésta sería la razón por la que algunas entidades financieras han comenzado a evaluar el récord de cumplimiento del prestatario en materia ambiental, considerando al prestatario como una sola unidad, incluyendo todas o la mayoría de sus instalaciones y actividades, en lugar de concentrarse en el proyecto que es materia del financiamiento<sup>65</sup>. Los estándares de manejo ambiental de organizaciones internacionales, tales como ISO 14001, son utilizados para evaluar y comparar los sistemas de manejo ambiental de los prestatarios<sup>66</sup>.

Si bien es cierto que el primer tipo de problemas pronosticado por Fry es aplicable tanto a técnicas de financiamiento bajo el esquema «*project finance*» (principalmente, a la variante «sin recursos») como a formas más tradicionales de financiamiento, el segundo tipo de problemas mencionado por Fry, parece amenazar solamente a estas últimas. Una de las características del esquema «*project finance*» es que las empresas patrocinadoras del proyecto crean una sociedad de propósito especial (SPE), sin pasivos ambientales preexistentes y generalmente sin ninguna otra operación o instalaciones que aquéllas que son materia del financiamiento. Por ello, resulta improbable que esta situación se presente en un financiamiento bajo este esquema. Para que una situación como la que se describe se

<sup>63</sup> Ibid, p. 482.

<sup>64</sup> Ibid, p. 483.

<sup>65</sup> Ibid, p. 484.

<sup>66</sup> BISET, Douglas: «The Environmental Risk considerations of Lenders», En: Economic Development and Environmental Protection Challenges and Opportunities (In publication). Citado por FRYE, Russell, Id. pp. 484-485.

diera, habría que levantar el velo corporativo de la sociedad de propósito especial.

Como parte de este factor, el autor sugiere que el retiro del apoyo de una agencia pública o de algún banco de desarrollo en el financiamiento de un proyecto podría dar origen a la posibilidad de afectar el proyecto en sí mismo, o al menos la posibilidad del prestatario de repagar el préstamo. De acuerdo con este punto de vista, los prestamistas tendrían que considerar este factor en caso de financiamientos que involucren la co-participación de bancos de desarrollo u otro tipo de apoyo financiero proveniente de otras agencias públicas nacionales o internacionales, y pensarlo dos veces antes de acceder a participar en un financiamiento con estas características. La pregunta que surge de inmediato es por qué un banco de desarrollo retiraría su apoyo financiero a un proyecto en particular sobre la base de las prácticas ambientales de la empresa patrocinadora, mientras que los otros prestamistas de ese mismo proyecto se mantienen incólumes ante esta misma situación. Fry atribuye esta reacción distinta a estándares ambientales más altos por el lado de los OMD, que van más allá de simplemente minimizar la exposición de los prestamistas al riesgo ambiental, y al hecho de que los bancos multilaterales de desarrollo deben responder a presiones de gobiernos y organizaciones no gubernamentales<sup>67</sup> que usualmente los prestamistas comerciales no tienen que enfrentar.

Del mismo modo, existe también la posibilidad que las prácticas ambientales del prestatario representen un perjuicio para el valor de los bienes que constituyen la garantía de los créditos otorgados. El potencial de contaminación ambiental crea el riesgo de un significativo perjuicio en el valor de los bienes sujetos a gravámenes. En la medida que el prestamista otorgue un crédito amparado en garantías constituidas sobre inmuebles, plantas industriales o equipo, puede ver su garantía desvanecida de la noche a la mañana como consecuencia de la contaminación ambiental.

Como es de suponer, si la propiedad de un inmueble trae consigo eventual responsabilidad ambiental por costosas labores de remediación, el valor de mercado de la propiedad puede resultar sustancialmente reducido, o puede incluso llegar a ser

negativo. Más aún, algunos inmuebles pueden llegar perder gran parte de su valor sin siquiera estar contaminados, con la consecuente reducción del valor de la garantía. Una propiedad puede llegar a ser estigmatizada ante los ojos de los vecinos por su cercanía a una fuente de contaminación, o por haber emitido descargas en el agua o aire que pueden no ser muy agradables para la vista, pero que están dentro de los límites máximos permisibles y que por tanto, no representan ningún riesgo para la salud ni para el medio ambiente<sup>68</sup>.

## 2.2.2 Factores legales vinculados a la responsabilidad ambiental.

En algunas jurisdicciones, como en los Estados Unidos, la responsabilidad directa por proyectos que implican violación al ordenamiento legal ambiental puede ser considerada la razón más fuerte para los bancos para evaluar y supervisar las prácticas ambientales de sus clientes. El meollo de esta preocupación de las instituciones financieras va más allá de las razones esgrimidas precedentemente. En este caso, ya no se trata solamente de instituir prácticas comerciales de vanguardia en relación al medio ambiente y los recursos naturales, o de tomar decisiones adecuadas a fin de evitar el riesgo de la pérdida de la inversión. El factor que analizamos a continuación justifica que los bancos se involucren únicamente en proyectos con un impecable perfil en materia de cumplimiento ambiental. Recordemos que, según lo descrito previamente, las cortes de los Estados Unidos han encontrado responsables a las instituciones financieras por el daño ambiental causado por las operaciones de sus clientes, aun cuando la participación de éstas se haya limitado a financiar las operaciones.

En algunos esquemas de financiamiento, los prestamistas pueden llegar a ser propietarios de las instalaciones o del equipo del prestatario. Pensemos sino en el financiamiento bajo un esquema de «leasing», en el que una institución financiera, directamente o a través de una sociedad de propósito especial o un fideicomiso, adquiere la propiedad de los bienes que son el objeto del financiamiento y los entrega en «leasing» al mismo prestatario.

Otros tipos de financiamiento pueden también ser estructurados de tal manera que la garantía que se otorga a favor del prestamista le otorgue al menos algún tipo de derecho sobre los

<sup>67</sup> Ibid, p. 483.

<sup>68</sup> FRYE, Russell, op. cit., p. 483.



bienes. Otra de las situaciones comunes en las que el prestamista puede enfrentar eventual responsabilidad por tener derechos de propiedad sobre los bienes o instalaciones sobre los que recae el impacto ambiental, se da cuando, ante el incumplimiento del prestatario, el prestamista se ve forzado a ejecutar alguna garantía (más frecuentemente una garantía real) sobre los bienes y como consecuencia de ello termina adjudicándose la propiedad de los mismos.

Consideradas independientemente, algunas de estas circunstancias parecen no encajar en un financiamiento bajo el esquema «*project finance*». Debido a la estructura legal empleada en estas transacciones, parece improbable que un prestamista se involucre en una transacción tipo «*lease back*», o que adquiera derechos de propiedad sobre un inmueble. Aun en el caso de incumplimiento de la empresa patrocinadora, la primera reacción del sindicato de prestamistas ciertamente no será la ejecución de las garantías otorgadas a su favor.

Si la reorganización de los pagos no es viable y en caso de no darse ninguna otra solución aparente, los prestamistas tratarán de reemplazar a la empresa patrocinadora con otro inversionista que esté dispuesto a tomar el proyecto, dejando casi intacto el marco legal existente y sin la necesidad de desmantelar el complejo conjunto de contratos, poderes y otros documentos legales en los que éste se asienta. Muchos de los contratos de concesión y los respectivos arreglos financieros y otros documentos legales que subyacen a los financiamientos bajo el esquema «*project finance*» contienen un mecanismo de esa naturaleza, a fin de que el proyecto no fracase, a pesar del incumplimiento de la empresa patrocinadora.

No obstante, la posibilidad existe aun en estos escenarios. Podría resultar inevitable en determinadas circunstancias ejecutar una prenda o hipoteca, y adquirir la propiedad de un inmueble o de los equipos, incluso terminar involucrado en las actividades del prestatario mismo.

Por tanto, a pesar de no ser específicamente aplicables a los financiamientos bajo el esquema «*project finance*», estos riesgos deben ser evaluados por las instituciones

financieras en general, y en especial, al momento de negociar y regular las consecuencias legales ante el incumplimiento del prestatario.

### 2.2.3 Factores no económicos

A pesar de no ser tan relevantes como los factores económicos, hay también otro tipo de factores detrás de las preocupaciones de las instituciones financieras por los aspectos ambientales de los proyectos que financian y de las políticas crediticias que los incorporan como parte importante de sus estudios de factibilidad y sus análisis de riesgo.

En tiempos recientes, muchas instituciones financieras se han percatado de que, independientemente de su real exposición a pérdidas vinculadas a factores ambientales, la sola asociación con contingencias ambientales podría afectar negativamente la imagen de la institución. Los banqueros se rehusan a aceptar la idea de tener un grupo de manifestantes en sus puertas, protestando contra las políticas y decisiones financieras de la institución, como ha sucedido en innumerables oportunidades. Una imagen plagada de cuestionamientos puede definitivamente afectar negativamente el desempeño de cualquier negocio. Adicionalmente, cualquier asociación con prácticas ambientales irresponsables puede afectar la confianza de los inversionistas en la institución e incluso poner en riesgo su capacidad de negociar con gobiernos.

Por tanto, cuando un eventual problema ambiental surge en relación con una operación financiera realizada por un banco, no resulta extraño que la administración se muestre tan preocupada por la percepción de la institución en el público en general, como por el riesgo de pérdidas económicas. En algunos casos, las instituciones financieras se preocupan de incluir en los documentos legales que sustentan la operación, cláusulas que les permiten desvincularse completamente de las instalaciones materia del financiamiento ante el descubrimiento de una contingencia ambiental, con lo que se atenúa en cierta medida el daño a la imagen del banco, así como la responsabilidad por los costos de remediación. El incremento de la competitividad de los negocios y la mejora de la credibilidad de las empresas son también objetivos adicionales de

<sup>49</sup> El Foro de Sostenibilidad Zurich realizado el 24 y 25 de septiembre de 2001, del que el banco UBS es uno de los principales patrocinadores, trató el tema de si los servicios financieros son promotores de sostenibilidad y analizó la hipótesis de que prácticas de desarrollo sostenible recompensan a sus cultores porque contribuyen tanto a la competitividad y a la credibilidad de las empresas. [www.ubs.com](http://www.ubs.com), News

las instituciones financieras que adoptan prácticas sostenibles. A pesar de que éstas no son los objetivos principales perseguidos por los prestamistas, son conscientes de que la adopción de políticas crediticias que fomenten el desarrollo sostenible, terminan rindiendo frutos en la medida que contribuyen al logro de estos dos objetivos<sup>69</sup>.

UBS, uno de los bancos líderes a nivel mundial en el tema ambiental, evalúa el impacto de su compromiso con el medio ambiente y ofrece otra razón para la adopción de estas políticas. Según afirman, el valor de una empresa se debe en gran medida a su reputación, y ésta mejora con el reconocimiento internacional de la capacidad de la institución en temas de manejo ambiental y de su compromiso de asumir responsabilidad hacia la sociedad y el medio ambiente<sup>70</sup>. El reporte ambiental para el año 2000, muestra como el compromiso de UBS con el medio ambiente en las distintas áreas de negocios donde se desarrolla han afectado su valor empresarial.

Este mismo documento revela dos de las razones que motivan a los bancos a promover la protección del medio ambiente a través de su trabajo cotidiano. La primera consiste en incrementar la imagen corporativa y la reputación del banco y la segunda en aumentar el valor del negocio. Otras razones que pueden motivar a las instituciones financieras a adoptar este tipo de medidas incluyen la intención de verse a sí mismas como ejemplos para otras instituciones financieras, el objetivo de atraer y emplear profesionales que se preocupen por el medio ambiente y que se identifiquen con instituciones que ostentan políticas definidas y vanguardistas en este campo, y en general, el afán por la adopción de medidas que garanticen el éxito a largo plazo.

Un comentario final para quienes rechazan las clasificaciones. Estos últimos factores han sido catalogados como «factores no-económicos» para sustentar políticas pro-ambientalistas. Es innegable, sin embargo, que todas estas razones podrían ser reducidas a una única motivación económica, que no es otra que el afán de lucro inherente a cualquier prestamista. Superficialmente, estas razones parecen atender otros valores, tales como

credibilidad y reputación, pero una mirada más profunda nos revelará que, en el fondo, estos valores y objetivos son sólo herramientas para alcanzar el principal objetivo de cualquier negocio, es decir, el éxito. Como quiera que éxito de los negocios se mide fundamentalmente por parámetros económicos y financieros, resulta inocultable que los factores de contenido económico están detrás de cualquier otra motivación de los prestamistas para desarrollar estándares ambientales para sus operaciones cotidianas. En ese sentido, la clasificación ofrecida responde básicamente a criterios pedagógicos.

### 2.3 El contenido de las prácticas ambientales de las instituciones financieras privadas.

Esta sección no intenta ofrecer los resultados de una revisión minuciosa de las políticas crediticias de un amplio número de instituciones financieras. Por el contrario, tan solo se limita a ofrecer algunas pautas y a bosquejar algunos escasos ejemplos puestos en práctica por *Union de Banque Suisse-UBS*, uno de los líderes de esta tendencia dentro de la comunidad financiera internacional, y uno de los promotores más comprometidos de esta nueva actitud hacia el medio ambiente<sup>71</sup>.

Un punto que merece ser mencionado antes de las iniciativas de UBS en el campo ambiental es la oportunidad en la que esta tendencia surgió dentro de la banca privada. Acabamos de comprobar que, si bien es posible rastrear los orígenes de la preocupación por el medio ambiente en algunos bancos multilaterales de desarrollo hasta inicios de los años setenta, éstos no desarrollaron una verdadera política ambiental hasta mediados de los ochenta. En el ámbito privado, todo parece indicar que la reacción se produjo con posterioridad a la de los OMD, y que consecuentemente, sus políticas ambientales son más recientes que las de éstos. Del mismo modo, hay algunos elementos comunes que sugieren que las políticas ambientales de los bancos privados han adoptado los patrones y criterios previamente establecidos por los OMD.

UBS afirma en su página web que su compromiso con el medio ambiente data de

<sup>70</sup> UBS Environmental Report 2000, The Impact of USB's Environmental Commitment on its Value Drivers. [www.ubs.com](http://www.ubs.com).

<sup>71</sup> En una encuesta publicada en enero de 2000, Oekom Research, una agencia de investigación de mercado de Munich, examinó las prácticas ambientales de los bancos más grandes de Europa y concluyó que, de los 26 bancos examinados, UBS mostraba el mejor desempeño. El análisis consideró los sistemas de manejo ambiental, los distintos productos y servicios ofrecidos y la calidad de la información en materia ambiental en poder de los bancos. [www.ubs.com/About UBS/UBS & the Environment/Ratings](http://www.ubs.com/About%20UBS/UBS%20&%20the%20Environment/Ratings)

1978. En ese año, el banco creó su primera Unidad Funcional de Energía. El hecho es que, en realidad, no fue sino hasta 1989 en que el banco emitió sus primeros lineamientos formales en materia energética, y hasta 1991 en que completó su *Estrategia Ambiental* y sus primeras evaluaciones ambientales. De hecho, la iniciativa ambiental más antigua del banco que puede ser considerada como el antecedente de la política ambiental de 1998 es el procedimiento para la evaluación ambiental crediticia para clientes corporativos suizos de 1994, junto con su primer reporte ambiental<sup>72</sup>.

Sea como fuere, el caso de UBS es uno de aquéllos en los que el compromiso con el medio ambiente es más que un simple cliché o una declaración de principios o de buenas intenciones. La política ambiental actual está presente en varios escenarios y cubre desde la indispensable política ambiental para sus productos y servicios financieros, operaciones y administración, hasta iniciativas internacionales, tales como la «Declaración de las Instituciones Financieras sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible» promovida por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-PNUMA. UBS observa estándares ambientales internacionales al planificar y evaluar su conducta y sus transacciones financieras. El otorgamiento del estándar ISO 14001 es una evidencia más que contundente para sustentar esta afirmación.

De todas las iniciativas desplegadas por esta institución<sup>73</sup>, resulta imposible dejar de mencionar las siguientes: i) las metas de UBS en materia ambiental<sup>74</sup>, constituidas por un conjunto de objetivos que el banco se ha fijado alcanzar en tres áreas: servicios bancarios y financieros (sin duda, la más relevante de las áreas, en la medida que incorpora en el análisis de riesgo la consideración del riesgo ambiental que cada proyecto implica), prácticas corporativas, y sistemas de manejo ambiental; ii) la nueva política ambiental de UBS<sup>75</sup>, que consiste en una declaración de principios del banco que sustenta y promueve la incorporación los aspectos ambientales en

sus productos y servicios bancarios y financieros, en sus operaciones, y en la administración del negocio; iii) el factor ambiental en los negocios crediticios<sup>76</sup>, consistente en un complejo conjunto de reglas y procedimientos que establecen cómo evaluar y reaccionar ante un proyecto que involucra riesgo ambiental, que considera incluso la posibilidad de renunciar al financiamiento del proyecto sobre la base de un aspecto ambiental; iv) la «Declaración de las Instituciones Financieras sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible»<sup>77</sup>, una iniciativa internacional promovida por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que busca promover la integración de los aspectos ambientales en el sector financiero a través de su «Iniciativa de Servicios Financieros»; y, v) el Programa «Global Compact» de las Naciones Unidas<sup>78</sup>, una iniciativa de las Naciones Unidas para promover prácticas empresariales encomiables en materia de derechos humanos, empleo y medio ambiente, compuesta de 9 principios, de los cuales los tres últimos tienen un contenido ambiental y promueven, respectivamente, una aproximación precautelatoria frente a los desafíos ambientales, la responsabilidad ambiental, y el uso de tecnologías «amigables» con el medio ambiente.

### 3. ASPECTOS AMBIENTALES EN EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO ANTIMINA

Resulta útil e ilustrativo confrontar algunas de las ideas expresadas con un caso real. Si bien es cierto que el proyecto Antamina cubre un amplio y complejo espectro de aspectos ambientales, su financiamiento presenta dos aspectos ambientales que vale la pena destacar a fin de ilustrar las hipótesis que subyacen a este análisis. Esta sección da una mirada general al cumplimiento ambiental general del proyecto, incluido el Estudio de Impacto Ambiental, y al método elegido para el transporte del mineral extraído de la mina. Estos dos temas reflejan claramente la importancia de los aspectos ambientales para

<sup>72</sup> [www.ubs.com](http://www.ubs.com). About UBS, UBS & the Environment, Commitments of UBS, Environmental Policy of UBS / About UBS, UBS & the Environment, Milestones.

<sup>73</sup> UBS, About UBS, UBS & the Environment, [www.ubs.com](http://www.ubs.com)

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> UNEP Finance Initiatives, Innovative Financing for Sustainability, [www.unepfi.net/fii](http://www.unepfi.net/fii)

<sup>78</sup> United Nations' Global Compact [www.unglobalcompact.org /What it is / The 9 Principles/ The Global Compact and Environment/](http://www.unglobalcompact.org/What%20it%20is/The%209%20Principles/The%20Global%20Compact%20and%20Environment/)

el desarrollo exitoso de un proyecto y también el significado de las prácticas ambientales para los prestamistas. Uno de los aspectos más sensibles del proyecto tiene que ver con su ubicación. La mina y su área de influencia están ubicadas cerca del Parque Nacional Huascarán, un área significativa en términos ambientales.

La importancia biológica y cultural del área ha sido reconocida en tres niveles de protección nacional e internacional<sup>79</sup>: a nivel nacional, ha sido designada como «área natural protegida» en la categoría de parque nacional<sup>80</sup>, bajo los alcances de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley 26834; y a nivel internacional, el área es considerada desde 1977 como núcleo de la Reserva de Biosfera Huascarán, dentro del programa internacional de la UNESCO para el Hombre y la Biosfera<sup>81</sup>, y desde 1985, como Patrimonio Natural de la Humanidad<sup>82</sup>, dentro del Programa de Patrimonio Mundial de la UNESCO<sup>83</sup>. La inversión fue estimada inicialmente en US \$2' 260, 000 000, pero terminó siendo ligeramente superior, y alcanzó los US \$2 296'000 000 debido a las decisión de los accionistas de construir un mineroducto para transportar el mineral desde la operación hasta el puerto de Huarney, en vez de utilizar el sistema original basado en transporte terrestre mediante camiones de carga<sup>84</sup>.

De los US \$2' 296, 000 000 que implicó el financiamiento del proyecto, US \$1' 320, 000 000 fueron proporcionados por bancos comerciales (\$640'000,000) y por las agencias de crédito para la importación y exportación de Japón, Canadá, Alemania y Finlandia (\$680'000,000), bajo un esquema «project

finance». El proyecto fue considerado por la revista especializada *Project Finance International* como el financiamiento más destacado del sector minero en 1997<sup>85</sup>.

### 3.1 Cumplimiento ambiental en general

Compañía Minera Antamina S.A. (CMA), la empresa patrocinadora del proyecto, habría asegurado cumplir con toda la legislación ambiental peruana y, adicionalmente, con los estándares establecidos por el Banco Mundial<sup>86</sup>. Sin embargo, de acuerdo con Jane Pratt, el Estudio de Impacto Ambiental no alcanzaba dichos estándares. Ella afirma que el estudio fue encargado por CMA para justificar el proyecto. La autora de estas críticas ha dirigido las divisiones de Operaciones Ambientales y de Estrategia del Banco Mundial, y como tal ha estado involucrada en el diseño de los procesos de evaluación ambiental (EA), por lo que afirma saber exactamente qué hubiera constituido un Estudio de Impacto Ambiental de acuerdo con los estándares del Banco Mundial<sup>87</sup>.

Más allá de la discusión sobre los niveles de cumplimiento de CMA, el proyecto debía seguir los lineamientos aprobados por el Banco Mundial respecto de los asuntos más sensibles que un proyecto de la magnitud de Antamina implica. El manejo del patrimonio cultural se abordó a través de los lineamientos contenidos en la Política de Salvaguardia sobre Patrimonio Cultural<sup>88</sup>, mientras que los aspectos vinculados con los desplazamientos involuntarios de poblaciones estuvieron cubiertos por la Política de Salvaguardia sobre Reasentamiento Involuntario<sup>89</sup>. El proyecto debía cumplir también con los parámetros

<sup>79</sup> PRATT, D. Jane: «Corporations, Communities and Conservation: The Mountain Institute and Antamina Mining Company». *California Management Review*, Vol. 43, Issue No. 3, Spring 2001, p. 39.

<sup>80</sup> Establecido como parque nacional el 1 de julio de 1975 mediante Decreto Supremo No. 0622-75-AG.

<sup>81</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Programa para el Hombre y la Biosfera. [www.unesco.org/mab/](http://www.unesco.org/mab/)

<sup>82</sup> Programa de Patrimonio Mundial de la UNESCO: <http://whc.unesco.org/nwhc/pages/sites/main.htm/Latin America and the Caribbean/Peru>. Para mayores detalles, ver: Centro de Monitoreo de Conservación Mundial del Programa de la ONU para el Medio Ambiente: [http://www.wcmc.org.uk/protected\\_areas/data/wh/huascara.html](http://www.wcmc.org.uk/protected_areas/data/wh/huascara.html)

<sup>83</sup> Según lo advertido, este es otro de esos casos en los que los aspectos ambientales y los culturales se presentan juntos y prácticamente interdependientes en una misma situación. Según se ha mencionado, en algunos casos el concepto de derecho ambiental se ha ampliado para incluir temas como la protección del patrimonio cultural, y en otros casos, como en éste, la misma área recibe protección independiente de ambas disciplinas debido a su significado para ambos campos.

<sup>84</sup> Según se discute más adelante, la decisión de cambiar el método original de transporte de los minerales habría obedecido directamente a cuestiones ambientales y de patrimonio cultural, y funciona como un ejemplo bastante representativo de la influencia que las instituciones financieras (y hasta cierto punto, también las ONGs) tienen cuando se trata de lidiar con los aspectos ambientales de un proyecto determinado.

<sup>85</sup> Apoyo Comunicaciones S.A., supra pie de página N.º, p.15.

<sup>86</sup> Id. p. 18. El texto dice: «Medio Ambiente. Un aspecto que tiene importancia estratégica para el desarrollo del proyecto Antamina es la política ambiental. Además del estricto cumplimiento de la legislación peruana, el proyecto satisface los más estrictos estándares establecidos por el Banco Mundial».

<sup>87</sup> PRATT, Jane: op. cit., p. 40, pie de página No. 1.

<sup>88</sup> Política de Salvaguardia sobre Patrimonio Cultural, Operational Policy Note (OPN) No. 11.03: Management of Cultural Property in Bank-Financed Project.

Será reemplazada por las Políticas Operacionales No. 4.11.

<sup>89</sup> Política de Salvaguardia sobre Reasentamiento Involuntario, Directivas Operacionales No. 4.30, vigente hasta diciembre de 2001. Posteriormente reemplazada por las Políticas Operacionales No. 4.12 y las Normas de Procedimiento del Banco No. 4.12.

<sup>90</sup> Ibid, p. 8.

establecidos por el Banco Mundial en las Políticas de Salvaguardia sobre Hábitats Naturales<sup>90</sup>, Seguridad de Represas<sup>91</sup>, y en general, con los lineamientos del Banco Mundial sobre Medio Ambiente, Salud y Seguridad para Operaciones Mineras y de Molienda<sup>92</sup> - Tajo Abierto<sup>93</sup>.

Adicionalmente, OMGI puso particular importancia sobre i) el proceso de consulta local con los grupos afectados y ii) revelación de la información durante el proceso de preparación del Estudio de Impacto Ambiental y durante la implementación del proyecto. Estos aspectos adicionales de la evaluación del proyecto fueron incluidos posteriormente en la versión corregida de las políticas ambientales del Banco Mundial<sup>94</sup>. La participación de OMGI en el proyecto obedece al hecho de que los propietarios (el *sponsor* y sus accionistas) y varios de los bancos comerciales que proporcionaron los fondos para el financiamiento recibieron la garantía de OMGI por sus respectivas inversiones en el proyecto Antamina, a pesar de ser un proyecto con financiamiento privado.

Además de justificar la participación de este organismo internacional, esta circunstancia precipitó la aplicación de algunos de los estándares ambientales descritos precedentemente. Uno de los aspectos ambientales más relevantes es sin duda la intervención del OAC<sup>95</sup>. OMGI y OAC recibieron quejas a inicios del año 2000 de ciudadanos locales afectados por el proyecto. Las quejas estaban relacionadas con aspectos sociales del proyecto Antamina, concretamente a temas de desplazamiento y reubicación de los pobladores afectados, así como a la implementación de los compromisos asumidos por la empresa en su Estudio de Impacto Ambiental respecto de temas sociales, desarrollo comunitario y de protección del medio ambiente<sup>96</sup>.

Como consecuencias de las quejas, la oficina de OAC decidió revisar la manera en la que el proyecto fue aprobado por OMGI, a fin de evaluar su desempeño en el cumplimiento de las políticas y lineamientos ambientales y sociales, y a fin de identificar cualquier debilidad en el proceso de auditoría. Como consecuencia de su participación, el OAC preparó un reporte del Examen Preliminar de Auditoría de OMGI en relación con Compañía Minera Antamina S.A.<sup>97</sup>.

El Reporte Preliminar de Auditoría tenía por objeto identificar de qué manera se había llevado a cabo el proceso de evaluación del proyecto, si el proceso de evaluación contemplaba adecuadamente la aplicación de las políticas de salvaguarda, si el proceso de evaluación ambiental y social fueron aplicados al proyecto apropiadamente, y si las políticas de salvaguarda fueron comunicadas efectivamente a los clientes de OMGI (*prestamistas* y *sponsor*). Igualmente, el reporte comprendió una evaluación de los mecanismos para monitorear y supervisar el cumplimiento y su efectividad al asegurar el cumplimiento con las políticas sociales y ambientales para un proyecto de esta naturaleza<sup>98</sup>.

Independientemente de las conclusiones de este reporte, la sola existencia de esta «revisión» es importante porque implica la supervisión y cuestionamiento del desempeño de un miembro del Grupo del Banco Mundial por parte de un órgano distinto de ese mismo grupo, en cuanto a supervisar el cumplimiento de los estándares ambientales y sociales.

Las conclusiones de este reporte mostraron que OMGI no identificó algunos casos de incumplimiento en los que el *sponsor* había incurrido. Algunos de estos casos de incumplimiento se referían a las políticas de salvaguarda sociales del Banco Mundial

<sup>90</sup> Política de Salvaguardia sobre Hábitats Naturales, Políticas Operacionales No. 4.04 y Normas de Procedimiento del Banco No. 4.04.

<sup>91</sup> Política de Salvaguardia sobre Seguridad de las Represas, Políticas Operacionales No. 4.37, y Normas de Procedimiento del Banco No. 4.37. Las versiones de octubre 2001 reemplazan a las de septiembre de 1996.

<sup>92</sup> Lineamientos del Banco Mundial sobre Medio Ambiente, Salud y Seguridad para Operaciones Mineras y de Molienda - Tajo Abierto, Agosto 1995. Estos lineamientos, actualmente en uso, no forman parte del Manual de Prevención y Disminución de la Contaminación.

<sup>93</sup> Examen Preliminar de Auditoría del OMGI en relación con Compañía Minera Antamina S.A. Informe de la Oficina del Ombudsman/Asesor en material de Cumplimiento (OAC) de la Corporación Financiera Internacional y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, Febrero 2001, p. 3.

<sup>94</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>95</sup> Según lo bosquejado inicialmente, la oficina del OAC trabaja tanto con el CFI como con OMGI. En vista de que OMGI estuvo involucrado como garante de la inversión, no hubo lugar para dudas respecto de la legitimidad de OAC para involucrarse en el proyecto.

<sup>96</sup> Una vez más, la advertencia ofrecida en el prólogo respecto de la intersección entre los aspectos ambientales, sociales y culturales de un mismo proyecto cobra vida en esta ocasión. El incumplimiento acusado por los pobladores locales en este caso se relaciona a las dos políticas de la compañía.

<sup>97</sup> Examen Preliminar de Auditoría del OMGI en relación con Compañía Minera Antamina S.A., op.cit.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 2.

(Reasentamiento Involuntario y Pueblos Indígenas)<sup>99</sup>. Otros casos han sido identificados en las etapas de monitoreo y supervisión<sup>100</sup>. Una de las críticas más concretas de la oficina de OAC al reporte de OMGI fue la falta de participación de un experto en asuntos sociales en la elaboración del reporte.

A pesar de que en términos generales el Examen Preliminar de Auditoría es benévolo al evaluar el desempeño de OMGI como supervisor del cumplimiento en materia ambiental del proyecto Antamina, ofrece dos recomendaciones para subsanar las deficiencias advertidas: indica que es necesario garantizar que el manejo de los aspectos sociales del proyecto resista cualquier análisis o cuestionamiento, para lo que debía contarse con la participación de profesionales expertos en la materia. Se recomendó que en vista de que no se habían cumplido los requisitos de las políticas de salvaguardia sociales, OMGI debía revisar su capacidad para evaluar, supervisar y manejar el cumplimiento de los aspectos sociales de proyectos como el de Antamina; igualmente, recomendó que hasta que el proyecto cumpliera íntegramente con las políticas de salvaguardia sociales, y hasta que la comunidad haya otorgado su respaldo al Plan de Desarrollo Comunitario, OMGI debía explorar con sus clientes el interés de éstos en encargar a expertos la realización de reportes preliminares de auditoría respecto del cumplimiento de las políticas de salvaguardia sociales por parte de Antamina.

### 3.2 Aspectos ambientales del diseño original del método de transporte del mineral.

Este aspecto en particular del proyecto Antamina ilustra con bastante precisión la hipótesis discutida en este artículo, y demuestra cuán poderosas pueden llegar a ser las preocupaciones de los prestamistas por las prácticas ambientales de sus clientes. Las circunstancias que se analizan a continuación ponen al descubierto el verdadero rol de los aspectos ambientales al momento de delinear las políticas crediticias de las instituciones financieras. Esta sección ofrece también una idea de la influencia que las ONGs internacionales en materia ambiental pueden ejercer sobre el desarrollo de un proyecto en

particular. Una vez más, en este caso, los aspectos ambientales no se prestaron aislados; vinieron acompañados por preocupaciones por el riesgo que asomaba sobre el patrimonio cultural presente en la zona del proyecto, generado por los eventuales efectos negativos que las actividades mineras podían generar en la zona.

Los planes iniciales del proyecto Antamina implicaban el envío de los concentrados de mineral por carretera a través de los Andes hacia el puerto de Huarney, atravesando el Parque Nacional Huascarán. De acuerdo con Jane Pratt<sup>101</sup>, directora del Instituto de Montaña, el incremento del tráfico hubiera afectado el hábitat de varias especies en extinción. La principal fuente de críticas, sin embargo, no se concentró estrictamente en asuntos ambientales. El centro de la discusión giró en torno a preocupaciones relacionadas con el patrimonio cultural en riesgo como consecuencia de las actividades mineras propuestas en un área adyacente a un área designada como Patrimonio Natural de la Humanidad. La decisión final de cambiar el mecanismo de transporte de camiones de carga al mineroducto se debió en gran medida a críticas en el Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO<sup>102</sup>.

La vía propuesta atravesaba áreas donde el Instituto de Montaña (IDM) promueve proyectos en colaboración con las autoridades del parque nacional y comunidades locales. Su presencia en el área permitió su participación en el proyecto. El IDM, basado en amplia experiencia y capacidad técnica en áreas montañosas, habría intentado convencer a la compañía de que se utilice una vía alternativa a la que atravesaba el parque. La plana mayor de la administración de CMA participó activamente en el período de participación pública y comentarios sobre el Estudio de Impacto Ambiental.

El IDM habría sugerido a CMA que considerar opciones alternativas a la ruta original era para el propio beneficio del proyecto: operar camiones de carga de 35 a 50 toneladas a una altura de 17,500 pies de altura sobre el nivel del mar implicaba un alto costo en mantenimiento y combustible, además del riesgo que implicaba que uno o más de los

<sup>99</sup> Ibid, p. 8.

<sup>100</sup> Ibid, p. 9.

<sup>101</sup> PRATT, Jane: op. cit., p. 39.

<sup>102</sup> FRANCIONI Francesco, Profesor de Derecho Ambiental Internacional, Università Degli studi di Siena, The University of Texas at Austin (comunicación personal). Comité del Patrimonio Mundial: [http://whc.unesco.org/ab\\_comm.htm](http://whc.unesco.org/ab_comm.htm)

camiones de carga fallara en medio de la estrecha vía, cuyas dramáticas consecuencias se veían acentuadas si se considera que las salidas de los camiones estaban programadas cada cuatro minutos durante las veinticuatro horas del día. Como alternativas a la propuesta original, se propusieron una ruta alrededor del parque que resultaba 17 kilómetros más larga que la original, y un mineroducto. Ambas propuestas resultaban más eficientes en el largo plazo, pero fueron inicialmente rechazadas por resultar muy costosas y por prolongado el tiempo de ejecución que implicaban<sup>103</sup>.

El siguiente episodio del desarrollo de la mina narra la forma cómo la conciencia de los prestamistas por los aspectos ambientales de un proyecto tiene un rol determinante en la delimitación de sus políticas crediticias, e incluso en los detalles de la ejecución de un determinado proyecto.

¿Qué hizo la ONG cuando se le agotaron las esperanzas de convencer al patrocinador del proyecto de adoptar una alternativa distinta al mecanismo originalmente diseñado para el transporte del mineral? Acudió a las instituciones que financiaban el proyecto. La directora del IDM admite la débil posición de la ONG frente a una asociación de megaempresas, y simultáneamente, la participación decisiva de los bancos comerciales en el proyecto, señalando que *«mientras que el IDM estaba en mejor posición que el consultor para proporcionar información de calidad, fue capaz de involucrar a la sociedad en una seria discusión, solo después de haber captado la atención de los promotores financieros de la empresa en forma verosímil, y aprovechando de su influencia con Antamina»*<sup>104</sup>. El consultor aludido es la firma que preparó el Estudio de Impacto Ambiental.

El IDM organizó una reunión con el grupo financiero que respaldaba el proyecto – un sindicato de prestamistas que incluía los más importantes bancos de inversión de los Estados Unidos, Canadá, Japón y Alemania. El IDM puso énfasis en su interés por promover un diálogo constructivo que asegure el respeto al medio ambiente y a las comunidades locales, pero que reconozca la importancia del desarrollo minero para la generación de empleo y de ingresos.

También puso énfasis en su papel de organización de conservación y desarrollo con capacidad técnica y con operaciones en el campo, y destacó que no trataría de movilizar oposición pública en contra de la mina. Sin embargo, el IDM indicó que la implementación de la ruta a través del parque podría originar que la UNESCO automáticamente lo incluya en lista de «sitios en peligro»<sup>105</sup>, lo que a su vez provocaría un repentino interés en monitorear el área por parte de grupos ambientalistas de distintas latitudes. Otras ONGs, tan pronto como se enteraran de la amenaza que pesaba sobre dicha área protegida, protestarían incansablemente en los países donde se ubican las oficinas centrales de las instituciones financieras involucradas en la operación. A fin de cuentas, el IDM pronosticó que dichas protestas podrían demorar la ejecución del proyecto, pero que finalmente no lo paralizarían. Las demoras, no obstante, activarían las penalidades contenidas en el contrato celebrado con el gobierno, las que, dependiendo de la magnitud de las demoras, eventualmente podrían resultar significativas.<sup>106</sup>

El IDM sostiene que al haber contribuido con un alto nivel de capacidad técnica, le dio a la compañía un valor añadido significativo en cuanto al análisis de costo-beneficio de la transacción. El IDM también se atribuye el haber equiparado las fuerzas con CMA, al haber comprometido la atención y el apoyo de las instituciones financieras que respaldaban el proyecto Antamina<sup>107</sup>. A pesar de que esta alternativa implicaba mayores costos iniciales, Antamina terminó optando por un mineroducto, cuyo trazo bordea el parque en lugar de atravesarlo.

El aspecto más significativo de este episodio es que la decisión fue adoptada, a pesar de la desventaja económica que implicaba, porque eso fue precisamente lo que los prestamistas del proyecto exigieron para cumplir con sus propios estándares de «sostenibilidad»<sup>108</sup>. El rol de los prestamistas para lograr este cambio de actitud al interior del sponsor es reconocido por la directora del IDM, al evaluar su participación. En ese sentido, Pratt afirma que «sin el apoyo de los prestamistas, el IDM probablemente no hubiera tenido éxito en lograr que Antamina tome sus recomendaciones en serio»<sup>109</sup>. La actitud del

<sup>103</sup> PRATT, Jane: op.cit., p. 40.

<sup>104</sup> Ibid, p. 42.

<sup>105</sup> Sites in Danger: <http://whc.unesco.org/nwhc/pages/sites/main.htm>

<sup>106</sup> Ibid, p. 40.

<sup>107</sup> Ibid, p. 41-42.

<sup>108</sup> Ibid, p. 41.

<sup>109</sup> Ibid, p. 42.

IDM y la respuesta obtenida de los prestamistas del proyecto pueden ser interpretadas como un muy simbólico y representativo ejemplo del rol clave que los aspectos ambientales, sociales y culturales juegan en el financiamiento de cualquier proyecto que genere algún tipo de impacto en esas áreas. Los hechos narrados sobre las políticas y lineamientos adoptados por los OMD, la creación de nuevos órganos al interior de sus organizaciones, el desarrollo

de la jurisprudencia y legislación de la responsabilidad ambiental de los prestamistas en los Estados Unidos, y las tendencias actuales de las instituciones financieras en el ámbito privado, nos permiten confirmar la hipótesis que sostiene que los aspectos ambientales de los proyectos que son materia de financiamiento moldean y delimitan sus políticas crediticias.

---