

# **“LA AMBIENTALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA A TRAVÉS DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA. EL CASO DEL BEI”**

Susana Galera Rodrigo  
Prof. Titular Derecho Administrativo  
Universidad Rey Juan Carlos\*\*

- I. Soft-Law en el contexto de la gobernanza global
- II. Nuevos agentes para la ambientalización de la actividad económica.
- III. Estándares ambientales en la financiación pública europea.
- IV. Estándares Ambientales y Sociales del Banco Europeo de Inversiones.
- V. Relevancia (también jurídica) de los Estándares del BEI. El caso OI/3/2013MHZ del Defensor del Pueblo Europeo.
- VI. La Huida... de los Estándares.

## **1. Soft-Law en el contexto de la gobernanza global**

En el modelo de las democracias occidentales, el poder político y el Derecho reposa en una única fuente de autoridad constitucional, un pueblo soberano y su constitución. De acuerdo con este modelo, el Estado tiene el monopolio de la creación del Derecho y de su aplicación por medios coactivos, su poder se proyecta en un área territorial delimitada y es el agente primario en el sistema de relaciones interestatales.

Como sabemos desde hace tiempo, este modelo jurídico e institucional esta insistentemente matizado por la denominada Gobernanza Global, en cuyo marco aparecen elementos –nuevos actores, nuevos procesos de decisión, nuevos mecanismos de resolución de controversias- que apuntan a un Ordenamiento Global *in-fieri*, que supera los esquemas verticales de relación jurídica e institucional, para basarse en la cooperación e incorporar procesos horizontales de relaciones jurídicas<sup>1</sup>.

La Gobernanza Global no sólo cuestiona los modelos tradicionales desde una perspectiva relacional, organizativa e institucional. Afecta también a uno de los elementos esenciales de nuestro sistema jurídico, al tipo de mandatos y reglas, en forma y contenido, con los que nos ordenamos, esto es, al propio sistema de fuentes del Derecho. Se atiende aquí en particular al denominado *Soft-Law*, una cuestionada categoría, que aún no reconocida como Derecho positivo tiene recepción doctrinal, presencia en los procesos –judiciales o administrativos- de resolución de conflictos, y protagonismo creciente en los actuales contextos institucionales. La carencia de efectos vinculantes erga omnes de esta categoría, no impide sus efectos jurídicos, bien por remisión normativa, bien por auto-

---

<sup>1\*\*</sup>Este trabajo forma parte de un proyecto más amplio, apoyado por el Ministerio de Economía y Competitividad, *Rule of Law en el Espacio Global*, DER2012-39170

<sup>1</sup> CASSESE, S. *El Derecho Global: Justicia y democracia más allá del Estado*. Global Law Press, 2012

vinculación institucional a determinados criterios, bien por su presencia creciente, como se ha dicho, en los procesos de resolución de conflicto<sup>2</sup>.

El denominado *Soft-Law* se refiere a determinaciones no normativas, que carecen inicialmente de naturaleza obligatoria, pero que acaban siendo legalmente relevantes mediando o no un proceso de normativización. La seguridad industrial y laboral, y el ordenamiento ambiental, por su estrecha vinculación con el progreso tecnológico, han sido tempranamente ámbitos generadores de estándares y reglas no vinculantes, a las que el Derecho positivo ha venido otorgando mayor o menor grado de reconocimiento.

En el contexto de la Unión Europea (UE) la tendencia a producir *soft-law* es claramente perceptible a la vista de la variada tipología de textos adoptados por las instituciones europeas, aun cuando no se encuentran en la relación formal de fuentes del Derecho de la UE realizada por el artículo 249 TFUE<sup>3</sup>: se trata de las Guías, Libros Blancos, Libros Verdes, Manuales, Documentos COM... que se producen en diversos ámbitos de la actividad europea.

En el ordenamiento ambiental europeo, encontramos un ejemplo paradigmático en las MTD (Mejores Técnicas Disponibles) –conocidas como BATs por sus siglas inglesas, que constituyen obligaciones que se incorporan al régimen jurídico aplicable a determinadas instalaciones aun cuando al tiempo de establecerse la regulación marco, no pueden aun precisarse. Esto es, las BATs remiten a nuevas condiciones que en el futuro pueden requerirse a los titulares de instalaciones legalizadas, de acuerdo con el progreso tecnológico y su reiterada aplicación en el mercado.

Lo que ha de considerarse BAT se establece en las denominadas guías orientativas denominadas *Notas de Referencia* (BREFs), que se adoptan por un comité específico y se publican por la Comisión Europea. Parte de estas BREFs –denominada Conclusiones BAT- son de aplicación obligatoria por los Estados miembros en sus procesos de autorización de instalaciones<sup>4</sup>

En el caso de las BREFs, el Derecho Derivado explícitamente habilita a la Comisión o a la Agencia europea competente a preparar este material que ha de guiar a los Estados miembros a aplicar la legislación europea. Sin embargo, en otros casos estos documentos son adoptados sin un mandato explícito en la legislación derivada, respondiendo a cuestiones prácticas que se ponen de

---

<sup>2</sup> Se abunda en la distinción de efectos vinculantes y efectos jurídicos del *Soft-Law* europeo en STEFAN, O, *Soft Law in Court*, Wolter Kluvers 2012, pp. 192 y ss.

<sup>3</sup> Un análisis reciente de la penetración de esta categoría en el Derecho de la Unión Europea en TERPAN, F., "Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law, *European Law Journal* vol. 21, N.1, January 2015, pp.68-96.

<sup>4</sup> Inicialmente, la Directiva IPPC (2008/1/CE) considero las BREFs como documentos – Guía a considerar por los Estados en sus procesos de autorización de instalaciones contempladas en la Directiva. La posterior Directiva de Emisiones Industriales (2010/75/CE, que reemplazó a la anterior y a otras cinco) distingue en las BREFs una parte que denomina Conclusiones BAT y que son vinculantes para los procesos nacionales de autorización (artículo 24.3 Directiva 2010/75/CE).

manifiesto en el proceso de aplicación, incluyendo<sup>5</sup> o no la doctrina jurisprudencial previa. Como es lógico, este tipo de documentos conteniendo explicaciones e interpretaciones contribuyen al proceso general de armonización cuando las normas “explicadas e interpretadas” son aplicadas.

## **2. Nuevos agentes para la ambientalización de la actividad económica.**

Los ejemplos de Soft-Law que hasta ahora se han referido –normas técnicas, BATs, Guías interpretativas- constituyen supuestos, ya maduros, de cooperación con la tipología clásica de fuentes del Derecho Positivo. La Administración no está nunca lejos en estos supuestos. Se quieren aquí referir otros supuestos que están mucho más orientadas a las actividades que se desarrollan en el mercado, cuya aplicación progresiva es aquí completamente voluntaria y que están inducidas por entidades en las que ya es más difícil reconocer, so es que es posible, la presencia de la Administración.

En primer lugar, por su fabuloso potencial armonizador de buenas prácticas ambientales, especial protagonismo tienen las reglas ambientales vehiculadas a través de las entidades financieras (públicas) internacionales, en particular el Banco Mundial y el Banco Europeo de Inversiones. En ambos casos, estas reglas traen causa de los compromisos de Desarrollo Sostenible que la Declaración de Río 1992 dirigió a los agentes políticos internacionales, que provocaron que ambas entidades adoptaran Estándares Ambientales y Sociales que debían cumplir los proyectos financiados por estas entidades financieras. Más abajo se hace una referencia a los Estándares del Banco Europeo de Inversiones; pero se quiere aquí subrayar que, en ambos casos, estos Estándares están complementados con órganos y procedimientos específicos para que ciudadanos e interesados puedan requerir el cumplimiento de los Estándares.

En segundo lugar, y ya aquí completamente al margen del sector público, las compañías de seguros emergen como un agente adicional, con un gran potencial para la generalización de estándares y buenas prácticas ambientales. En este caso, el contexto es la puesta en el mercado de nuevos productos que incorporan avances científicos y tecnológicos muy recientes, como la nano-tecnología, cuyos riesgos y efectos potenciales en la salud y en el medio ambiente están aún pendientes de ser establecidos.

En este marco de productos que incorporan nano-componentes, han emergido ya un significativo número de buenas prácticas en la gestión de riesgos que se aplican de forma voluntaria. Teniendo presente un supuesto similar como el del amianto, cuyos impactos negativos en la salud afloraron décadas después de su primera comercialización, puede esperarse que la actual comercialización de

---

<sup>5</sup> En este caso, resulta ya clásico el ejemplo de la *Guía para la aplicación del artículo 2.3 de la Directiva EIA*, que interpreta los supuestos amparados y no amparados por tan controvertido artículo (que permite, en determinados casos, excepcionar a los Estados miembros de la obligación de evaluación ambiental, y que ha dado lugar a una alta litigiosidad). Se puede encontrar en la página web <http://ec.europa.eu/environment/eia/eia-support.htm>, en el apartado, precisamente, de Commission Guidance Documents.

estos productos abone el terreno de futuros procesos litigiosos. Entre tanto, las compañías de seguros pueden encabezar una significativa implementación de estas buenas prácticas voluntarias, a través de tarifas *Premium* para aquellas compañías aseguradas que las acojan, o tarifas penalizadas para aquellas otras que las rechacen. En este mismo ámbito, la aplicación de estas buenas prácticas es asimismo significativa en vía contenciosa para la concreción de conceptos relevantes para la aplicación del régimen jurídico de daños y responsabilidad, como la buena fe o la diligencia debida<sup>6</sup>.

### **III. Estándares ambientales en la financiación pública europea.**

El mandato de sostenibilidad dirigido en Rio92 a los agentes políticos públicos, se desarrolló en el ámbito regional europeo, y en el sector de la financiación pública, en la *Declaración de los Principios Europeos para el Medio Ambiente (EPE Banks)* que en 2006 adoptaron la Comisión Europea y cinco entidades financieras públicas<sup>7</sup>. La declaración identifica el *Aquis Ambiental Europeo* que los bancos se comprometen a aplicar a los proyectos que financien; dicho *Aquis* integra los principios establecidos en el Tratado CE y los estándares y prácticas aplicables a proyectos incorporados en el Derecho derivado. Como parte de la EPE, se comprometen también a promover las mejores prácticas UE en la gestión ambiental, la transparencia, la consulta con el público y el seguimiento periódico.

Debe subrayarse que la Declaración EPE va más allá de la protección ambiental establecida en la legislación de obligado cumplimiento, para añadir al compromiso, por una parte, reglas establecidas en *Soft-Law* y, por otra parte, prácticas de buen gobierno. Corresponde a las entidades signatarias el desarrollo de esta declaración, que puede desbordar incluso una amplia interpretación de “medio ambiente”, para incorporar compromisos sociales y en materia de derechos humanos.

### **IV. Estándares Ambientales y Sociales del Banco Europeo de Inversiones.**

El Banco Europeo de Inversiones (BEI), entidad pública concernida por los compromisos de Rio92, y signataria de la Declaración EPE, desarrollo y concretó estos compromisos en la BEI Declaración de Principios y Estándares

---

<sup>6</sup> Sobre el particular, MARCHANT, G.E., “Soft-Law mechanism for nanotechnology: liability and insurance drivers”, *Journal of Risk Research*, 2014, 17:6, 709-719, DOI:10.1080/13669877.2014.889200

<sup>7</sup> Los EPE Banks son: el Banco del Consejo de Europa (Paris), el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (Londres), el Banco Europeo de Inversiones (Luxemburgo), la Corporación Financiera Ambiental Nórdica (Helsinki), el Banco Nórdico de Inversiones (Helsinki). Asociado a esta Declaración, puede consultarse el Sourcebook on EU Environmental Law, preparado por el Instituto de Política Ambiental Europea (última versión 2010), último acceso agosto 2015 <http://www.ieep.eu/publications/2011/10/sourcebook-on-eu-environmental-law>

Ambientales y Sociales 2009<sup>8</sup>. Estos principios fueron luego desarrollados por el Manual (*Handbook*) Ambiental y Social del BEI 2013<sup>9</sup>, que concreta diez Estándares Ambientales y Sociales ciertamente exigentes, detallados al definirse el contenido de cada Estándar, y pormenorizados al establecer los criterios de evaluación de los distintos aspectos a considerar:

1. Evaluación y Gestión de Impactos y Riesgos Ambientales y Sociales
2. Prevención y Reducción de la Contaminación
3. Estándares en Biodiversidad y Ecosistemas
4. Estándares relacionados con el Clima
5. Patrimonio Cultural
6. Reasentamientos involuntarios
7. Derechos e intereses de grupos vulnerables
8. Estándares Laborales.
9. Salud Pública y ocupacional, salubridad y seguridad
10. Participación de los interesados.

El Estándar nº 1 (Evaluación y Gestión de Impactos y Riesgos Ambientales y Sociales) tiene carácter horizontal, y pretende garantizar que la protección del medio ambiente y el bienestar humano se integren en la definición, preparación y ejecución de las operaciones financiadas por el BEI. Además de las obligaciones ambientales y sociales, pretende reforzar la “coherencia y sinergias (en la UE) y la convergencia (fuera de la UE) con otras políticas y legislación de la UE y con las convenciones internacionales, asegurando que los aspectos ambientales y sociales sean considerados como parte de un detallados proceso de evaluación y decisión. Los aspectos esenciales a considerar se relacionan de forma no exhaustiva: cambio climático, biodiversidad, utilización eficiente de los recursos, riesgos naturales, desplazamientos involuntarios, derechos humanos y género.

Al margen de la eventual aplicación de legislación europea o nacional en material de Evaluación de Impacto Ambiental, este Estándar requiere al promotor una “Evaluación para cualquier proyecto que pueda presentar impactos ambientales y sociales significativos”. En base a esa evaluación preliminar, si resultara necesaria un *Estudio Detallado de Evaluación Ambiental y Social*, ése deberá incluir, entre otras determinaciones, un “análisis de la desviación entre el marco nacional –legislación y estándares- y el marco internacional aplicable. A resultados de ese estudio, podría requerirse un *Plan de Gestión Ambiental y Social*, basado en el principio de mitigación jerárquica (prevención, mitigación, compensación por impactos negativos, reforzamiento de impactos positivos).

Por lo que hace al Estándar número 5, Patrimonio Cultural, debe señalarse que incorpora la filosofía de Rio92, al considerarse dicho Patrimonio parte de la identidad individual y colectiva que se encuentra en el centro de los objetivos de

---

<sup>8</sup> <http://www.eib.org/infocentre/publications/all/environmental-and-social-principles-and-standards.htm>

<sup>9</sup> <http://www.eib.org/infocentre/publications/all/environmental-and-social-practices-handbook.htm> Ultimo acceso octubre 2015

**Estándares Europeos  
Ambientales y Sociales  
(financiación pública)**

*Declaración EPE Bank:  
Principios Ambientales  
Europeos 2006.*

*Principios Ambientales y  
Sociales del Banco Europeo de  
Inversiones 2009*

*Estándares Ambientales y  
Sociales del Banco Europeo de  
Inversiones. 2013*

*Cláusulas Ambientales Tipo.  
Banco Europeo de Inversiones.  
2014.*

desarrollo sostenible y de promoción de la diversidad cultural. El Estándar se basa en los convenios en materia de patrimonio cultural, que relaciona, de la UNESCO y del Consejo de Europa, así como en la legislación nacional de patrimonio y de usos de suelo. Encontramos en este Standard la utilización de técnicas jurídicas muy asentadas en los ordenamientos nacionales, como el establecimiento de servidumbres, y un procedimiento de evaluación similar, aunque simplificado, al establecido para la aplicación del Estándar número 3 –biodiversidad y ecosistemas-.

Además de los Estándares Ambientales y Sociales de 2013, recientemente (diciembre 2014), el Consejo de Dirección del BEI aprobó las *Cláusulas tipo contractuales en materia ambiental*, que constituyen una referencia aunque no reflejan los términos contractuales que habrán de concluirse para operaciones determinadas de acuerdo con las características del proyecto.

## **V. Relevancia (también jurídica) de los Estándares del BEI. El caso OI/3/2013MHZ del Defensor del Pueblo Europeo.**

Ya se refirió que la no aplicación de los Estándares que las instituciones financieras aplican a los promotores que financian puede contestarse por interesados y ciudadanos, pudiendo llegar a determinar, al menos teóricamente, la retirada de la financiación.

En el caso del BEI, la conformidad de los proyectos financiados con los Estándares BEI esta atribuida a dos tipos de mecanismos: una interna, a través de la División de Quejas (EIB-CM, *Complaints Mechanism*), que opera con independencia respecto de otros departamentos del BEI, y otra externa, que procede cuando el EIB-CM no da una respuesta satisfactoria, y la queja se somete al Defensor del Pueblo Europeo.

Resulta significativo una reciente investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo, ante el que se presentó una queja –Junio 2013- por na ONG que pretendía verificar la adecuación con los Estándares BEI de un proyecto ejecutado en Ucrania y financiado por el BEI. Estos Estándares tenían que concretarse en el contrato firmado por el BEI y el Gobierno Ucraniano. Era éste el principal objeto de la queja, el acceso a las clausulas ambientales del proyecto, que el BEI había rechazado. En este caso, otra regulación resultaba pertinente (y crucial), el Reglamento 1049/2001 de acceso a la información ambiental que desarrolló el Convenio de Aarhus, que en este caso determinó la obligación de hacer públicos los informes ambientales y sociales que obraban en los archivos del BEI, incluidos aquellos relacionados con la queja planteada.

De hecho, el actor argumentaba que el BEI contravino su obligación de difundir de forma proactiva la información ambiental del proyecto. Durante la investigación del Defensor, el BEI constituyó el Registro Público –Junio 2014- y explicó que la información ambiental, relativa al proyecto ucraniano y otros proyectos, sería accesible a través del Registro. El Registro va más allá de la información ambiental pues proporciona información general sobre otros aspectos -objeto, localización, importe financiado- de cada proyecto financiado por el BEI.

Debe pues subrayarse que en un corto espacio de tiempo –un año- una queja individual alcanzó satisfacción no sólo de sus propias pretensiones sino que provocó que, desde entonces, cualquiera pueda verificar el cumplimiento del BEI con su “auto-impuesta” regulación.

## **VI. La Huida... de los Estándares.**

Las actividades financieras del BEI se gestionan bien directamente mediante contratos en los que el BEI es parte, bien indirectamente, a través de intermediarios financieros, que son los que suscriben los contratos con los titulares de los proyectos financiados normalmente pequeñas y medianas empresas. Para prestamos por debajo de 25 millones de euros, la decisión de financiar el proyecto corresponde a los bancos e intermediarios financieros con los que, previamente, el BEI ha suscrito los correspondiente acuerdos. Otra vía indirecta de gestión se articula a través del Fondo Europeo de Inversiones, que forma parte del Grupo BEI. En ambos casos, los Estándares ambientales y Sociales de 2013 no se aplican íntegramente.

De acuerdo con la memoria BEI 2014, los intermediarios financieros privados adjudicaron 15.22 billones de euros a cuenta del BEI, mientras que instituciones y entidades públicas adjudicaron 6.1 millones de euros. Procede preguntarse si los proyectos financiados (indirectamente) por el BEI, y adjudicados por intermediarios privados, son coherentes con los objetivos del BEI –“proyectos de inversión sólidos y sostenibles que contribuyan a los objetivos de las Políticas de la UE”-, y si respetan los Estándares Ambientales y Sociales del BEI. Y, en caso positivo, cómo se puede verificar esa coherencia, particularmente por parte de la ciudadanía.

Si no el régimen normal de Estándares ambientales y sociales BEI y sus mecanismos de control –BEI-CM y Defensor del Pueblo- y publicidad, se podría suponer al menos alguna adaptación de los Contratos Ambientales Tipo de 2014 a la financiación que, en nombre del BEI, gestionan las entidades financieras privadas. Si la decisión de otorgar el préstamo hace al intermediario responsable de que el proyecto se adecue a los Requisitos Económicos y Financieros del BEI, no hay razones para no extender esa responsabilidad a los requisitos ambientales y sociales del BEI. Sin embargo, siguen sin estar claros los eventuales mecanismos de verificación para los interesados.

***Estándares Europeos  
Ambientales y Sociales  
(financiación pública)***

*Declaración EPE Bank:  
Principios Ambientales  
Europeos 2006.*

*Principios Ambientales y  
Sociales del Banco Europeo de  
Inversiones 2009*

*Estándares Ambientales y  
Sociales del Banco Europeo de  
Inversiones. 2013*

*Claúsulas Ambientales Tipo.  
Banco Europeo de Inversiones.  
2014.*

Esta situación ya se ha planteado en el marco del Banco Mundial en relación con sus mecanismos privados de ejecución<sup>10</sup>, a los que tampoco se les aplicaban los Estándares Ambientales generales del Banco Mundial ni sus mecanismos de verificación. Finalmente, y después de un largo proceso de quejas e investigaciones, se encontró una vía para equilibrar las necesidades de confidencialidad del sector privado con el derecho colectivo a conocer y saber, que fue la creación de un órgano específico, ante el que los ciudadanos pueden presentar las correspondientes quejas, que aplica una versión ad-hoc de los Estándares generales –denominada *IFC Estándares de actuación*–.

Similar solución podría acabar por imponerse en el marco del BEI... aunque hay otras. Recientemente (2013), ochenta y una entidades financieras

privadas de todo el mundo se han adherido a los denominados *Principios Equator*<sup>11</sup>, que se inspiran en los IFC Estándares de Actuación y que establecen un marco de gestión de riesgos para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales asociados a proyectos. Las entidades se adhieren a estos principios de forma voluntaria, aunque tienen que transmitir un seguimiento periódico al secretariado de la asociación. Debe de subrayarse que estos estándares también incluyen un cierto grado de participación pública y accesibilidad de la información<sup>12</sup>. ¿No sería razonable esperar la adhesión a estos principios de los intermediarios –privados- del BEI?.

<sup>10</sup> International Fund Corporation (ICF) y Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

<sup>11</sup> A octubre de 2015 las siguientes españolas: BBVA, Popular, Sabadell, Santander, Caixabank.

<sup>12</sup> John M. Conley, Cynthia A. Williams, *Global Banks as Global Sustainability Regulators?: The Equator Principles*, Law & Policy, Volume 33, Issue 4, pages 542–575, October 2011