

# RESPONSABILIDAD CIVIL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS POR DAÑOS SOCIOAMBIENTALES

**Luciane Moessa de Souza**

Posui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995), Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2001) e Doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (aprovação com louvor, em 2010), com estágio de pesquisa (Doutorado-sanduiche) no Center for Public Policies Dispute Resolution da Universidade do Texas (campus de Austin).  
Email: lumoessa@hotmail.com

## RESUMEN

El trabajo propone parámetros concretos, a la luz de las normas regulatorias, de iniciativas autorregulatorias, de las mejores prácticas de mercado (identificadas a partir de investigación empírica con instituciones financieras brasileñas y europeas) y de las normas y procedimientos adoptados por cada institución financiera, para definir en qué las situaciones y en qué medida ellas pueden ser responsabilizadas por daños sociales o ambientales causados por emprendimientos financiados por ellas, ya sea mediante concesión de crédito, sea mediante la realización de inversiones. También son examinadas las diversas corrientes doctrinales actualmente existentes sobre el asunto, que buscan definir como objetiva o subjetiva esa responsabilidad, examinándose si es posible o no limitarla en el tiempo y si es el caso de admitirse un régimen de solidaridad (y, y sobre la base de qué criterios). Aún, es analizada la jurisprudencia brasileña sobre el tema. Por último, se examina si es posible reconocer secreto bancario en relación a informaciones de interés socioambiental detenidas por las instituciones financieras con el propósito de realizar análisis de riesgos de esta naturaleza.

**Palabras clave:** Responsabilidad Civil; Instituciones Financieras; Daños Socioambientales; Crédito; Inversiones.

***CIVIL LIABILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS  
FOR ENVIRONMENTAL OR SOCIAL DAMAGES***

*ABSTRACT*

*This paper proposes criteria to define, considering regulation, self-regulation, market best practices (identified through empirical research with Brazilian and European financial institutions) and their own rules and procedures, in which situations financial institutions may be held liable for damages caused by financed enterprises, either by lending or investment activities. It also examines the various theories on the nature of this liability, which aims to define it as objective or subjective, if it is possible to limit this liability over time, and if it is possible to adopt a system of joint liability. Moreover, it analyzes Brazilian courts decisions on the topic. Finally, it examines if it is the case of recognizing bank secrecy in which concerns information with social or environmental relevance produced or gathered by financial institutions with the purpose of assessing these kinds of risks.*

*Key-words: Civil Liability; Financial Institutions; Social or Environmental Damages; Credit; Investments.*

## INTRODUCCIÓN

En primer lugar, debo aclarar el alcance que doy al tema en el ámbito de este trabajo, distinguiendo en parte del planteamiento de otros autores brasileños (y también algunos europeos) que lo examinaron.

Con respecto a la doctrina extranjera, aclaro que la explotación realizada en el marco de esta investigación no fue en modo alguno exauriente - incluso por no estar presentes en diversos países las peculiaridades de la legislación y de la jurisprudencia más reciente sobre el tema en Brasil. Incluso entre los autores europeos que examinaron el tema, el enfoque, en general, se restringe a la descripción de la experiencia de los Estados Unidos, tanto en términos de evolución legislativa como jurisprudencial, por ser ese el primer país del mundo donde el asunto fue llevado al Poder Judicial. Se observa que la judicialización que ocurrió por allá parece estar restringida al problema de los inmuebles ofrecidos como garantías inmobiliarias que estén contaminados. Se trata de la repercusión más evidente de la legislación ambiental sobre los bancos, pero en el caso brasileño este tema está muy lejos de ser el único que ya fue judicializado. Por otra parte, en cuanto a ese tema propiamente dicho, en el caso de Brasil, no hay mucho que discutir ante la naturaleza real de las obligaciones ambientales (como es evidente desde el Código Forestal de 1965, por ejemplo, con respecto a la reserva legal en los inmuebles rurales y las áreas de preservación permanente) - ellas acompañan el inmueble a cada transferencia de propiedad.

El tema más relevante para Brasil es, sí, la definición de los contornos de la responsabilidad civil por daño ambiental causado por emprendimientos financiados - y en ese sentido ya fue sido examinado por algunos autores desde la pionera obra de Ana Luci Esteves Grizzi y otras, publicada en 2003.

Lo que ningún autor examinó todavía -y pretendo enfocar- es la responsabilidad de las instituciones financieras por daños causados por emprendimientos no sólo en razón de financiaciones (operaciones de crédito en las que se conoce el destino del recurso prestado), sino también en los préstamos, desde que se realizan a personas físicas o jurídicas en razón de *actividad empresarial*.

Otra innovación de mi enfoque es el hecho de que no pretendo restringirme a los daños ambientales - enfoque escogido por todos los que se detuvieron sobre el tema anteriormente, en razón del régimen propio

de responsabilidad civil previsto en la Ley n° 6.938, de 1981. La razón para esa elección es simple y cualquier estudio que se incline sobre el tema puede comprobar: buena parte de las normas regulatorias (y ese es el caso brasileño, notoriamente con la Resolución del Consejo Monetario Nacional n°. 4.327, de 2014), de las normas autorregulatorias y prácticas del mercado financiero tratan las dimensiones ambiental y social de forma unívoca <sup>1</sup> – y esta parece ser el enfoque más adecuado, ya que ambos son pilares del Desarrollo Sostenible, al lado de la dimensión económica.

Por último, aclaro que voy a abordar también las operaciones de inversión. El único autor brasileño que ya examinó, de forma preliminar, el tema (involucrando sólo las operaciones realizadas por bancos de inversiones) fue Rómulo Sampaio, en obra publicada en 2013. Voy a partir de esa contribución inicial y buscar desarrollar el tema.

En lo que concierne al riesgo ambiental propiamente dicho, existe una tendencia jurisprudencial de responsabilización solidaria y objetiva de las instituciones financieras por los daños causados por emprendimientos financiados. El Superior Tribunal de Justicia ha entendido, en algunos juzgados, que la responsabilidad del financiador de emprendimientos con impactos ambientales es objetiva <sup>2</sup>, con el seno en art. 14, §§ 1°. y 3°, IV, de la Ley n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Pese a que, en general, la doctrina sobre el tema defiende ese posicionamiento, hay quienes adoptan entendimiento diverso, en el sentido de que ella debe ser subjetiva.

Voy a posicionar también sobre este tema controvertido, buscando detallar al máximo mi posicionamiento, de modo que sea posible a él extraer todas las posibles consecuencias para el adecuado funcionamiento de las instituciones financieras y para la protección ambiental, a la luz de los principios y normas aplicables al tema en el derecho brasileño, sin dejar de buscar subsidios también en las mejores prácticas del mercado nacional e internacional, tomando como referencia investigación de Post-Doctorado sobre Sostenibilidad Socioambiental y Sistema Financiero desarrollada

---

1 En el caso del mercado de inversiones, también el tema de la gobernanza suele ser tratado al lado de las cuestiones ambientales y sociales, siendo incluso consagrado el uso de la sigla ESG para “Environmental, Social and Governance”.

2 Ver, por ejemplo: REsp 1.071.741-SP y REsp 650.728-SC, ambos teniendo como Relator el Ministro Herman Benjamin (2ª Clase). En estas dos sentencias, el Ministro ponente consignó, al tratar de la solidaridad en materia de reparación del daño ambiental: “Para el fin de constatación del nexo de causalidad en el daño ambiental, se equiparon: quien hace, quien no hace cuando debería hacer, deja que los que no les importa que hagan, quien financia para que lo hagan y *quién se beneficia cuando otros lo hacen*” (énfasis añadido). Se resalta que ninguna institución financiera era parte en la referida acción y que no hubo, por lo tanto, condena en ese sentido.

por Luciane Moessa de Souza <sup>3</sup>.

## **1 LAS DIFERENTES CORRIENTES CUANTO A LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL CAUSADOR INDIRECTO DEL DAÑO**

Antes de comenzar a abordar la naturaleza de la responsabilidad, hay que aclarar el concepto de daño ambiental. Adoptaré el concepto más amplio, defendido, entre muchos otros, por Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2001, p. 19-22), que incluye, además del medio ambiente natural (protección a la biodiversidad - en ella incluida la fauna y la flora, a los recursos hídricos, a la calidad del aire y del suelo, y a la cobertura forestal, institución de áreas especialmente protegidas, etc.), el medio ambiente cultural (de modo que la legislación de protección al patrimonio histórico, cultural y paisajístico queda plenamente cubierta), el medio ambiente artificial (conjunto de edificaciones y equipamientos públicos) y el medio ambiente del trabajo (cuestiones de salud y seguridad de los empleados). En rigor, ninguna de esas categorías incluye cuestiones de salud pública en general, las cuales están expresamente cubiertas en la protección ambiental, conforme art. 3º, III, de la Ley nº 6.938, de 1981. En cuanto al medio ambiente cultural, artificial y urbano, la protección está consagrada, como recuerda Fiorillo, a nivel constitucional (arts. 182, 216 e 200, VIII).

Algunos daños, como aquellos causados a la cultura de las comunidades tradicionales - las cuales, como se sabe, conviven en perfecta armonía con la naturaleza- ofrecen un mayor grado de dificultad de encuadramiento: ¿serían ellos daños ambientales o sociales? En rigor, deben merecer exactamente el mismo grado de protección que la cultura dominante, a la luz de lo que prescribe el ordenamiento constitucional brasileño (art. 215 <sup>4</sup>), de modo que la Ley nº 6.938, de 1981, que es anterior

<sup>3</sup> La investigación en cuestión fue desarrollada entre diciembre de 2014 y abril de 2016 ante la Universidad de São Paulo (USP), bajo la supervisión de la Profesora Doctora Ana Maria Nusdeo. Ella incluyó un período en que la autora fue investigadora visitante en la Università Luigi Bocconi de Milán en 2015 durante el cual realizó una investigación empírica en siete países de Europa Occidental (Italia, Suiza, Holanda, Alemania, Reino Unido, Suecia y Francia sobre el tema. La metodología adoptada involucra la aplicación de cuestionarios a diez categorías de entrevistados: a) grandes bancos comerciales; b) bancos de desarrollo; c) bancos sociales, éticos o alternativos; d) bancos de pequeño y mediano porte (en general, cooperativos) italianos; e) reguladores bancarios; f) fondos de pensiones; g) gestoras de activos (asset managers); h) instituciones del tercer sector que actúan en la materia; i) organizaciones internacionales que actúan en la materia; j) consultorías especializadas que actúan en el tema. La idéntica metodología fue aplicada en Brasil.

<sup>4</sup> Art. 215. El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará y alentará la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales.

al texto constitucional, debe ser interpretada de una manera que la armonice con la Ley Mayor, incluyendo también la protección a las comunidades tradicionales.

Nunca es demasiado recordar que el art. 170 de la Constitución Federal trajo como principios fundamentales de la Orden Económica, “fundada en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictados de la justicia social”, entre otros:

V - protección de los consumidores;

VI - la defensa del medio ambiente, incluso mediante tratamiento diferenciado conforme al impacto ambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación (redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 42, de 2003)

Además, el art. 192 dispuso que “[el] sistema financiero nacional [será] estructurado para promover el desarrollo equilibrado del país y servir a los intereses de la colectividad, en todas las partes que lo componen” (redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 40, de 2003).

En el caso del daño puramente social (por ejemplo, aquel causado a la colectividad de consumidores, pero que no involucre cuestiones de salud pública), no hay duda de que no cabe la aplicación de la legislación ambiental, por haber legislación propia estableciendo otro régimen de protección (aunque existen varios puntos de contacto, incluso por haber sido justamente el Código de Defensa del Consumidor la primera norma que conceptuó las diferentes categorías de derechos colectivos).

La relevancia de esta discusión se establece por tener la Ley nº 6.938, de 1981, previsto un régimen de responsabilidad civil objetiva<sup>5</sup> para el causante del daño ambiental (artículo 14, § 1º), sea él el contaminador

§ 1º El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, y de las de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional.

Además, el art. 231 reconoce a los indígenas el derecho de ocupar permanentemente sus tierras y de verlas demarcadas y el art. 68 del ADCT reconoce idéntico derecho a las comunidades de descendientes de cimarrones.

<sup>5</sup> Se trata de la aplicación del principio de que quien contamina paga. Informa Dal Maso (2001, p. 39) que existen normas similares (régimen de responsabilidad civil por daños ambientales) en varios países de la Unión Europea, mientras que algunos países, como Italia y Dinamarca, limitan la responsabilidad objetiva para algunas situaciones específicas de actividades especialmente peligrosas para el medio ambiente. Los primeros países que crearon un régimen de responsabilidad civil específico para los daños ambientales, según él, fueron los escandinavos, seguidos por Alemania y Austria. En 1992, el Convenio de Lugano en materia de Responsabilidad Civil por Daños Ambientales causados por Actividades Peligrosas, editado por el Consejo de la Unión Europea, estableció un régimen de responsabilidad objetiva para los daños de esa naturaleza.

directo o indirecto (cf. concepto art. 3º, IV). La institución financiera que concede crédito a la empresa contaminante, evidentemente, sólo puede ser considerada causadora indirecta del daño ambiental - y en cuanto a eso no hay ningún disenso doctrinal. La controversia reside, de hecho, en saber si existe un régimen jurídico distinto para el contaminador directo y para el contaminador indirecto, como defiende Rómulo Sampaio (2013) o si el régimen jurídico es idéntico, como defiende Alexandre Raslan (2012).

Considerando tanto a aquellos que, como Raslan, defienden un régimen jurídico único como aquellos que definen el régimen jurídico distinto, es posible identificar, de plano, diversas corrientes:

a) a la que, además de entender ser la responsabilidad del financiador también objetiva, adopta la teoría del riesgo integral y no acepta la posibilidad de incidencia de caso fortuito y fuerza mayor como excluyente de responsabilidad, como Alexandre Raslan (otra posible excluyente es el hecho de tercero, sobre el que no se pronuncia, pero otros autores que defienden la teoría del riesgo integral, como Annelise Steigleder, citada por Nusdeo<sup>6</sup> y Raslan, admiten);

b) a la que admite ser la responsabilidad del financiador también objetiva, pero admitiéndose algunas excluyentes de responsabilidad (y alejando por lo tanto la teoría del riesgo integral), como Paulo Affonso Leme Machado<sup>7</sup>;

c) a la que, en tesis, admite ser la responsabilidad del financiador también objetiva, pero admite plena incidencia de las excluyentes de responsabilidad y, además, entiende que debe haber violación de un deber, adoptando la teoría del riesgo creado, como Ana Luci Esteves Grizzi y otras (2003, p. 27) y Rómulo Sampaio.

Se debe resaltar, sin embargo, que la “teoría del riesgo creado” produce efectos absolutamente semejantes al reconocimiento de una responsabilidad de naturaleza subjetiva, pues presupone la violación de un deber legal - por lo tanto, culpa, aunque por mera omisión.

Se ve, por ejemplo, la posición de Ana Luci Esteves Grizzi y

<sup>6</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Instituciones financieras y daños ambientales causados por actividades financiadas. YOSHIDA, Consuelo; PIAZZON, Renata; KISHI, Sandra; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto (coord.). *Finanzas Sustentables y Responsabilidad socioambiental de las instituciones financieras*. Belo Horizonte: Foro, 2017, p. 29.

<sup>7</sup> Para Paulo Affonso Leme Machado, “[...] aunque la corresponsabilidad no está expresamente definida en esa ley, nos parece que está implícita. La asignación de recursos del financiador para el financiado, con la transgresión indudable de la ley, coloca al financiador en una actividad de cooperación o de coautoría con el financiado en todos los actos dañinos ambientales que él haga, por acción u omisión. (2004, p. 306). En cuanto a las excluyentes de responsabilidad, defiende que los hechos de la naturaleza (fuerza mayor) pueden alejar la responsabilidad del agente si, en el caso concreto, demuestra que el fenómeno natural no podría ser evitado o impedido, pero sin tener en cuenta la diligencia del agente (*Derecho Ambiental Brasileño*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 420-421).

otros (2003, p. 36):

[...] el financiador [...] tiene el deber de, inicialmente, exigir la presentación de documentación necesaria, lo que, en el caso en pantalla, corresponde a las licencias, para sólo así, después de constatada la regularidad junto a los criterios preestablecidos, conceder la financiación sin dejar de controlar las actividades del financiado, bajo pena de ser responsabilizado íntegramente por los daños causados por él.

## 1.1 Responsabilidad objetiva y comprobación de nexo de causalidad

Otro posicionamiento cuyos efectos son idénticos al tercero visto arriba (teoría del riesgo creado) es el defendido, entre otros autores, por la Profesora Ana Maria Nusdeo (2017, p. 42), el cual, aunque defiende también ser la responsabilidad del causante indirecto del daño ambiental de naturaleza objetiva (en vista de la redacción del texto legal), entiende que debe haber la prueba del nexo de causalidad. Para ella, ante la existencia de “concausas” (diferentes causas que concurrían para el daño), habría que indicar *cual fue la norma violada por el financiador*.

Por otro lado, asevera, con base en la redacción del art. 225 de la Constitución Federal, existir “un deber constitucional de que cada uno, individuos, asociaciones y empresas adopten las prácticas a su alcance para la consecución del objetivo de la preservación ambiental” (2017, p. 35)<sup>8</sup> – lo que representa nada más que una concreción de los principios de la prevención y la precaución (*in dubio pro ambiente*).

Se propone, para que se compruebe la existencia del nexo de causalidad y la ocurrencia del daño ambiental, que sea adoptada la “Teoría del alcance de la norma violada”, que tiene como punto de partida (2017, p. 31):

[...] la norma jurídica cuya violación provocó la ocurrencia del daño. El método de aplicación de esta teoría consiste en, en una determinada hipótesis de daño, identificar como su causa aquella sin la cual el daño no habría ocurrido (causa *sine qua non*), en un análisis natural y material de causalidad. Identificadas las potenciales causas del daño, deberán ser analizadas las conductas, ahora desde el punto de vista jurídico. Es decir, [cabe] encontrar la respuesta a la pregunta: alguna de las conductas, en el rol de causas *sine qua non*, ¿está prohibida por determinada norma? ¿O, en otras palabras, la conducta que llevó potencialmente al daño ingresó en el ámbito del alcance de la norma violada? Si la respuesta es afirmativa, ahí se encuentra la causa del daño,

<sup>8</sup> Entiende, sin embargo, que “ese amplio mandamiento constitucional que impone hacer esfuerzos para la preservación del medio ambiente no es apto, por sí solo, a generar responsabilidad civil por daños al medio ambiente a los agentes de la colectividad.” (2017, p. 12)

---

naturalista y jurídicamente determinada.

El riesgo de la adopción de tal entendimiento en lo que se refiere a las instituciones financieras es el de siempre poder alegar que el crédito o inversión podría haber sido obtenido junto a otras fuentes. Se ve que Ana Luci Grizzi y otras afirman: “El financiamiento debe ser imprescindible para el desarrollo de la actividad degradante” (2003, p. 51).

Por otro lado, es relevante la observación de tales autoras en lo que concierne a la inversión de la *carga de la prueba de demostrar el nexo de causalidad*, de modo que “el demandado es quien tendría que probar que no tiene ninguna relación de causalidad con el daño ocurrido” (2003, p. 50).

Más adelante, Nusdeo refuerza su posicionamiento de forma sintética: “se debe prestar atención a la importancia de la existencia del nexo de causalidad entre la violación de un deber legal - claramente caracterizada - y el daño.” (2017, p. 34). Por ahí ya se ve que el elemento esencial para la autora es la previsión de deber legal y la existencia de su violación en el caso concreto.

Este entendimiento suena bastante apropiado y exacto - y es por eso que entiendo que no se trata de mera existencia de nexo de causalidad sino de responsabilidad subjetiva. En los siguientes aspectos, paso a definir los elementos para el análisis de la culpa en situaciones concretas, a la luz tanto del régimen general de la responsabilidad civil y de las normas regulatorias existentes sobre el asunto y las prácticas de mercado.

## 1.2 Responsabilidad subjetiva por omisión

Otro elemento muy interesante que se puede cosechar de las lecciones de la Profa. Ana Maria Nusdeo se refiere a la coincidencia de régimen de responsabilidad del causante indirecto del daño ambiental en las situaciones en que: a) el Poder Público se omite en el ejercicio del poder de policía; b) las instituciones financieras se omiten de cumplir sus deberes previstos en normas legales o reglamentarias.

De hecho, el régimen debe ser absolutamente idéntico. Lo que se nota es que, en ambos casos, la responsabilidad se da por omisión y no por acción. Es por esta razón que hay que ir más allá de la mera interpretación literal del art. 14, § 1º., de la Ley nº 6.938, de 1981, y reconocer que el régimen de responsabilidad no puede ser otro que el de la responsabilidad

subjetiva o de culpa. Esta discusión ya ha sido ampliamente trabada en el ámbito de la responsabilidad civil de los entes públicos, prevista en el art. 37, § 6º, de la Constitución Federal, no habiendo consenso doctrinal sobre el tema<sup>9</sup>.

En el mismo sentido el entendimiento de Dionis Blank y Maria Claudia Crespo Brauner:

[...]es posible establecer que es solidaria y subjetiva la responsabilidad de los bancos por riesgos ambientales causados por las empresas financiadas, no bastando para la responsabilización del banco, el simple hecho de haber financiado el emprendimiento. Esta responsabilidad sólo será reconocida si queda comprobada la falta de exigencia de los requisitos legales para conceder la financiación o ante la ocurrencia de algún acto de gestión del banco que implique en su participación en el proceso decisorio de la empresa. (2009, p. 272)

No reconocer tal circunstancia (la necesidad de existencia de culpa) sería considerar todas las omisiones de contaminantes indirectos jurídicamente relevantes - lo que sería demasiado amplio, generador de incertidumbre e incluso desalentador de comportamientos más cautelosos, pues, si el riesgo asumido es independiente del grado de cautela adoptado, pasa a no ser compensador incorporar los costos de ser diligente.

Paso a describir, así, lo que se entiende por culpa de institución financiera, de forma a reconocer el deber de reparar daños ambientales (y también sociales) resultantes de emprendimientos que de ellas hayan tomado crédito u obtenido inversiones.

## 2 PROPUESTA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA AMPLIADA

Los delineamientos que paso a proponer para que se reconozca la presencia (o no) de culpa de la institución financiera que concedió crédito o viabilizó inversiones en el emprendimiento se basan, por un lado, en el principio de la prevención en el Derecho Ambiental, que, a mi ver si dirige a todos los integrantes de la colectividad (cf. art. 225 de la Ley Mayor), y, de otro, en los *deberes de naturaleza prudencial ya establecidos en normas legales y reglamentarias brasileñas respecto al manejo de riesgos*

<sup>9</sup> Romeu Felipe Bacellar hace un breve inventario al respecto: Celso Antonio Bandeira de Mello, Jacinto de Arruda Câmara, Lúcia Valle Figueiredo y Diogo de Figueiredo Moreira Neto defienden que se trata de responsabilidad subjetiva de la Administración Pública. Ya Toshio Mukai, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Odete Medauar y Weida Zancaner y en el caso de que se trate de responsabilidad objetiva (*Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil.*) Belo Horizonte: Editora Foro, 2007, p. 216-217).

*socioambientales*, sobre todo los derivados de los impactos indirectos de las actividades financiadas por los agentes financieros.

## 2.1 Relevancia de las normas constitucionales, legales y reglamentarias del sistema financiero

Es consecuencia elemental del principio de la prevención el deber de cautela en cualquier proceso decisorio en el cual estén presentes riesgos de naturaleza socioambiental.

Además, rigen en el derecho brasileño diversas normas, de nivel legal (algunas de las descritas en el apartado 2 ya mencionado <sup>10</sup>) e infralegal <sup>11</sup>, que traen obligaciones, cuyo grado de especificidad es bastante variable, para la gestión de riesgos socioambientales derivados de las operaciones de instituciones financieras. Cuando se está ante una hipótesis clara de

10 Otras son, por ejemplo, la Ley 8.171, de 1991 (artículo 50, § 3º, que dispone que “La aprobación del crédito rural tendrá siempre en cuenta la zonificación agroecológica”), la Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005 (art. 2º, que repitió dispositivo que ya constaba de la Ley 8.974, de 5 de enero de 1995, que traía la Política Nacional de Bioseguridad), la Ley 9.605, de 1998 (art. 72, § 8º. IV), que incluye entre las sanciones restrictivas de derecho derivadas de infracciones administrativas ambientales la “*pérdida o suspensión de la participación en líneas de financiamiento en establecimientos oficiales de crédito*” y la Ley 12.305, de 22 de agosto de 2010 (arts. 16 e 18), la Ley 12.651, de 2012 (art. 78-A), que veda la concesión de crédito rural a propietarios de inmuebles no inscritos en el Catastro Ambiental Rural (creado por el artículo 29 de la misma ley - nuevo Código Forestal).

11 En el caso brasileño, son ellas: Decreto 99.274, de 6 de junio de 1990 (artículo 19, § 3º); Portaria 1.150, de 18 de noviembre de 2003, del Ministerio de Integración Nacional (que determinó si recomendaba a los agentes financieros que se abstuvieran de conceder financiamientos o cualquier otro tipo de asistencia con recursos bajo la supervisión de dicho Ministerio para las personas físicas y jurídicas que integrar la Lista Sucia del Trabajo Esclavo, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Empleo ); Decreto 6.321, de 21 de diciembre de 2007 (art. 11, que establece la obligación de que los bancos y agencias oficiales federales para que no concedan crédito de ninguna clase para emprendimientos cuyas actividades se desarrollen en áreas embargadas por organismos ambientales debido a la deforestación ilegal o que adquieran, transporten o comercialicen productos provenientes de estas áreas), Resoluciones del Consejo Monetario Nacional (CMN) 3.545, de 2008 (con redacción modificada por la 4.422, de 2015 - que prohibió la concesión de crédito rural a propiedades localizadas en la Amazonía Legal que estén violando la legislación ambiental); 3.813 y 3.814, de 2009 (que velan el financiamiento de la producción si esta ocurrir en tierras indígenas, en los biomas de Amazônia, Pantanal o Cuenca del Alto Paraguay, en áreas con declividad superior a 12% o ocupadas con cobertura de vegetación nativa o reforestación, remanentes forestales, áreas de protección ambiental, dunas, mangues, escarpas e afloramientos de roca, áreas urbanas y de minería);

3.876, de 2010 (que prohíbe la concesión de crédito rural a los empleadores que figuran en la “Lista Sucia del Trabajo Esclavo”), 4.427, de 2017 (que autorizó la utilización de tecnologías de detección remota para fines de fiscalización de operaciones de crédito rural y, para viabilizar tal procedimiento, instituyó una nueva obligación para los tomadores de crédito rural, a ser obligatoriamente exigida en el momento de la contratación, es decir, de informarse las coordenadas geodésicas del emprendimiento financiado, sea en las operaciones de crédito de costeo agrícola, sea en las operaciones de crédito de inversión, 4.327, de 25 de abril de 2014 (que exige de todas las instituciones fiscalizadas por el Banco Central de Brasil el establecimiento e implementación de una Política de Responsabilidad Socioambiental y respectivo plan de acción) y, por último, 4.661 de 25 de mayo de 2018 (artículo 10, § 4º, que dispone que las entidades cerradas de previsión complementaria deben considerar, en el análisis de riesgos de sus inversiones, siempre que sea posible, aspectos relacionados a la sostenibilidad ambiental, social y de gobernanza).

violación de norma, no hay ningún cuestionamiento posible en cuanto a la responsabilidad de la institución financiera que financió el emprendimiento que causó el daño ambiental.

Sin embargo, en la práctica, muchas situaciones habrá en que será necesaria un análisis cuidadoso de las circunstancias fácticas para definir si la institución financiera se desencadenó o no de forma adecuada de los deberes a ella atribuidos por normas cuya redacción es abierta, dando lugar a eventuales dificultades en el momento de la aplicación. Por lo tanto, será necesario, sin duda, examinar otros elementos relevantes, como los compromisos públicamente asumidos por la institución financiera, sus procedimientos internos y los grados de diligencia y prudencia adoptados en el caso concreto.

Voy a discutir cada uno de estos puntos tras examinar las operaciones de crédito en las que la disponibilidad de información para la institución financiera es menor en cuanto a la utilización de los recursos: las operaciones de préstamo, *leasing* y otras similares, cuando destinadas a emprendimientos con fines de lucro - excluidas por lo tanto operaciones con consumidores finales personas físicas como operaciones con entidades del tercer sector (las cuales, además, ni siquiera necesitan licencias ambientales, ya que ofrecen riesgo socioambiental bajísimo, ya que su actuación busca, al contrario, promover impactos positivos).

## **2.2 Operaciones de préstamo, arrendamiento mercantil (*leasing*) y similares**

En el caso de operaciones de crédito en las que los recursos financieros (o incluso el bien adquirido, como en las financiaciones o *leasing* de vehículos u otros equipos) no se destinan a una finalidad específica, como en el caso de los préstamos de capital de giro, ciertamente el nivel de diligencia que debe exigirse de la institución financiera es mucho menor, de modo que el riesgo de su responsabilización es también proporcionalmente menor.

Esto no significa, sin embargo, que cuando se trate de operaciones firmadas con personas jurídicas con fines lucrativos, en las que no se puede suponer que la utilización será otra que no el desarrollo regular de sus actividades, un grado mínimo de diligencia no debe estar presente. No hay nada que impida que sea comprobada por la institución financiera, por ejemplo, la existencia de licencia ambiental vigente (cuando el sector

en que el emprendimiento financiado opera requiere el licenciamiento) y/o que se comprueba la existencia, número y naturaleza de eventuales infracciones por infracciones ambientales y laborales.

Esta verificación periódica, incluso, es comúnmente realizada por bancos de gran porte, sea en Brasil, sea, por ejemplo, en Europa Occidental<sup>12</sup>. Conceder cualquier modalidad de préstamo, de cualquier valor, para una empresa que esté operando sin licencia ambiental vigente o que tenga un gran número de autos de infracciones ambientales y laborales es, sin duda, temerario y no corresponde al grado de diligencia que se debe esperar de una institución financiera mínimamente responsable.

Se resalta que no se trata aquí de imposibilidad de verificación de la utilización de los recursos prestados; si la empresa está operando irregularmente, no debería estar obteniendo crédito de cualquier naturaleza.

No habiendo sido realizada esta verificación básica, naturalmente, la institución financiera corre el riesgo de ser corresponsabilizada por los daños sociales o ambientales derivados de la actividad.

Entiendo, sin embargo, que, no siendo identificable la asignación específica de los recursos, en el caso de préstamo, el valor de eventual indemnización de responsabilidad de la institución financiera debe limitarse al importe implicado en la operación.

### **2.3 Relevancia de la accesibilidad de informaciones de responsabilidad de órganos reguladores socioambientales**

El grado de disponibilidad de la información que deben proporcionar los reguladores sociales o ambientales, así como el grado de diligencia empleado por la institución financiera en esa búsqueda, es otro elemento esencial. Debe el banco buscar las informaciones públicamente disponibles y examinarlas con la atención necesaria, sobre todo en el caso de sectores con mayores riesgos socioambientales. Cómo sostiene Rômulo Sampaio, existe un “deber de cuidado” en relación a la posición del responsable directo por eventual daño ambiental, ya reconocido incluso en algunos juzgados (2013, p. 29)

Lo que la institución financiera no puede es desempeñar el papel que corresponde a los órganos reguladores ambientales y sociales.

---

<sup>12</sup> Para una descripción detallada al respecto, basada en abundante investigación empírica realizada con instituciones financieras que actúan en Brasil y en seis países de Europa Occidental, ver: SOUZA, Luciane Moessa de. *Sustentabilidade socioambiental no sistema financeiro: diagnóstico e propostas*. Informe de Investigación de Post-Doctorado. Universidad de São Paulo (USP), abril de 2016.

Como resalta Ana Maria Nusdeo, “incumbe al Poder Público el ejercicio del poder-deber de fiscalización e imposición de penalidades, relativas a su poder de policía. La solicitud de estos documentos por la institución financiera no tiene el condón de evitar el daño ambiental.” (2017, p. 38).

Es decir, en países donde la efectividad del poder de policía deficiente, como es el caso de Brasil, es evidente que no se puede esperar que un ente del sistema financiero vaya a sustituir al órgano ambiental, que es quien tiene la experticia necesaria para fiscalizar la regularidad ambiental de emprendimientos. La misma autora anota, con propiedad: “no hay parámetros adecuados para un control por agente que no tiene poder de policía. Dentro de ciertos parámetros legales, sin embargo, algún monitoreo por parte de la institución es viable.” (2017, p. 41). Idénticas ponderaciones se realizan por Blank y Brauner: “No se puede exigir del banco un control técnico sobre los índices de contaminación o sobre la regularidad de las licencias expedidas por los órganos técnicos competentes.” (2009, p. 269). No se olvide, sin embargo, que, dependiendo del grado de riesgo ambiental de la operación, puede ser conveniente para el propio banco (debido al alto riesgo de crédito) contratar a una empresa especializada en auditoría ambiental para hacer una evaluación.

De la misma manera, verificar si el licenciamiento ambiental fue realizado de forma adecuada también es algo que excede al nivel de la razonabilidad - aunque la licencia es uno de los principales elementos orientados a la prevención de daños ambientales. Una vez más, subraya con razón Ana María Nusdeo:

[...] un elemento principal [...] es la calidad y eficacia de los permisos concedidos. Esto se debe a que la contribución de las entidades de crédito a la eficacia de la norma no sustituye al poder de la Administración para la constitución de dicha eficacia. (2017, p. 36)

Ella cita el pensamiento de Paulo Affonso Leme Machado, (2015, p. 394-395), para quien es razonable entenderse que las instituciones financieras, al menos en el caso de financiamientos, deben examinar si se está cumpliendo los condicionantes de la licencia ambiental.

En ese compás, en cuanto al grado de diligencia razonable a ser esperado de las instituciones financieras, siempre teniendo en cuenta el sector económico, el porte de la empresa tomadora del crédito o receptor de las inversiones e incluso el valor de la operación, así como el grado de

exposición de la operación la institución financiera a cada cliente y cada sector económico, se propone utilizar, en el caso brasileño, las siguientes herramientas:

a) *verificación del licenciamiento ambiental, ya sea en línea, ya sea mediante solicitud de certificado* – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento, sin importar el valor;

b) *evaluación de impactos ambientales*, sea utilizando cuestionarios respondidos por el emprendimiento (preferentemente específicos para el sector económico en que actúa), sea mediante análisis documental – operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento; considerando que se trata de una herramienta mucho más laboriosa que la primera, es razonable considerar que se utilice tan sólo para sectores de mayor riesgo ambiental, y que, para los sectores de menor riesgo, se utilice sólo en operaciones de valores más altos;

c) *verificación de la regularidad ambiental en lo que se refiere a la reserva legal y las áreas de preservación permanente de la propiedad rural* – operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran crédito rural, sin importar el valor, sobre todo en el bioma Amazonia (cf. CMN 3545/2008); también es altamente recomendable que la misma herramienta sea utilizada para cualquier otras actividades desarrolladas en el área rural;

d) *verificación ante los órganos ambientales de la eventual superposición con áreas ambientalmente protegidas (unidades de conservación) o su entorno (zona de amortiguación)* - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran crédito rural, sin importar el valor; también es altamente recomendable que la misma herramienta sea utilizada para cualquier otra actividad desarrollada en el área rural (como minería y obras de infraestructura) e incluso en el área urbana, ya que también existen unidades de conservación en el perímetro urbano;

e) *verificación ante la FUNAI de eventual superposición con áreas indígenas*, aunque en proceso de demarcación - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas

que involucran crédito rural, sin importar el valor; también es altamente recomendable que la misma herramienta sea utilizada para cualquier otra actividad desarrollada en el área rural e incluso en el área urbana, ya que también existen (aunque sean raros) territorios indígenas en el perímetro urbano;

f) *verificación ante el INCRA de eventual superposición con territorios de comunidades cimarrones*, aunque en proceso de demarcación -operaciones a las cuales se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran crédito rural, sin importar el valor; también es altamente recomendable que la misma herramienta sea utilizada para cualquier otras actividades desarrolladas en el área rural e incluso en el área urbana, ya que también existen (aunque sean más raros) territorios cimarrones en el perímetro urbano;

g) *monitoreo remoto* (utilizando Google Earth o herramientas similares), con el fin de verificar los ítems “d”, “e” y “f” arriba – la ventaja de utilizar tal herramienta es la probable mayor agilidad en la obtención de la información, dada la limitación de las bases de datos disponibles *en línea* y posible lentitud en el suministro de certificados por los organismos públicos mencionados;

h) *verificación de la regularidad del otorgamiento de derecho de uso de recursos hídricos*, cuando sea el caso -operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran crédito rural, así como otras actividades económicas que exijan la explotación de recursos hídricos, como minería y algunas industrias de base y de transformación, sin importar el valor involucrado;

i) *verificación del encuadramiento de la actividad financiada en la Zonificación Ecológico-Económica (ZEE)* – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas, siempre que haya ZEE implantado en la región;

j) *verificación de la existencia de restricciones al uso de la propiedad* (en razón de protección al patrimonio cultural, por ejemplo) y su compatibilidad con el proyecto propuesto – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas aquellas que involucra emprendimientos inmobiliarios, sin importar el valor;

k) *verificación en línea o solicitud de certificados de los organismos públicos ambientales (federal y estatal) en cuanto a la existencia y objeto de procesos administrativos involucrando el*

*emprendimiento o en cuanto a la existencia de embargos sobre el área donde se desarrollará la actividad financiada – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento, sin importar el valor;*

l) *verificación en línea o solicitud de certificado del Ministerio de Trabajo en cuanto a la existencia, objeto y desarrollo de procesos administrativos en materia de salud y seguridad del trabajo – operaciones a las cuales se debe aplicar esta herramienta: todas, con énfasis en los sectores en que la incidencia de trabajo en condiciones inadecuadas es más intensa, que son: agropecuaria, construcción civil e industria textil;*

m) *solicitud de certificados de la Justicia del Trabajo, en cuanto al número y objeto de las acciones involucrando el emprendimiento – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas, debiendo haber comparación con el volumen de mano de obra empleada por la empresa;*

n) *verificación de las acciones judiciales involucrando el emprendimiento en la Justicia Estatal y Federal, con foco en acciones en materia ambiental o involucrando otros derechos colectivos – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento, sin importar el valor;*

o) *verificación ante el Ministerio Público Federal de encuestas civiles, acciones civiles públicas y términos de ajuste de conducta involucrando el emprendimiento - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento, sin importar el valor;*

p) *verificación ante el Ministerio Público Estatal de encuestas civiles, acciones civiles públicas y términos de ajuste de conducta (TACs) involucrando el emprendimiento - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licenciamiento, sin importar el valor;*

q) *verificación ante el Ministerio Público del Trabajo de información sobre los Términos de Ajuste de Conducta (TAC) firmados en encuestas civiles o acciones civiles públicas (ACP), además de información sobre encuestas civiles - operaciones a las*

que se debe aplicar esta herramienta: todas aquellas que involucran actividades sujetas a licencias, sin importar el valor;

r) *inspecciones mediante comparecencia de especialista al lugar de las actividades financiadas*, es compatible con el grado de complejidad de las operaciones - operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: sólo las que involucran grandes emprendimientos, sobre todo cuando también son altos los valores involucrados;

s) *investigación de medios involucrando el emprendimiento y/o el proyecto financiado, así como diálogo con instituciones del tercer sector* con actuación relevante y reconocida en el área socioambiental - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: todas aquellas que involucren actividades sujetas a licenciamiento; considerando que se trata de una herramienta que, aunque presenta bajo coste, es razonablemente trabajosa, dada la necesidad de evaluar las informaciones obtenidas, es razonable considerar que se utilice tan sólo para sectores de mayor riesgo ambiental, y que, para los sectores de menor riesgo, se considere el valor de la operación;

t) *contratación de auditoría socioambiental independiente*, preferentemente con examen previo de la capacidad técnica e imparcialidad de la empresa contratada - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: sólo las que involucran grandes emprendimientos, sobre todo cuando también sean altos los valores involucrados;

u) *evaluación ambiental de garantías inmobiliarias* – operaciones a las que se debe aplicar esta herramienta: todas en que haya presentación de inmuebles en garantía;

v) *Solicitud de plan de acción para mitigar riesgos socioambientales*, incluyendo, en su caso, la resolución de conflictos con la comunidad del entorno - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: por regla general, sólo aquellas que involucra grandes emprendimientos, sobre todo cuando también son altos los valores involucrados;

w) *existencia de certificación (es) por entidad (s) reconocida (s) en cuanto a la adecuación de los sistemas de gestión ambiental y de gestión de salud y seguridad del trabajo* – operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: sólo las que involucren

grandes emprendimientos, sobre todo cuando también sean altos los valores involucrados;

x) *verificación de las informaciones contenidas en los informes de sostenibilidad/responsabilidad social corporativa*, si el emprendimiento posea, incluso asignando puntos positivos a la simple existencia de tales informes - operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: sólo las que involucran grandes emprendimientos, sobre todo cuando también son altos los valores involucrados;

y) *verificación de la inclusión (o no) en índices de sostenibilidad de Becas de valores*<sup>13</sup> - las operaciones a las que se debe aplicar esa herramienta: sólo las que involucran grandes emprendimientos, con acciones negociadas en el mercado de capitales, sobre todo cuando también son altos los valores involucrados.

## **2.4 Relevancia de la autorregulación y de las mejores prácticas en el mercado**

Otro punto que no podrá ser ignorado en circunstancias concretas que involucran el análisis de eventual responsabilidad de instituciones financieras por daños sociales o ambientales causados por emprendimientos financiados es la asunción de compromisos voluntarios (o autorregulación) por parte de la institución. La asunción de tales compromisos, en general, va acompañada de amplia divulgación, en una estrategia de *marketing* positiva que es capaz de generar evidentes beneficios para la reputación de la institución financiera. Se trata de una estrategia legítima, siempre que se emplee con la debida seriedad y coherencia, es decir, acompañada de la debida aplicación de los compromisos asumidos.

Como se sabe, no sólo la ley (como norma general) es fuente de obligaciones; también pueden asumirse en función de un acto de voluntad, como la celebración de un contrato o la adhesión a un compromiso voluntario. El hecho de que se ha originado de un acto de voluntad no hace las obligaciones menos contundentes, generando un derecho legítimo a su cumplimiento por parte de los interesados - en el caso, toda la colectividad.

<sup>13</sup> A BM&F BOVESPA en Brasil posee, desde 2005, el llamado Índice de Sustentabilidad Empresarial (ISE), en el cual se incluyen las empresas que emiten títulos en ella negociados con mejor desempeño en gobernanza y socioambiental. La bolsa de valores en el mundo adoptó esta iniciativa, siendo uno de los más consagrados (incluso con empresas brasileñas que ya compusieron el índice) el Dow Jones Sustainability Index (DJSI), de la Bolsa de Nueva York. Para saber más sobre el ISE, véase: <[www.isebmf.com.br](http://www.isebmf.com.br)>.

Por lo tanto, si una institución financiera es signataria, por ejemplo, de los Principios del Ecuador <sup>14</sup> y no aplica sus reglas a una operación de *Project Finance*, está presente el elemento culpable para que sea considerada responsable de eventuales daños sociales o ambientales. Lo mismo vale para cualquier otra iniciativa autorreguladora, como la declaración de principios de los Bancos que integran la UNEP-FI (United Nations Environmental Program – Finance Initiative <sup>15</sup>), el Pacto Global (Global Compact <sup>16</sup>), la Declaración del Capital Natural (firmada durante Río +20, en 2012), los Principios de las Inversiones Responsables (PRI – Principles for Responsible Investments <sup>17</sup>), los Green Bonds Principles <sup>18</sup>, lo Carbon Disclosure Project<sup>19</sup>, para mencionar sólo las iniciativas más relevantes actualmente existentes en el ámbito del mercado financiero <sup>20</sup>, u otras que se vengán a ser creadas.

Por último, la relevancia de las mejores prácticas se refiere a la necesidad de establecer parámetros adecuados para la interpretación de normas regulatorias con redacción filtrada en términos genéricos, permitiendo verificar lo que sería un nivel mínimo, un nivel medio y un nivel ideal de diligencia a ser adoptado en cada operación de crédito o de inversión.

## **2.5 Relevancia de las informaciones públicamente divulgadas por la propia institución financiera, de los manuales internos y de la adecuación de la estructura de gobernanza**

Otro elemento de fundamental importancia, a ser ponderado de acuerdo con el porte de la institución financiera, son las informaciones que ella misma ofrece en su sitio electrónico (u otras fuentes) acerca de sus criterios y procedimientos para la gestión de riesgos socioambientales, los cuales también deben ser considerados como vinculantes.

Además, pueden y deben ser examinados los manuales y otros

---

14 Para saber más, ver: <equator-principles.com>

15 Para saber más, ver: <www.unepfi.org>.

16 Para saber más, ver: <www.unglobalcompact.org>.

17 Para saber más, ver: <www.unpri.org>.

18 Para saber más, ver: <www.icmagroup.org>.

19 Para saber más, ver: <www.unpri.net>.

20 Para una descripción de cada una de estas iniciativas, véase el capítulo II del siguiente trabajo: SOUZA, Luciane Moessa de. *Sustentabilidade socioambiental no sistema financeiro: diagnóstico e propostas*. Informe de Investigación de Post-Doctorado. Universidade de São Paulo (USP), abril de 2016.

documentos internos que tratan del tema, así como la existencia (o no) de estructura de gobernanza adecuada a su efectividad – incluyendo acciones de capacitación de las personas responsables, monitoreo de las operaciones de crédito e inversiones (cuando sea el caso) y auditoría en cuanto al cumplimiento de las normas divulgadas interna y externamente – todo con periodicidad y grado de profundidad adecuados al nivel de complejidad de las operaciones.

## **2.6 Relevancia de la naturaleza de la operación, de las cláusulas contractuales y de los procedimientos adoptados en el caso concreto**

Por último, pero quizás más importante de todo, se debe examinar la profundidad y calidad del análisis de riesgos socioambientales que se realizó en el caso concreto (a la luz del sector económico y de la región de que se trate), se han buscado y examinado toda la información públicamente disponible, así como otras que se obtendrán directamente con el emprendedor, si han sido o no solicitadas algunas adecuaciones, *si las conclusiones del análisis/evaluación de riesgo socioambiental realizado fueron adoptadas*, si han sido introducido en los contratos pertinentes deberes de conformidad con las obligaciones ambientales y sociales, si hubo monitoreo de esa regularidad al menos durante la fase de desembolso de recursos <sup>21</sup>, si hubo suspensión del desembolso de recursos en caso de ser detectada alguna irregularidad, por fin, si la institución financiera efectivamente realizó todo lo que estaba a su alcance para evitar el daño - no pudiéndose, en el límite, exigir de ella que asumiera la gestión del emprendimiento, naturalmente.

Es evidente que los pormenores de las normas regulatorias ya existentes tienen una gran contribución que hacer a este respecto. Como anota Consuelo Yoshida y Renata Piazzon, en el caso brasileño, la actual Resolución CMN n° 4.327, de 2014,

21 En el mismo sentido, Ana Luci Grizzi y otras afirman: “El financiador debe monitorear la aplicación de los recursos por él disponibles a lo largo del financiamiento, cumpliendo de esa forma su deber constitucional de preservar y defender el medio ambiente ecológicamente equilibrado, esencial para la calidad de vida.” (2003, p. 37) Se observa que el regulador bancario chino trae esta obligación de monitoreo a lo largo de toda la operación de forma expresa, pues, si surgen riesgos socioambientales elevados, puede ser el caso de constituir provisiones por ese motivo. Como se indica en el informe de post-doctorado de Luciane Moesa, en el año anterior, en el 2007, la SEPA, el Banco Central y la CBRC [China Banking Regulatory Commission] expidieron Recomendaciones sobre la implementación “Políticas de Protección Ambiental y Normas para evitar Riesgos de Crédito”, requiriendo que tanto los organismos ambientales como las instituciones financieras incluyas políticas de crédito como herramientas para protección ambiental, y fortalecieran el monitoreo ambiental en la gestión del crédito para la construcción de proyectos y financiamiento a emprendimientos.” (2016, p. 93)

[...] se limita a establecer directrices y criterios generales bastante amplios, no detallando lo que exactamente los bancos deben solicitar a sus clientes para que sea resguardada la regularidad ambiental de determinado emprendimiento - diligencia ambiental mínima. [...]

No obstante, el sector financiero tiene una expectativa legítima de que la Resolución nº 4.327 sea interpretada y aplicada de forma que permita la acción de los bancos dentro de una esfera de mayor seguridad jurídica.<sup>22</sup>

### 3 SOLIDARIDAD Y DOSIFICACIÓN DEL GRADO DE CULPA

En materia de reparación de daños ambientales, por una serie de factores muy bien resumidos por Nusdeo (2017, p. 30), como, por un lado, la indivisibilidad de los daños ambientales, y, por otro, la posibilidad de haber múltiples autores y la eventual imposibilidad de medir con exactitud el grado de contribución de cada uno<sup>23</sup>, por regla general, el régimen de responsabilidad solidaria entre los diversos contaminantes en cuanto al deber de reparar el daño ambiental.

En cuanto al régimen subjetivo de responsabilidad civil por daños ambientales, Dal Maso relata que, en Italia, las instituciones responden en el límite de su responsabilidad individual, y no de forma solidaria (2001, p. 37), como ocurre en Brasil.

En el caso brasileño, aunque la regla sea la solidaridad, cuando se ve envuelto un contaminador indirecto, nuevamente es el caso de hacer una distinción de régimen, debiendo, a mi ver, ser reconocido que a ese cabe *responsabilidad subsidiaria* – lo que, de ningún modo, impide, naturalmente, la interposición de acción judicial simultánea contra ambos (como ocurre, por ejemplo, en relación al tomador de los servicios y la empresa tercerizada que realiza intermediación de mano de obra, en la esfera laboral). Así, el patrimonio del contaminador indirecto no será alcanzado en primer lugar, sino sólo en caso de insuficiencia patrimonial del contaminante directo. Se mantiene garantizada la reparación del daño, pero también una atribución de sus consecuencias financieras proporcional al grado de responsabilidad en su causación.

Vale subrayar la posición de Consuelo Yoshida, que defiende la adopción de un sistema que ella denomina “responsabilidad

---

22 Responsabilidad socioambiental de los bancos. Valor económico. São Paulo, 27 de maio de 2014.

23 Es lo que ocurre en el caso de varias fábricas vecinas que vierten contaminantes en un mismo río o contaminan el mismo aire o, aún, en la hipótesis de que existen daños ambientales anteriores, a los que se suma un daño más reciente.

compartida”, apropiada a la cadena real de hechos en el caso concreto, en sustitución al de responsabilidad solidaria que se ha adoptado, y que acaba penalizando muchas veces en primer lugar el financiador. Sostiene:

Por lo tanto, dentro de las lógicas de la sostenibilidad y de la observancia de las normas ambientales, la solidaridad pasiva, que posibilita la responsabilización de un suelo coobligado (**generalmente** el de mayor capacidad económica) por la totalidad de las obligaciones en caso de incumplimiento por cualquiera de los coobligados, pasa a ser de aplicación subsidiaria en relación a la responsabilidad compartida que alcanza a todos los actores (estatales, económicos y sociales) en la gestión público-privada, proactiva e integrada de las cuestiones socioambientales. No siendo exitosos los resultados esperados con la utilización de la responsabilidad compartida, cabe la responsabilidad solidaria, de aplicación subsidiaria en este sentido. (2012, p. 122)

Estoy de pleno acuerdo en lo que concierne a la no necesidad de aplicación automática del régimen de solidaridad, debiendo adoptarse, esto es, lo de responsabilidad subsidiaria.

#### **4 LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TIEMPO**

Rômulo Sampaio, en su obra dedicada al tema (2013, p. 199-201), se contrapone una vez más al pensamiento de Alexandre Raslan cuando éste defiende una responsabilidad ilimitada en el tiempo de las instituciones financieras por los daños ambientales causados por los emprendimientos financiados, en razón de la reconocida imprescriptibilidad del daño ambiental (2012, p. 251). El régimen de imprescriptibilidad vale recordar, existe justamente porque los daños ambientales pueden tardar largo tiempo para eclosionar.

Para Grizzi y otros (2003, p. 56-57) y Sampaio, sin embargo, debe haber un límite temporal, que las primeras proponen sea el término final de vigencia del contrato de financiación, siempre que el financiador haya cumplido plenamente las disposiciones legales aplicables al crédito, como exigir la comprobación del licenciamiento ambiental y regularidad de las actividades - deberes que, para ellas (así como para el Prof. Paulo Affonso Leme Machado), se extienden también a los bancos privados. Por su parte, Sampaio propone que esta limitación temporal se establezca a partir de la liberación de la última parte del crédito (2013, p. 196), incluso antes de la

aprobación de la gestión, siempre que el análisis de regularidad ambiental haya sido hecho antes de la aprobación del crédito y de la liberación de cada parcela.

En este aspecto, entiendo que asiste entera razón a Raslan, pues no se puede atribuir al mero azar la consolidación de una situación jurídica cuyos efectos ambientales se prolongan, sino que debe reconocer la imprescriptibilidad del derecho a la reparación del daño ambiental también en vista de su causante indirecto – lo que es otro incentivo para que las medidas socioambientales en el momento de la aprobación de la operación sean lo más amplias posibles, concretando así el principio de la prevención en su máxima dimensión.

## **5 EL PROBLEMA DE LAS GARANTÍAS INMOBILIARIAS CONTAMINADAS**

En todo el mundo, la primera aparición de la relevancia de la cuestión ambiental se da cuando los bancos se enfrentan a garantías inmobiliarias cuyo valor es muy inferior al estimado, debido a la contaminación del suelo, pudiendo llegar a ser negativo, conforme los costos involucrados en la descontaminación, como relata Davide dal Maso (2001, p. 28). También el informe elaborado por ISIS en 2002 tras la investigación con grandes bancos europeos afirma que

[...] el primer evento o “gatillo” a desencadenar la conciencia ambiental de los bancos fue la experiencia de convertirse en poseedor de inmuebles contaminados que habían sido recibidos en garantía, cuyos costes de descontaminación podrían sobrepasar el valor del préstamo. El segundo fue la ocurrencia de incidentes con contaminación gravísima. (2002, p. 9)

Todos los autores que examinaron este tema hacen referencia, como ya se ha dicho, al ejemplo de EEUU, que se inicia con la previsión legal, en 1980, de que los propietarios actuales serían titulares del deber de indemnizar al gobierno del país por la descontaminación de las áreas, aunque no hubieran sido responsables directos de la contaminación en el pasado. La legislación estadounidense (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, expedida en 1980) creó un “superfundo” de naturaleza pública con el fin de proceder a la descontaminación de áreas contaminadas, pero con derecho de retorno frente a los propietarios.

En 1986 (Superfund Enmienda y Reauthorization Act), la norma fue modificada para prever un régimen de responsabilidad objetiva por daños causados por los propietarios, eximiendo, sin embargo, a los acreedores que se hicieran propietarios por cuenta de la ejecución de garantías. A pesar de la redacción legal, después de ejecutar sus garantías inmobiliarias, algunos bancos acabaron siendo condenados a indemnizar a la agencia ambiental de Estados Unidos (Environmental Protection Agency - EPA) por los costos de la descontaminación, por haber sido considerado que ellos tenían injerencia directa en la gestión de la empresa contaminante.

Para tratar de resolver el problema, la agencia disciplinó el asunto por norma reglamentaria en 1992, estableciendo límites para la caracterización de la responsabilidad de los bancos, pero el Poder Judicial entendió, en 1994, que el tema sólo podría ser tratado por ley, suspendiendo la eficacia de la norma. En 1996, se promulgó la ley (Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act) estableciendo criterios similares a los previstos en la norma administrativa invalidada, cuáles sean: a) los bancos no serían responsables caso permanecieran con el inmueble sólo por el tiempo necesario para trasladarlo a terceros, con el fin de recibir su crédito; b) los bancos serían responsables caso se demostrara que hubo participación efectiva en la gestión de la empresa contaminante. Mientras tanto, no fue definido por la ley federal de 1996, los efectos en el mercado de crédito a principios de los años 1990 se hicieron sentir: Dal Maso noticia que, según una determinada entidad empresarial del sector petrolero, cerca de un tercio de las demandas de crédito, fueron negadas a la época, la mayor parte en razón de temores por los riesgos ambientales. Por otra parte, el 15% de los bancos se quejaban de haberse enfrentado a garantías inmobiliarias que no valían la pena ejecutar en razón de la contaminación. De la misma forma, él relata que en Europa casos similares (costos elevadísimos de descontaminación que hacían perjudicada la garantía) fueron comunes en la década de 1990 (2001, p. 35). Según él, la posición más expuesta a los riesgos de responsabilidad civil por daños ambientales es justamente la del propietario de inmueble, siendo que, en algunos países, como Finlandia, Holanda, Reino Unido, Suecia, Suiza y España, la responsabilidad también puede ser atribuida a la empresa controladora que ejerza un efectivo control de la actividad empresarial. (2001, p. 39, mi traducción).

Jeucken se refiere a los efectos de la decisión judicial más famosa sobre el tema (The USA X Fleet Factors Corporation), en la que el banco

fue condenado a indemnizar los costes de la descontaminación, basándose en que, por estar encargado de la administración financiera de la empresa contaminante, tenía la “capacidad de influenciar” las decisiones que resultaron en la contaminación (2004, p. 168). Los efectos de la decisión se hicieron sentir claramente en el sector bancario: según un estudio de la Asociación de Bancos Americanos (American Bankers Association), 88% de los cuales modificaron sus políticas de crédito a desde ahí como forma de evitar ser responsabilizados por daños ambientales, el 63% rechazaron operaciones de crédito con ese temor, el 17% prefirieron dejar de ejecutar garantías inmobiliarias por temor a la contaminación del suelo, el 14% tuvieron que arcar con los costos de inmuebles que fueron recibidos en garantía, el 46% dejaron de conceder crédito a algunos sectores ambientalmente sensibles, como la industria química y la agricultura (en particular bancos más pequeños). Además, los bancos comenzaron a establecer tasas de interés diferenciadas y reducir plazos de carencia para operaciones con sectores con riesgos ambientales más elevados, y también comenzaron a crear procedimientos para auditorías ambientales (2004, p. 168).

## **6 RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE ACTIVIDADES DE INVERSIONES**

En cuanto a las actividades desarrolladas por instituciones financieras en el mercado de capitales, por involucrar en general emprendimientos de gran porte y muchas veces sectores económicos bastante sensibles desde el punto de vista socioambiental, el tema también se presenta como bastante relevante.

Rômulo Sampaio, al examinar el tema de la responsabilidad de la institución financiera con respecto al mercado de inversiones, lo hizo con relación a una única actividad, típica de banco de inversiones: la actuación como coordinadora líder o distribuidora de títulos en el mercado de capitales, que involucra una serie de las atribuciones administrativas junto a la CVM y la Bolsa de Valores, pero cuya finalidad principal es prestar su credibilidad a la empresa emisora de los títulos, acercándola a sus clientes que puedan tener interés en la adquisición. A continuación, las principales conclusiones de este aspecto:

[...]al estructurar una operación de mercado, debe la institución financiera estar atenta al riesgo ambiental de la actividad estructurada. Debe incorporar al análisis de riesgo de la operación el riesgo operacional de la empresa que pretende abrir el capital para la exposición de la corporación al riesgo ambiental. Debe también utilizar la fuerza de su reputación para el éxito de la operación de apertura de capital para forzar a la empresa a internalizar deberes de cuidado con su actuación en aquello que pone en riesgo el medio ambiente. (2013, p. 191)

Así, para ese autor, lo que se debe exigir de la institución financiera, con relación a ese tipo de actuación es que ella realice un análisis del riesgo ambiental de la empresa que pretende captar nuevas inversiones en el mercado de capitales: “se debe buscar el nivel de información disponible en el momento de la operación y, sobre todo, los esfuerzos empleados por la institución financiera para buscar la información sobre el riesgo operacional de la empresa objeto de la operación de apertura de capital.” (2013, p. 192).

El razonamiento es adecuado, en la línea de lo que propuse en términos de responsabilidad subjetiva: se debe exigir de la institución financiera el grado de diligencia compatible con los riesgos del sector económico, el porte de la empresa e incluso el valor involucrado en la operación.

Entiendo que todos los parámetros mencionados en el ítem 2 deben ser considerados, incluso porque varias instituciones financieras ya divulgan sus parámetros y procedimientos para evaluar los riesgos socioambientales en las inversiones - lo que es una buena práctica, demostrando seriedad y transparencia, pero que también genera responsabilidad en frente a todos los compromisos asumidos públicamente o incluso contractualmente con sus clientes, como se da en las actividades de gestión de activos financieros. Los mismos criterios pueden y deben ser extendidos a las demás actividades similares en el mercado de inversiones.

Rômulo Sampaio se reanudó el tema en estudio realizado en coautoría con otros investigadores y publicado como Working Paper de la UNEP Inquiry en 2016. Allí ellos proponen criterios que buscan diferenciar el grado de responsabilidad del inversor tanto con base en niveles de capacitación técnica y capacidad económica como de acuerdo con la modalidad de inversión. En este último aspecto, afirman: “*Por ejemplo, la inversión en cuotas (private equity) permite un acceso a un nivel mucho mayor de información sobre la compañía invertida y sus proyectos que en*

*el caso de un fondo de inversiones.*” (2017, p. 22, mi traducción). De hecho, fondos de inversión suelen contemplar diversas empresas y las posiciones del socio-cotizante de una sociedad empresarial de responsabilidad limitada y del accionista de una sociedad anónima, por regla general, son bastante diferenciadas en términos de control y acceso a informaciones. En cuanto a la situación del inversor, ellos proponen que sea diferenciada en tres categorías: a) serían considerados altamente calificados los inversores institucionales, que tuviesen un grado mayor de influencia en la gestión de los negocios invertidos, al hacer inversiones de gran valor; b) sólo se considerarían calificados los inversores institucionales al hacer inversiones de menor valor o con menor grado de injerencia en el negocio; c) por último, la tercera situación sería la de los inversores que reciben poca o ninguna información sobre los proyectos/emprendimientos receptores de inversiones, y que se utilizan de gestores de inversiones (2017, p. 22-23).

La idea de diferenciar según el grado de control y el nivel de acceso a la información es adecuada, pero esa clasificación no es operacional, pues los inversores institucionales, por ejemplo, suelen contratar gestores de inversiones. Muchas situaciones plantean dudas, como la de las “family offices”, oficinas especializadas en la gestión de los activos financieros de familias acomodadas. Además, incluso en el caso de inversores institucionales, es necesario reconocer que, a menudo, la inversión puede tener un valor elevado, pero el porcentaje es muy pequeño para tener una influencia tan relevante en la gestión de la compañía invertida cuanto se podría esperar. Situación diferente es la del inversor que tiene asiento en algún Consejo de la empresa invertida. Caso él detiene, entonces, la mayor parte de las acciones, como entienden con razón Sampaio y otros (2016, p.23), la responsabilidad por daños socioambientales causados por el emprendimiento es integral.

Sampaio y otros sugieren que, en caso de uso de gestores de fondos de inversión (u otras modalidades), las dos últimas categorías de inversores no serían alcanzadas, sino tan sólo los gestores. En mi opinión, cabe analizar también lo que establecía el contrato de gestión de inversiones, si él exigía que factores socioambientales fueran identificados y tenidos en cuenta bajo el aspecto de los riesgos involucrados y como un criterio para invertir, no invertir o comprometerse con las empresas receptoras de inversiones, y lo tanto que él era detallado en términos de diligencias a realizar. Si hubo incumplimiento contractual, no es necesario ingresar

en la mina de la responsabilidad objetiva. Es importante recordar que para los inversores en el comercio minorista no hay posibilidad alguna de negociación de cláusulas contractuales, de modo que el grado mínimo de diligencia que se requiere de los gestores es independiente de la previsión contractual.

Incluso para los inversores institucionales, y en lo que se refiere a inversiones de mayor valor o proporción, entiendo que no es necesario ingresar en el campo de la responsabilidad objetiva, bastando, como dicho, adoptar los mismos criterios propuestos para el crédito. Es importante recordar que, a diferencia de las instituciones financieras que conceden crédito, los inversores en renta variable ya sufrirán los impactos financieros de cualquier forma, pues la empresa tendrá que indemnizar los daños ambientales independientemente de la culpa y eso afectará sus resultados. Sin embargo, teniendo en cuenta el régimen de limitación de la responsabilidad que se aplica tanto a las sociedades limitadas como a las sociedades anónimas (salvo las hipótesis de desconsideración de la personalidad jurídica), el mayor riesgo para los inversores reside en la pérdida de rentabilidad, la pérdida de valor de los activos o pérdida de los propios activos, si el patrimonio de la empresa invertida es igual o al valor de la reparación integral de los daños.

La gran cuestión que se plantea, entretanto, se refiere a otras dos esferas de responsabilidad:

- a) relación entre entidades de previsión complementaria y participantes de los planes y el deber fiduciario de ejercer con diligencia la gestión de los activos financieros, teniendo en cuenta por lo tanto también los riesgos de naturaleza socio-ambiental (deber ya explicitado por la regulación en el caso de las entidades cerradas, como visto);
- b) la relación contractual entre inversores institucionales (entidades de previsión y aseguradoras) o incluso demás inversores y las gestoras de activos financieros, que también exigen que la gestión contratada tenga en cuenta cualquier riesgo financieramente relevante.

Es evidente que, en cualquiera de las hipótesis anteriores (pérdida de la rentabilidad esperada, pérdida de valor de los activos o pérdida integral

de los propios activos), si dicha pérdida financiera está relacionada con factores socioambientales, los participantes de planes de previsión podrán demandar a las entidades a las que se han vinculado y los inversores podrán demandar a las gestoras de activos que contrataron siempre que consideren que no hubo adecuado grado de diligencia en el levantamiento y análisis de informaciones socioambientales sobre la(s) empresa(s) invertida(s), inmueble(s), u otra clase de activos en la cual haya ocurrido la pérdida . En este caso, hay que analizar justamente si los deberes de diligencia se han cumplido adecuadamente, a la luz de los parámetros propuestos en el ítem 2.

## 7 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A pesar del importante juzgado del Superior Tribunal de Justicia (STJ), cuyo relator es el Ministro que es el mayor especialista en Derecho Ambiental (como también lo es en Derecho del Consumidor) en aquel tribunal, Antônio Herman Benjamin, referido al inicio de este capítulo, (en proceso en el cual, sin embargo, ninguna institución financiera era parte), las decisiones de tribunales de segunda instancia acerca del tema (sujetas al recurso al STJ, naturalmente) desatan de aquel entendimiento . El Tribunal Regional Federal de la 1ª. Región tiene algunos juzgados relevantes, pero pronunciados hace casi dos décadas:

PROCESAL CIVIL. OBRA PÚBLICA. DAÑO AMBIENTAL. CEF FINANCIAMIENTO. ILEGITIMIDAD DE PARTE.

I – En la calidad de mera financiadora de obra pública, no siendo responsable por su construcción y tampoco por el proyecto, la Caixa Econômica Federal no puede ser responsabilizada por eventuales daños ambientales derivados de su realización.

II – Ilegitimidad de parte que se reconoce.

III – Competencia de la Justicia Federal alejada.

IV – Agravio de Instrumento a que se niega provisión.

(TRF 1ª. Reg., 2ª, Agravio de Instrumento nº 1997.01000643334, Relator Juez convocado Antônio Savio O. Chaves, Julg. 11. 12.2000)

“[...] a pesar de que la legislación brasileña dé amparo a la responsabilidad civil objetiva y solidaria de las instituciones financieras en consecuencia de la concesión del crédito, la actividad causante de daños ambientales, la exclusión o atenuación del nexo de causalidad debe ser objeto de discusión frente a cada caso concreto, se

considerará, entre otras hipótesis, el cumplimiento del deber de diligencia impuesto a las entidades de crédito oficiales por el art. 12 de la Ley n.º. 6.938/81, que perfecciona la disciplina embrionaria del art. 12 de la Ley n.º. 6803/80.

Aunque ambas disposiciones legales se refieren a la actuación preventiva de las instituciones de crédito oficiales ya las operaciones de financiamiento e incentivos gubernamentales, es saludable, por las razones señaladas, interpretarlas ampliamente para alcanzar también a las instituciones privadas [...]

Cuanto al BNDES, el simple hecho de ser él la institución financiera encargada de financiar la actividad minera de la CMM, en principio, por sí sola, no lo legitima para figurar en el polo pasivo de la demanda. Sin embargo, si se demuestra, en el curso de la acción ordinaria, que dicha empresa pública, incluso **consciente de la ocurrencia de los daños ambientales que se manifiestan serios y graves** y que reflejen significativa degradación del medio ambiente, o enterado del inicio de la ocurrencia de ellos, haya liberado parcelas intermedias o finales de los recursos para el proyecto de explotación minera de dicha empresa, ahí sí, le cabrá responder solidariamente con las demás entidades - por los daños ocasionados en el inmueble de que se trata, en virtud de la norma inscrita en el art. 225, caput, §1º., y sus respectivos incisos, especialmente los incisos IV, V y VII, de la Ley Mayor. “(AG 2002.01.00.036329-1/MG, Relator Des. Fagundes de Dios, Jul. 15.12.2003 - destaque)

Véase también la siguiente carta de decisión de un Tribunal de Justicia estatal:

“ACCIÓN CIVIL PÚBLICA– MINISTERIO PÚBLICO – PROCEDENCIA 1º. GRADO–FINANCIACIONES O INCENTIVOS RURALES - EXIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL - INEXISTENCIA DE OBLIGATORIA - SUCUMBENCIA - APLICACIÓN DE LA LEY N.º.7.347/85 - RECURSO PROVIDO.

Inadmisibile, especialmente cuando no viene olvidando al Banco apelando ninguna exigencia legal protectora del medio ambiente, responsabilizándolo por una posible ocurrencia de agresión ambiental.

(TJ-MT, 2ª. - Cámara Civil - Recurso de Apelación Civil - clase II - 19 - n. 25.408 - Capital; Ponente Des. Benedito Pereira do Nascimento; Juicio en17.4.2001).

En relación a ese juzgado, en el cual el apelante era el Banco do Brasil, vale enfatizar que también fue pronunciado en el lejano año 2001, adoptando una interpretación literal del art. 12 de la Ley 6.938/1981 como tan sólo del financiamiento a proyectos y excluyendo por lo tanto las

operaciones de crédito rural. Como se ve en el capítulo IV, desde 2008, la Resolución CMN 3.545 pasó a vedar la concesión de crédito rural en el bioma Amazonia cuando la propiedad está en desacuerdo con la legislación ambiental. En el caso en tela, la propiedad no poseía reserva legal y el Banco do Brasil no hizo esa exigencia - de ahí la motivación de la actuación judicial del Ministerio Público.

Además, en juzgado monocrático del propio STJ, ese bien más reciente (de 2014), una Ministra convocada ya adoptó entendimiento diverso del del Ministro Herman Benjamin – es importante resaltar, sin embargo, que, en el caso en cuestión, el proyecto financiado por la institución financiera (un banco multilateral, el Banco Interamericano de Desarrollo) fue conducido por un ente público, en el caso el Estado de São Paulo, que también tenía la competencia de realizar eventual licencias ambientales. Destaco los fragmentos esenciales de la decisión:

“El núcleo de la cuestión de la acción ordinaria ajusticiada en el origen se refería específicamente a la reparación por los daños ambientales ocasionados en la efectividad del Proyecto Várzeas del Tietê, atribuidos a la Hacienda Pública del Estado de São Paulo y otros.

[...]

En la especie, la decisión agravada extinguió el hecho con relación al Banco Interamericano de Desarrollo - BID, a la base de la siguiente fundamentación:

[...] ‘No se probó, ni se indicó por cualquier modo, que a él cabría exigir la realización de estudios acerca del impacto ambiental de las obras proyectadas con los recursos disponibles. [...]

La ausencia o el error de los estudios sobre el impacto ambiental del proyecto, que no se logró demostrar sean imputables al BID, es que pueden dar lugar al daño, en caso de que se haya comprobado.’[...]

En el presente caso, en un primer análisis, no se vislumbra ninguna responsabilidad del BID por los daños ambientales ocasionados en la ejecución del Proyecto Várzeas del Tietê, siendo parte ilegítima para ocupar el polo pasivo de la presente demanda.”

(STF – Ag. 1433170 – Relatoria Ministra Marga Tessler (jueza convocada del TRF 4ª Región) – DJe 11.12.2014)

Este cuadro parece indicar que el reconocimiento de la necesidad de caracterización de la culpa y la construcción de parámetros seguros a tal fin parece un camino más seguro y sensato para la rendición de cuentas (o no) de instituciones financieras (comprendidas en un sentido

amplio, crédito e inversores) en razón de daños ambientales causados por emprendimientos, obras o proyectos financiados.

## **8 SIGILO BANCARIO E INFORMACIÓN DE INTERÉS SOCIOAMBIENTAL**

La Ley Complementaria n° 105, de 10 de enero de 2001, dispone sobre el alcance del secreto bancario, tanto para instituciones financieras y para los órganos que las fiscalizan, y también dispone sobre las hipótesis en que ese secreto puede ser quebrado. No cabe aquí analizar ese complejo diploma normativo, sino su repercusión sobre el tema de esa investigación.

Sin embargo, el Decreto Federal n° 99.274, de 6 de junio de 1990, en su art. 19, § 3°, dispone:

§ 3°. En el marco de las actividades de implantación y operación, antes de la expedición de las respectivas licencias, los dirigentes de los Órganos Sectoriales del Ibama deberán, bajo pena de responsabilidad funcional, comunicar el hecho a las entidades financiadoras de esas actividades, sin perjuicio a la imposición de sanciones, medidas administrativas de prohibición judiciales, de embargo, y otras providencias cautelares.

Se trata, sin duda, de un excelente instrumento de prevención de ilícitos ambientales. Sin embargo, teniendo en cuenta que el IBAMA no tiene acceso directo a las informaciones sobre cuáles son las instituciones financiadoras de actividades que dependen de licenciamiento, pues quien detiene informaciones sobre operaciones de crédito es el Banco Central de Brasil (y además, ellas están encubiertas por secreto bancario), la operacionalización de esta norma se vuelve bastante complicada.

Ana Luci Grizzi y otras recuerdan, citando a Paulo Affonso Leme Machado, que la Acción Civil Pública también “puede ser utilizada para conseguir información sobre la observancia de la legislación ambiental en financiamiento, cuando esta información esté cubierta por el secreto bancario” (2003, p. 61).

Además, Alexandre Raslan destaca que buena parte de las operaciones de crédito va acompañada del ofrecimiento de un bien inmueble en garantía – y que dicha operación, para producir efectos ante terceros, debe ser registrada en el registro inmobiliario, conforme determinan los

arts. 16 y 17 de la Ley 6.015, de 31 de diciembre de 1973. Así, subraya él, “se viabiliza alternativa legal para la obtención de informaciones bancarias” (2012, p. 233), haciendo innecesario, en ese caso, que se requiera al Poder Judicial la regulación de la quiebra de secreto bancario para acceder a la información.

El camino ideal sería la alteración legislativa para que el Ministerio Público y los organismos ambientales pudieran pedir directamente al Banco Central informaciones sobre operaciones bancarias, siempre que pudieran demostrar el relevante interés colectivo involucrado, y porque esa información sería indispensable para la aclaración de los hechos.

Independientemente de alteración normativa, sin embargo, entiendo que las informaciones obtenidas en el curso de acciones de fiscalización con relación a los manuales y procedimientos internos adoptados por las instituciones financieras para la gestión de riesgos socioambientales, así como las evaluaciones de riesgo socioambiental elaboradas en operaciones determinadas, y las sucesivas acciones de monitoreo, por no involucrar cualquier cuestión que afecte la intimidad o la vida privada de terceros, sino cuestiones de relevante interés colectivo, no están encubiertas por el secreto bancario.

Además, con relación a los manuales que prevean criterios y herramientas para evaluación de riesgo socioambiental, es incluso perfectamente posible que norma regulatoria venga a prever el deber de las instituciones realizar la divulgación, de manera que sus clientes y demás partes interesadas puedan conocer su grado de diligencia y la consistencia (o no) de sus políticas de responsabilidad socioambiental, demostrando incluso a los potenciales tomadores de crédito o receptores de inversiones que serán criteriosamente evaluados en cuanto a esos aspectos cuando vayan a contratar con la institución financiera.

Por último, es importante referirse, también como fundamento para este razonamiento jurídico, que uno de los principios esenciales en materia ambiental, consagrado tanto en la Declaración de Estocolmo de 1972 como en la Declaración de Río de 1992 (con ocasión de las Conferencias de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) es el **principio de cooperación**. En las lecciones de Paula Silveira Galbiatti, que se dedicó a examinar las repercusiones del principio de la cooperación en materia ambiental para Brasil, citando a Cristiane Derani (1997, p. 42):

[...] el principio de cooperación es una expresión del principio genérico del acuerdo o *Kompromissprinzip*, que atraviesa todo el orden jurídico, incluso el ambiental, informando una actuación conjunta de la sociedad y del Estado en la elección de prioridades y proceso decisorios, o sea, es base para la ampliación de la información y participación en los procesos de decisión de la política ambiental. (2015, p. 1318 - destaque).

Mas adelante, la autora hace referencia a las lecciones de Guido Soares sobre el tema

SOARES (2003a, p. 62-63) explica que la Declaración de Río, de forma directa, reafirma en su Preámbulo los valores ya proclamados en la Declaración de Estocolmo, y busca avanzar desde ella. Se observa en la Declaración de Río el objetivo primordial de cooperación para preservación y conservación del medio ambiente, para el desarrollo sostenible y para la promoción de un sistema de comunicación científica y de intercambio de informaciones. **Sólo con compartir información y su acceso por la sociedad es que los procesos de decisión ambiental tendrán legitimidad y permitirán un diálogo entre los diversos sectores, buscando la mejor solución.** (2015, p. 1322 – destaque)

Se percibe así que una de las repercusiones del principio de cooperación es justamente la idea de compartir información de naturaleza ambiental (incluso entre países, que dirá en el ámbito interno de un país), ya que el asunto es, por interés, de interés colectivo .

## **9 REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE REPARACIÓN Y PREVENCIÓN DE DAÑOS SOCIOAMBIENTALES**

Para rematar este capítulo, es importante establecer la correlación entre el sistema de responsabilización por daños socioambientales y la efectividad de un sistema de prevención de tales daños .

Un tema que permea muchas de las discusiones acerca del papel de las instituciones financieras en esta cosecha es una cierta confusión entre papeles de reguladores ambientales (encargados no sólo del licenciamiento ambiental, sino también de la fiscalización de actividades potencialmente involucradas en ilícitos ambientales) – bajo el

aspecto de las infracciones administrativas, pero con reflejos en las esferas civil y penal) y de instituciones financieras. Creo que un ejemplo muy básico sea capaz de dilucidar la cuestión. Sería inviable, a la luz de criterios jurídicos o económicos, exigir de instituciones financieras que examinasen cautelosamente la adecuación o acierto de cada licencia ambiental concedida a sus clientes. Aline Pacheco Pelucio “recuerda muy bien que” asignar un costo en el actor capaz de lidiar con ese costo de la forma más eficiente (*the best cost avoider reasoning*) es la premisa microeconómica básica del análisis económico del Derecho.” (2017, p. 165). Por el mismo razonamiento, puede ser inviable esperar que la institución financiera o el inversor sea capaz de analizar si la fiscalización está siendo ejercida con la frecuencia necesaria o si el órgano ambiental tiene estructura técnica y cuadro de personal adecuado para ejercer su poder de policía ambiental. La institución financiera o inversor puede incluso preguntarse al respecto, teniendo en cuenta que los riesgos ambientales pueden reflejarse en el desempeño económico-financiero de su cliente o empresa invertida, pero exigir que el análisis vaya hasta ese punto parece exceder los límites de la razonabilidad.

No parece, si bien, exceder esos límites entender que corresponde a todas las instituciones financieras e inversores, públicos y privados, verificar si la actividad financiada requiere licencias ambientales y, en caso afirmativo, solicitar la presentación de la licencia - información incluso, como fue expuesto, accesible en línea en alguna medida. En el mismo compás, parece que un nivel mínimo de cuidado ya recomienda que se consulten los órganos ambientales acerca de la existencia de procesos administrativos (en curso o ya concluidos) involucrando el escrutado o castigo de infracciones de naturaleza ambiental. La pregunta es simple y la respuesta también lo es .

Por otra parte, es forzoso concordar con el argumento de Annette Martinelli de Mattos Pereira cuando ésta defiende que la adopción del régimen de la responsabilidad objetiva implicaría en que

[...] no habría incentivo para que las instituciones financieras adoptaran medidas inductoras de buenas prácticas de protección ambiental por los responsables de proyectos financiados si sus esfuerzos en ese sentido no son reconocidos como capaces de separar del estado al nexo causal y apartar la responsabilización de las instituciones financieras. (2017, p. 145).

De hecho, sea mediante el reconocimiento de la necesidad de culpa, que a mi juicio no debe limitarse a las situaciones de violación clara de normas, sino también abarcar las situaciones de fallas operativas (violación de normas internas de la institución o incluso normas internas inadecuadas, desalineadas de las mejores prácticas de mercado) y las situaciones en que la institución incumple compromisos a los que se vinculó voluntariamente en esta materia, ya sea mediante el reconocimiento de la existencia de una relación de causalidad en estas mismas situaciones, no es posible dar el mismo trato (es decir, responsabilidad por el daño ambiental causado por el emprendimiento financiado) cualquiera que haya sido el grado de diligencia de la institución, sea al aprobar la operación o inversión, sea al monitorearlo. Es imposible ignorar que la institución de un sistema de gestión de riesgos socioambientales de calidad en el marco de una institución financiera o inversor tiene costos, requiere tiempo y estrategia para incorporar el asunto en la cultura organizacional y adquirir la experiencia necesaria.

No se puede dejar de reconocer, por fin, el papel que un marco reglamentario más claro tendría para dar seguridad y parámetros que fortalecieran tales sistemas en las instituciones financieras e inversores en general. Sólo para ilustrar, transcribo las preguntas de Laurine D. Martins Lopes, que trabajó en esa área para el mayor banco privado brasileño:

[...] ¿Cuáles son las medidas socioambientales a ser adoptadas? ¿Y Las diligencias adoptadas para la concesión de un préstamo son las mismas para la financiación de un proyecto? ¿En qué casos se debe exigir licencia ambiental? [...] Para operaciones cuya asignación de recursos no puede ser previamente identificada por la institución financiera, como es el caso del préstamo, parece no tener sentido la exigencia de licencia ambiental. A pesar de tomar la Vale como ejemplo, si por hipótesis hubiera la obligación de exigir licencia para la concesión de préstamo, ¿cuál de los cientos de licencias la empresa debería presentar a la institución? ¿Todas ellas? (2017, p. 139).

Aunque con respecto a esta última pregunta la respuesta es muy simple cuando la empresa sólo tiene un establecimiento, y, cuando hay varios, la solución pueda ser simplemente exigir la licencia del establecimiento que solicita el crédito (o de aquel donde se desarrollará la actividad financiada), el hecho es que el regulador debería responder a estas cuestiones. La misma autora describe el avance de instituciones bancarias

brasileñas en esta temática y apunta que hubo múltiples causas para el fenómeno, refiriéndose en especial al papel del Judicial, del Ministerio Público y del Banco Central de Brasil (además de la sociedad civil). Para ella

[...] las instituciones financieras buscaron comprender las posibles implicaciones de la actuación efectiva de esos agentes y, como respuesta, adoptaron medidas para que se prevenga del escenario de riesgo que poco a poco se delineaba. La incorporación de la variable socioambiental en el análisis de crédito ayudó a dirigir no sólo el riesgo de crédito que pudiera derivarse de una operación que presentase problemas o impactos socioambientales negativos, y también los riesgos de reputación, de mercado e incluso el riesgo legal relacionado a la materia. (2017, p. 138).

Esto todo demuestra que una actuación articulada entre las diversas partes interesadas en el asunto es esencial y que el fortalecimiento de sistemas de responsabilización puede y debe ser pensado de manera a fortalecer en grado aún mayor los sistemas de prevención de daños socioambientales

## CONCLUSIONES

Como he intentado dejar claro a lo largo del trabajo, mucho más que dar nombre a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de las instituciones financieras por daños ambientales (o socioambientales) resultantes de las actividades económicas financiadas por ellas, es necesario detallar parámetros para que, en casos concretos, se puede evaluar si una determinada institución debe o no ser considerada responsable, y en qué medida, por daño social o ambiental causado por emprendimiento por ella financiado de alguna forma.

Busqué apuntar en ese trabajo qué parámetros son esos. Aunque se deba reconocer la naturaleza subjetiva (y no objetiva) de la responsabilidad de instituciones financieras en esos casos, ya que se deriva de omisiones y no de acciones, es necesario identificar cuáles son efectivamente las obligaciones de ellas exigibles que tendrían, si hubieran sido llevadas a cabo, el condón de evitar la consumación del daño social o ambiental, por dificultar los recursos financieros imprescindibles al desarrollo del emprendimiento dañino. Por eso apunté una serie de herramientas, que ya son incluso adoptadas por las instituciones financieras más avanzadas en términos de responsabilidad ambiental, sea en Brasil, ya sea en mercados

financieros más sofisticados que el nuestro.

## REFERENCIAS

BLANK, Dionis Mauri Penning; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias pelo risco ambiental produzido por empresas financiadas. *Revista eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental*. Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Vol. 22. Jan-jul 2009, p. 261-275.

DAL MASO, Davide. Rischio ambientale e rischio creditizio. In: DAL MASO, Davide; BARTOLOMEO, Matteo (org.). *Finanza e sviluppo sostenibile*. Milano: Il Sole 24 Ore, 2001, p. 27-54.

GRIZZI, Ana Luci Esteves *et alii*. *Responsabilidade civil ambiental dos financiadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ISIS Asset Management. *A benchmarking study: environmental credit risk factors in the Pan-European Banking Sector*. London: September 2002.

JEUCKEN, Marcel. *Sustainability in Finance: banking on the planet*. Delft: Eburon Academic Publishers, 2004.

LOPES, Laurine D. Martins. O processo de inserção da variável socioambiental na análise do crédito. In: YOSHIDA, Consuelo; PIAZZON, Renata; KISHI, Sandra; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto (coord.). **Finanças sustentáveis e a Responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127-140.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo; PIAZZON, Renata; KISHI, Sandra; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto (coord.). *Finanças sustentáveis e a Responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27-44.

RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade civil ambiental do financiador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PELUCIO, Aline Pacheco. A análise econômica do Direito e a necessidade de definição de critérios objetivos para imputação da responsabilidade ambiental das instituições financeiras. In: YOSHIDA, Consuelo; PIAZZON, Renata; KISHI,

Sandra; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto (coord.). **Finanças sustentáveis e a Responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 157-172.

PEREIRA, Annette Martinelli de Mattos. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a Resolução CMN nº. 4.327/2014. In: YOSHIDA, Consuelo; PIAZZON, Renata; KISHI, Sandra; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto (coord.). **Finanças sustentáveis e a Responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 141-155.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier/FGV, 2013.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; DINIZ, Érica; PORTO, Antonio José Maristrello; LOPES, Laurine D. Martins. **Lenders and investors environmental liability: how much is too much?** Working Paper for the UNEP Inquiry. Abril de 2016. Disponível em: <[http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/04/Lenders\\_and\\_Investors\\_Environmental\\_Liability.pdf](http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/04/Lenders_and_Investors_Environmental_Liability.pdf)> Acesso em 10 ago. 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Sustentabilidade socioambiental no sistema financeiro: diagnóstico e propostas*. Relatório de Pesquisa de Pós-Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), abril de 2016.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM (UNEP). **Establishing China's Green Financial System: detailed recommendations 13: Establish the Legal Liability of Financial Institutions**. Inquiry: Design of a Sustainable Financial System. 2015. Disponível em: <<https://www.cbd.int/financial/privatesector/china-ecgfs-13Lender%20Liability.pdf>> Acesso em 5 jun. 2018.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Responsabilidade das instituições financeiras: da atuação reativa à atuação proativa. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (orgs.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2012, p. 115-134.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; PIAZZON, Renata S. Responsabilidade socioambiental dos bancos. *Valor Econômico*. São Paulo, 27 de maio de 2014.