

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SALUD FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL

Teresa de Jesús Seijas Rengifo¹

*Docente de la Facultad Derecho
y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.- Responsabilidad del banquero por daño ambiental. 3.- Países que cuentan con sistemas legales de protección del ambiente: Estados Unidos, España, Argentina ¿Qué hacer?. 4.- Tipo de seguro que debe contratar el deudor. 5.- Ponencia: Los Bancos en su actividad crediticia habitual son potencialmente responsables por el daño ambiental causado por o a través de la conducta de sus deudores si no aseguraron previamente el cumplimiento de medidas específicas de prevención de dichos riesgos. 6.- Conclusiones. Bibliografía².

¹ SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Doctorado en Derecho UNMSM, Magíster en Derecho Civil y Comercial y en Ciencias Penales, USMP; Estudios de Doctorado en Ciencias Administrativas UNMSM; Docente en Pre y Post Grado en las Universidades: UNMSM, UNFV, ULima y Docente invitada en la Universidad Nacional de Piura, Sección Post Grado, Universidad Nacional San Cristóbal De Huamanga (Ayacucho) Sección Post Grado.

² Tema inserto en el Libro Derecho de Daños de la misma autora, 5ª Edición, Talleres Gráficos Andrés Timaná, Franco SAC, Lima, Diciembre 2008.

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SALUD FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL

RESUMEN

Conforme transcurrió la segunda mitad de siglo XX a la actualidad, la creciente sensibilización respecto al impacto de las actividades humanas en el medio ambiente y la salud pública ha dado lugar al desarrollo y la utilización de diferentes métodos y tecnologías para reducir los efectos de la contaminación. Es por ello que los gobiernos han legislado y tomado medidas de carácter político para minimizar los efectos negativos y garantizar el cumplimiento de las normas sobre calidad ambiental.

Se viene desarrollando toda una cultura de la prevención basada en los principios básicos aplicados para eliminar los impactos negativos sobre la calidad de agua, atmósfera y suelo, desviándose de esta manera la atención del control del problema de la contaminación hacia su prevención, tratando de limitarse la contaminación o a través de las soluciones propuestas para un medio específico.

El Derecho Penal gran importancia en el ámbito ambiental, debido a que tiene como objetivo evitar los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social. Actualmente, su nivel de injerencia en la vida y salud de los ciudadanos abarca la protección de todo el entorno del ser humano, que pudiera sufrir cualquier tipo de agresión que lo ponga en riesgo, incluyendo nuestro medio ambiente.

Por tal motivo, el Derecho Penal Ambiental debe ser visto como un Derecho que privilegia aquel instrumento jurídico-ambiental preventivo y voluntario para incrementar el cumplimiento de la ley ambiental.

SUMMARY

Conform the second half of XX Century passed to the current days, the rising awareness respect to the impact of human activities in the environment and the public health has permitted the development and use of different methods and technologies to reduce the contamination effects. That is why the governments has legislated and taken measures of politic nature to minimize the negative effects and to guarantee following of the rules about environmental quality.

It is being developed an entire prevention culture based on the basic principles applied to eliminate the negative impacts over the quality of water, atmosphere and ground,

turning the attention from the control of the environmental problem to its prevention, trying to limit the contamination or through proposed solutions for a specific mean.

The Criminal Law has acquired so much importance in the environmental field because of it has as object to avoid the damages or more serious risks to the fundamental legal assets for the social coexistence. Currently, its level of interference in the life and health of the citizens covers the protection of the whole human being surrounding that could suffer any kind of aggression putting it at risk, including our environment.

For that reason, the Environmental Criminal Law must be seen as a law which prioritizes that legal-environmental preventive and voluntary instrument to increment the fulfillment of the Environmental Law.

1.- INTRODUCCIÓN

Suele relacionarse la protección del derecho al ambiente con la protección de intereses **denominados difusos (en contraposición a los intereses personales o colectivos)**. Estos últimos estarían referidos a un conjunto indeterminable de posibles sujetos o de intereses personales o colectivos afectados. Sin embargo, esta posición, bastante habitual, esconde un error. Confunde la protección del ambiente con la afectación a otros bienes o intereses como consecuencia del deterioro ambiental.

El derecho al ambiente está referido directamente a la protección de las condiciones ambientales que hacen posible la vida humana sobre la tierra y su desarrollo pleno, incluyendo los ecosistemas sin los cuales los seres humanos tendríamos menos posibilidades de prolongar nuestra existencia sobre el planeta. Este derecho es independiente de otros derechos subjetivos, como la salud o la propiedad, que podrían ser afectados por el deterioro del ambiente. Por lo tanto, frente al Estado puede alegarse el deber de proteger el ambiente aún cuando ningún derecho subjetivo específico, como la salud o la propiedad, se encuentre afectado o amenazado.

La diferencia existente entre los bienes protegidos por el **derecho al ambiente** y otros derechos se muestra con mayor claridad cuando analizamos el tema desde la perspectiva de la responsabilidad y las obligaciones de indemnizar los daños. El **interés difuso** implica que existen sujetos que deben ser indemnizados por el daño sufrido. Es la imposibilidad de identificar a estos individuos lo que dificulta la aplicación de los mecanismos de protección, en especial el poder cumplir con las condiciones legales que ordinariamente se exigen para poder iniciar una acción judicial. La solución dada en estos casos es modificar las condiciones aludidas, buscando ampliar las posibilidades de iniciar estas acciones. Prácticamente cualquiera puede ahora interponer una acción.

Pero al momento de repartir la indemnización, se establecen mecanismos para identificar posibles afectados.

Ahora:

**¿qué pasa si el daño que se quiere reparar
es el infringido al ambiente como tal?**

En este supuesto lo que se originará es una indemnización que no irá a ningún interés individual o colectivo. Irá al Estado, pues el bien afectado no «pertenece» a ningún individuo en particular, sino una entidad supraindividual. Por eso, cuidamos el ambiente para las futuras generaciones. Nos preocupa la especie y no sólo los que viven hoy sobre la Tierra.

Si ello es así, el interés detrás del Derecho al Ambiente es uno de carácter supraindividual, con lo cual cualquier individuo puede alegar legitimidad para obrar procesalmente, en tanto miembro de la especie. Ningún individuo o colectividad puede renunciar a un bien o derecho que no le es propio. No puede ejercer liberalidad sobre un interés que no es sólo suyo. Y ese es el caso del derecho al ambiente. Finalmente, corresponderá al Estado asegurar la protección de este derecho, a través de la protección de los bienes que conforman un ambiente digno donde vivir. Cuando un río se contamina, no se indemniza a ninguna persona en particular, sino que debe darse la indemnización al Estado, para que éste en representación de todos (incluyendo los de hoy y los de mañana) realice las acciones de reparación. Desde luego, el ambiente dañado puede a su vez originar afectaciones de derechos como la salud, la tranquilidad, la vida, o la propiedad. Los mecanismos de protección de estos últimos podrá utilizar, de ser necesario, la teoría de los intereses difusos a fin de atender a los problemas procesales que pudieran presentarse.

En conclusión, el interés de la especie no es difuso. Es un interés supraindividual que encuentra en el Estado una entidad protectora que debe enfrentar los límites del conocimiento sobre el ambiente, así como el hecho de representar una pluralidad de personas en un marco intergeneracional que se nos hace imposible abarcar completamente. Por ello, el Estado se convierte en una opción imperfecta pero operacional, teniendo el derecho de iniciar los procesos de defensa del ambiente por sí mismo, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse en defensa de otros derechos subjetivos afectados por el daño ambiental. Y el Derecho regulará estos procesos, aún sabiendo las limitaciones a las que se enfrenta.

Finalmente, también deberán diseñarse mecanismos efectivos de protección de este interés supraindividual, en vista que los mecanismos de protección de intereses

individuales, colectivos o difusos, no serán suficientes. La creación de procuradurías ambientales, especializadas en impulsar acciones a favor de la reparación del ambiente como tal, son ejemplos de dichas medidas.

La Ley General del Ambiente (LGA) peruana ha salido del esquema general que prescribía el Código Procesal Civil, respecto a los intereses «difusos», pues esta refería que la defensa de los mismos correspondía a un grupo determinado de persona bajo ciertas características (llámese autoridades políticas, representantes de ONG's que tuvieran en sus estatutos la facultad de la defensa de aquellos, etc.), más no a las personas particulares.

La LGA rompe este esquema, cuando en el Artículo IV del Título Preliminar y en el Art. 143 de la misma faculta a cualquier ciudadano a obrar en defensa del ambiente, basado en el hecho del interés «supraindividual» que bien refiere el artículo en comentario, y que saca del marco de los intereses «difusos» a aquellos que están en relación al cuidado y preservación ambiental. Y ello, porque obviamente, el tema del ambiente no es un interés cuya defensa no se pueda definir por no pertenecerle a nadie en particular, como el caso de los intereses culturales, sino que al contrario sí está muy claro a quienes les corresponde este ejercicio: a la raza humana en general, tanto de hoy, como la del mañana. Y es tanto que su no defensa hoy pone en riesgo no sólo a quienes hoy habitamos el planeta sino a quienes nos seguirán luego. Y de allí la razón de esta «supraindividualidad».

2.- RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO POR DAÑO AMBIENTAL

A partir de la década de los ochenta es dable observar una marcada tendencia a nivel mundial a ensanchar el espectro de responsabilidades de los bancos³. Ya no se trata solamente de inculpar su actuación por cuestiones inherentes a la actividad habitual como sería la responsabilidad por el pago indebido de cheques «no a la orden» o aún en los casos de cierre abusivo de al cuenta corriente, sino también respecto de los terceros y en circunstancias que exceden la normal relación cliente-banquero, como sería la responsabilidad por concesión abusiva de créditos o informes inexactos respecto de la conducta comercial del cliente⁴. Al lado de éstas han surgido recientemente

³ ACOSTA, Miguel Angel, Catedrático de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mar del Plata, Tomo III, F. XV de Colegio de Abogados del Mar del Plata.

⁴ RDCO, año 1973, p. 741 y ss. TRIGO REPRESAS, Félix A., comenta las conclusiones arribadas acerca de la responsabilidad civil de las entidades financieras en ocasión de las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza del 24 al 26 de agosto de 1983 (Argentina).

otras causales de responsabilidad como la derivada del lavado o encubrimiento de fondos provenientes de actividades ligadas al narcotráfico y la responsabilidad por daño ambiental y/o contra los recursos naturales.

Es como consecuencia de ésta última causal y los acontecimientos ocurridos en el Río Reconquista, así como el procedimiento y clausura de una fundición en Pacheco (Buenos Aires) decretada por el juez **MARQUEVICH**,⁵ que dieron motivo al suscripto para presentar este trabajo en el encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a llevarse a cabo en esta oportunidad en la ciudad de Mercedes. Admitamos que nuestro sistema legal no se encuentra precisamente a la vanguardia en cuestiones ambientales como que tampoco pareció preocuparle el tema a las autoridades durante muchos años⁶. Sin embargo, la promulgación de leyes 24.051⁷ sobre generación, manipulación, transporte y disposición final de residuos peligrosos; 24.072⁸ aprobando la Convención de las Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la 24.089⁹ (25 Jun 1992) aprobatoria del Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación por los Buques, (suscrita en Londres en 1973 y ratificada en Bruselas en 1978) constituyen sin duda avances auspiciosos en la materia.

3.- PAISES QUE CUENTAN CON SISTEMAS LEGALES SOBRE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

* ESTADOS UNIDOS

Es el primer país que sancionó una legislación específica sobre la materia en 1980, mediante la **Ley General sobre medidas administrativas, compensación y responsabilidades ambientales**. (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act-CERCLA- Public law 96-510, Status- at large, Vol. 94 p. 2767 -United States Code, Edición 1988, Título 42, Sec. 9601 - 9657) fue enmendada de modo importante por la **Ley de Enmiendas y Reautorización de Superfondo de 1986** (Superfund Amendments and Reauthorization Act-

⁵ Ver Diario La Nación del 04 Jul 92, p. 12 y también Diario La Capital de Mar del Plata del 04 Jul 92 p. 6.

⁶ Basándose siempre en argumentos del tipo la antinomia desarrollo-subdesarrollo; polémica norte-sur; o bien en la creencia generalizada y no tan comprobada que la Argentina es un país limpio e impoluto.

⁷ De fecha 17 Dic 91 y promulgada el 08 Ene 92 (BO del 1 / Ene 92).

⁸ BO del 14 Abr 92.

⁹ BO del 01 Jul 92.

SARA- Public law 99-499, Stat at large, Vol. 100 p. 1613, United St. Code, 1988 Edition, título 42, sec. 9601 - 9657) y por la ley de **Conservación y Recuperación de Recursos** (Resource Conservation and Recovery Act – **RCRA**- United States Code, Edición 1988 Título 42, sec. 6901 – 6992). Normalmente estas leyes operan en una de las dos siguientes maneras:

- 1) Autorizando al gobierno para compeler a los contaminadores a limpiar sus propios desechos peligrosos
- 2) Autorizando al gobierno para limpiar los desechos por su propia iniciativa y luego exigir el reembolso de los contaminadores por los gastos devengados en la limpieza, remoción de residuos y recuperación del lugar.

El costo de las medidas según **CERCLA**, incluye los gastos de remoción de las sustancias peligrosas en el supuesto de su introducción o próxima introducción en el medio ambiente; el costo de recuperación, esto es, de medidas que representen un remedio permanente para prevenir o minimizar la introducción de sustancias peligrosas de forma tal que éstas no reaparezcan ni pongan en peligro la salud pública presente o futura y el bienestar de la población y/o el medio ambiente.

Para recuperar ese costo de las medidas de «limpieza» se ocupa la **EPA**, (Environmental Protection Agency) organismo que depende del Presidente y supervisa y controla el cumplimiento de las medidas impuestas, entre otras leyes ambientales por **CERCLA**. Tal agencia gubernamental está autorizada para requerir el reembolso de las partes responsables (o potencialmente responsables, como veremos).

Ahora bien, ¿quién podrá ser imputado como «parte responsable» y cargar con los costos de las medidas, que son enormes?¹⁰ **CERCLA** considera responsables:

- A los dueños u operadores del lugar al tiempo de la aparición del daño ambiental
- A los dueños u operadores actuales aunque se demuestre que no están involucrados en modo alguno en la creación de esa contaminación
- A aquellas empresas que generaron el desecho causando la contaminación (si bien pueden estar a cientos de kilómetros de distancia)
- A las empresas que transportaron el desecho hasta el lugar.

¹⁰ Estimándose un costo por cada lugar del orden de los 21 a 30 millones de dólares, a valores de 1988, conf. explica SHOREY, Helen en el «Financial implications of Trends in EEC Environment Policy» (1990) 12JIBFL 556. En casos de derramamientos de petróleo como el caso: «United States vs. Oswego Barge Corporation» se pago la suma de 8 millones de dólares por el derramamiento en el Pasaje San Lorenzo en las aguas territoriales entre Estados Unidos y Canadá.- 664 F.2d. 327 (2nd. Circuit 1981)- Annual Survey of American Law-New York University School of Law- 1983 Vol. Issue 3, p. 602.

Paralelamente a esta enumeración de partes responsables son también considerados como dueños u operadores, aunque con distintos grados de implicancia pero a la postre con resultados en cuanto a su obligación de responder solidariamente, aquellos responsables indirectos pero económicamente solventes (deep pockets) y eventuales presas de las reclamaciones de la EPA, como:

- El dador del leasing.
- El tomador del leasing.
- El prestamista/ banquero que garantiza su crédito con bienes inmuebles.
- La sociedad que sucedió a otra en su actividad o bien la sociedad matriz respecto de la subsidiaria.
- Los directores de la sociedad y accionistas.
- Además, la incidencia de la legislación mencionada es sin duda preocupante para los banqueros puesto que ello aumenta considerablemente sus riesgos al;
- Ver que su garantía sobre los inmuebles se debilita considerablemente por la aplicación de altísimas multas o costos de la limpieza aún hasta hacerla desaparecer (MORRIS¹¹ comenta el caso de «Maryland Bank and Trust Co» en donde al banquero se le imputó un costo de limpieza de US\$ 500,000 sobre una propiedad cuyo crédito ascendía a US\$ 350,000).
- Ver además que a su deudor le resulta extremadamente dificultoso cuando no imposible rembolsar el préstamo.
- Ver también que todo el proyecto para el cual otorgó su financiación esté destinado al fracaso o a su paralización.
- Ver también que sus créditos munidos de un privilegio especial en la quiebra pierden su efecto frente a los costos de limpieza y su remoción de desechos contaminantes los que han sido caracterizados como gastos administrativos y de conservación de los bienes fallidos, estableciéndose un superprivilegio por obra conjunta de leyes federales, estatales y municipales¹².

De manera que hay motivo suficiente para preocuparse. Más adelante me ocuparé de las medidas propuestas para contrarrestar estos riesgos, pero antes aclaremos que existe un pléyade de leyes de orden federal, siendo las más importantes: «Clean water act (CWA); Oil Pollution Act (OPA) de 1990 Surface mining control and

¹¹ Morris Michael-Environmental Law-Lender Liability (Freshfields Environment Group, London) - (1991) Butterworths JIBF L-16-Enero de 1991.

¹² Norton, Joseph J., 2American Lender Liability; Common Law Statutes and Contors» p. 18-Queen Mary and Westfield College-University of London (Sección 503 a) b) del U.S. Bankruptcy Code).

reclamation act.¹³ Toxic Sustances Control Act¹⁴ Outer Continental Shelf «Land Act»¹⁵ «Federal water pollution control act»¹⁶ y la «National environmental policy act».¹⁷ Señalé también que en muchos casos ha sido puesta a prueba la constitucionalidad de disposiciones contenidas en alguna de estas leyes por colisionar con otras garantías federales como la libertad de comercio interstadual, en supuestos donde se prohibió el transporte o la introducción en otro territorio estadual de desechos o sustancias peligrosas¹⁸.

De considerarse, que es el banco el dador del leasing de equipamiento, (como en la ley argentina cuya actividad se encuentra regulada a través de los Arts. 21., 22 inc. j) y 24 inc k, de la Ley de Entidades Financieras 21.526) es decir, que adquiere el bien inmueble por especial pedido del tomador, figurará registralmente como dueño del bien; (un camión cisterna supongamos) entonces, a pesar de ser el tomador es quien opera con el bien, el dador resultará alcanzado por las consecuencias de CERCLA, en su carácter de dueño del bien.

El supuesto en que se financió un proyecto para la construcción de una planta industrial o manufacturera, (planta de pinturas, productos químicos y sintéticos, por ejemplo) sin prever el destino de los potenciales desechos o residuos industriales peligrosos; podrá éste sin duda verse involucrado como «parte responsable» si no tomó los recaudos suficientes. Es posible que se inculpe a quien financió el proyecto por su participación en el «*management*» de la empresa que es encontrada responsable de la contaminación por cuanto en muchos casos se conviene en los proyectos (project finance) que el financista dejará personal de su confianza controlando y supervisando el cumplimiento de estándares de funcionamiento y administración para poder afrontar satisfactoriamente los compromisos de devolución del préstamo asumido.

En estos casos, la intervención del banquero/ financista en la gestión y administración lo convierte en solidariamente responsable de los destinos de la empresa con problemas ambientales.

¹³ 30 USC sec. 1201 – 1328 (supp. III 1979).

¹⁴ 15 USC sec. 2601 – 2629 (1976).

¹⁵ 43 USC sec. 1331 – 1356 (1976 & supp. III 1979).

¹⁶ Pub. Law n. 92-500,86 Stat. 816 (1972).

¹⁷ 40 USC sec. 4321 (1976).

¹⁸ Entre otros fallos se cita el «City of Philadelphia vs. New Jersey» 437 US 617 (1978) en Annual Survey of American Law. New York University School of Law-1981 Vol., Issue 2 p. 391.

Pero no todo, es lamento para el financista, por cuanto existe una excepción a tanta severidad, (the secured lender exemption) a disposición de aquellos que han participado en el «management» de la empresa y que no obstante mantienen un interés por defender y proteger su garantía.

Sin embargo, ello será de escaso valor frente a la persistente búsqueda de las oficinas federales como la EPA (Environmental Protection Agency) ocupadas y el acecho constante por encontrar «peces gordos» y así poder resarcirse de los gastos de limpieza de los desechos. Estos últimos, en efecto, serán considerados como:

- **Dueños** siempre que ejecutando su garantía hayan traspasado la propiedad, aunque posteriormente el bien se revenda como ocurrió en el caso de Myrland Bank & Trust Co.
- **Operadores**, al estar tan imbricados en los negocios de los clientes de manera que ejercen un «control de hecho» sobre la actividad de sus deudores, tal como se estableció en un reciente fallo: United States vs. Flete Factors Corp. N° 89.8094. (11th. Circuit, Mayo 23, 1990).

La Corte consideró que el acreedor era responsable por la posición que ocupaba en donde podría haber influenciado sobre la toma de medidas atinentes a los desechos de sustancias peligrosas si ésta hubiera escogido hacerlo, pero no lo hizo. Como comenta MORRIS,¹⁹ aquí se demuestra el alcance que desean imprimir los tribunales americanos a estas reglamentaciones para encontrar siempre algún poderoso que pague.

En descargo y para mitigar los efectos de pronunciamientos tan proclives a buscar siempre responsables de sólida posición económica que sean capaces de afrontar los gastos por la limpieza ambiental, otro fallo más reciente de la Corte Federal de Apelaciones por el 9° circuito (California, Estados el Oeste y Alaska) en autos: «Bergsoe Metail Corp.» N° 89-35-397 estableció que por intervención en el «management» de una empresa a los fines de la CERCLA debía entenderse, solamente aquella que se ejerce en forma expresa y efectiva para ser sujeto pasivo de la responsabilidad ambiental. No basta la simple intervención en la gestión tácita o supuesta. Tal estado de cosas ha incrementado la vulnerabilidad de los bancos a tal punto que se sabe, muchas operaciones de préstamos han sido canceladas cuando se trataba de invertir fondos en negocios o lugares sospechosos de no ser suficientemente limpios.

¹⁹ MORRIS Michael, Op. cit. en Nota 8, 1991 JIBFL p. 16.

* INGLATERRA

Cuenta con una legislación ambiental Environmental Protection Act (EPA) desde 1990, en la que se regula que la responsabilidad del acreedor puede provenir de las siguientes situaciones:

- a) Si se efectúan gastos de limpieza y remoción de residuos peligrosos, estimándose que el dueño en ese momento es quien pagará por los daños/ gastos, pero sin derecho a reembolso del anterior propietario que fue quien efectivamente generó la contaminación. Extraña solución, pero cuando se debatió la norma en el Parlamento se consideró que de toda forma sería el dueño actual quien se beneficiaría con el incremento del valor del inmueble. Esto no será un buen negocio para el acreedor que aceptó la propiedad en pago o bien accedió como propietario a la misma por alguno de los procedimientos que ya mencionamos: «*repossession*» o «*foreclosure*»²⁰.
- b) La segunda forma de responsabilidad viene dada por la directiva de la Comunidad Económica Europea (Directiva sobre Responsabilidad Civil por el daño causado por desechos) COM (89) 292 final-SYN 217 (OJ 251, Octubre 4, 1989) entró en vigencia el 01 Ene 1991 siguiendo una tónica similar a la legislación americana al tratar de buscar responsables del daño no sólo a quien lo generó si se le puede identificar, sino también a quien ejerce el control de hecho sobre los desechos cuando el incidente que dio lugar al daño ambiental se produjo.

Al respecto, ya han sonado sirenas de alarma entre los banqueros: Derek Wheatley, Jefe de Asesores Jurídicos del Lloyds Bank reveló, en un artículo publicado en el Financial Times, que esto forzará a los bancos a incurrir en gastos extra, los que a su turno se trasladarán a sus deudores.²¹ Por su parte y en virtud del impacto causado por la EPA, el National Westminster Bank anunció que en lo sucesivo requerirá la opinión de expertos sobre los negocios del cliente. Consecuencias indirectas como la repercusión negativa en la venta de los productos al no ser la empresa considerada suficientemente «verde» por los clientes, es también digna de consideración.

²⁰ Tanto en el derecho inglés como norteamericano el deudor que compró a crédito en cuotas está sujeto a que el bien que compró sea retomado (repossessed) por el vendedor o quien le confirió crédito para adquirirlo. Se trata de una cláusula de estilo en las operaciones de préstamos bancarios (pero previa notificación al deudor) para evitar de esa forma el procedimiento judicial. En cuanto al «Fireclosure» es la opción que generalmente se le confiere al acreedor hipotecario de quedarse con el bien garantizado si el deudor no paga y sin necesidad de recurrir a la subasta del bien.

²¹ Citado por SHOREY, Helen en Butterworths (1990) JIBFL 557 op. cit en Nota 7 (Vol. 12)

10-02192 EJ.2.



En síntesis, el panorama tampoco en este país se presenta como suficientemente despejado para el futuro de las industrias automotrices, eléctricas, electrónicas, químicas y de limpieza o tintorerías. Menos aún, para quienes les proveen financiación.

* ESPAÑA

Durante muchos años la legislación española, al igual que la de otros países de la cuenca mediterránea dejó mucho que desear en cuestiones ambientales; sin embargo, ahora llegó el turno de ponerse a tono con los niveles internacionales y particularmente con aquellos impuestos por la CEE.

RON W. CLARK y **CRISTINA TEBAR LESS** refieren que existe en España un triple orden de legislación y reglamentación en materias ambientales:²² comunitario (CEE); nacional y regional, (comunidades autónomas) atribuyéndoles a estas últimas la responsabilidad por el régimen administrativo de protección ambiental previsto por la Constitución Nacional.

La situación de mayor interrogante proviene del sector de los directivos de las sociedades anónimas así como de los accionistas, quienes deberán soportar el costo de los reclamos de terceros. Por lo demás, la posibilidad de que el acreedor se encuentre involucrado en el control de una empresa deudora no aparece como una posibilidad remota, pero tampoco se acreditan elementos concretos de resoluciones judiciales al respecto.

Igualmente, pese a declamarse la posibilidad que el acreedor hipotecario que deviene dueño del inmueble que ha provocado la contaminación sea vinculado civilmente como responsable, tampoco se corrobora dicha conjetura con experiencias judiciales concretas. Insisten sin embargo estos autores, en aludir a casos concretos de recientes contrataciones y particularmente, en situaciones de alto endeudamiento, donde los acreedores se han reservado una gran dosis de información sobre el deudor con datos necesarios sobre el flujo de caja o gastos de activo-fijo por ejemplo, en donde la compañía está obligada a respetar religiosamente dichos parámetros para evitar hallarse incurso en algún incumplimiento. Siendo entonces posible especular y asimilar la situación de los acreedores que al estar tan cerca de los «managers» sean éstos también considerados como «productores del daño ambiental.

²² RON W., Clark y TEBAR LES, Cristina: «Lenders» Concerns Under Spanish Environmental Law. Less indifference in Iberia (1991) 6 JIBFL 285.

* COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

Señala **HELEN SHOREY**²³ que hay tres aspectos donde poner la atención al tratar la legislación comunitaria en materia ambiental:

- El relativo a la responsabilidad civil por daño ambiental
- El concerniente a la cobertura de seguro apropiada para riesgos ambientales
- La política impositiva ambiental

En materia de responsabilidad civil la Directiva sobre Responsabilidad Civil por el daño causado por los desechos (OJ 251, oct 4, 1989) entró en vigencia el 01 Ene 91 derivando indudablemente en mayor cuidado para los banqueros por los préstamos que se instrumenten en el futuro. Convenir la financiación de proyectos ambientalmente sensibles para industrias en donde los desechos de sus productos sean peligrosos (fábricas de jabón, detergentes, plásticos, fertilizantes, gomas sintéticas, cosméticos, pinturas, adhesivos, herbicidas, pesticidas, explosivos químicos y aún pequeños emprendimientos como joyeros o fabricantes de quesos que sean capaces de generar desechos tóxicos) es un riesgo adicional para el acreedor que no quiere hallarse imputado como responsable en su carácter de dueño u operador del lugar que causó la contaminación.

Adicionalmente, la situación empeora si se trata de proyectos de financiamiento de plantas industriales o manufactureras ya que si aflora el problema contaminante a la mitad de la ejecución se paralizaron los trabajos y no se podrá continuar hasta que el desecho tóxico sea removido y/o limpiado el sitio. Desde el punto de vista del seguro, para prevenir estos riesgos ambientales y el costo consiguiente de reparación del daño causado se están ensayando diversas alternativas como el pool de aseguradores, el co-seguro y hasta el seguro obligatorio que cubra el riesgo ambiental.

Paralelamente se están preparando medidas impositivas verdes o ecológicas como:

- * **Las cargas:** por efluentes, por usuario o por producto. (cuando éstos son más contaminantes que los estándares admitidos en el proceso de fabricación).
- * **Los subsidios:** se trata de asistencia financiera para persuadir a los contaminadores a cambiar sus hábitos en base a créditos blandos y franquicias impositivas.
- * **La creación de mercados artificiales:** donde las empresas puedan comprar derechos de polución actual o futura y a su vez donde puedan vender sus derechos de contaminación o sus materiales reciclables, como por ejemplo lo relativo al

²³ SHOREY, Helen, op. cit. (1990) 12 JIBFL 556.

comercio de emisiones. (si una empresa despide menos emisiones tóxicas de lo que las reglamentaciones permiten, podrá vender o intercambiar la diferencia a su favor a otra empresa interesada).

*** ARGENTINA**

La sancionada Ley 24.051 (BO 17 Ene 92) sobre generación, manipulación, transporte y disposición final de sustancias peligrosas es un avance importante en al prevención de conductas ambientales dañinas. Entre las disposiciones dignas de destacar tenemos la creación de un Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos en el que deberán inscribirse las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. (Art. 4) A los fines de la inscripción, deberán en cada caso, presentar una declaración jurada con detalle pormenorizado del tipo de actividad, sistemas utilizados de prevención y estudios efectuados.

Luego, para aquellos que se hallaren debidamente registrados como generadores, manipuladores o transportistas de sustancias tóxicas, categorizadas en el propio texto de la ley y en tres anexos a la misma, se les otorgará un Certificado Ambiental aprobatorio del sistema manipulatorio o tratamiento que los interesados presentaron. (Art. 5) Dicho Certificado además, es requisito necesario para que la autoridad que en cada caso corresponda (Art. 7) proceda a la habilitación de las respectivas industrias, transporte, plantas de tratamiento u otras actividades que generen residuos peligrosos.

Vemos aquí, como posible la responsabilidad del banquero/ financista que proveyó crédito para el giro de una industria de las contaminantes y no exigió el Certificado Ambiental o al menos la habilitación pertinente que supone el cumplimiento del requisito anterior. La responsabilidad podría estar encuadrada en la órbita del Art. 1081 del Código Civil, en la eventualidad de producirse un daño ambiental.

Con mayor razón creemos que será difícil de exonerar de responsabilidad al dador del leasing (Banco) que adquirió el bien de equipamiento (un camión cisterna para transporte de líquidos inflamables, por ejemplo) por especial encargo y elección del tomador, figurando mientras tanto como titular registral durante toda la vigencia del contrato y hasta que se haga efectiva la opción de compra. (si se hace) Si éste no verifica y exige el cumplimiento de los requisitos de inscripción y datos complementarios de los Arts. 23 al 29 de la ley, antes de poner el vehículo en funcionamiento, podría imputársele la responsabilidad del Art. 47 de la misma norma, por ser dueño o guardián del residuo peligroso no eximiéndose tampoco el que pueda probar la culpa de un tercero por la que no debe responder.

En la citada Ley, Capítulo VII, se aborda el tema de las responsabilidades, caracterizándose al residuo peligroso como cosa riesgosa «*per se*» acordándose la inversión de la carga de la prueba en los términos del Art. 1113, 2º Párrafo del Código Civil. En el Capítulo VII (Arts. 49 al 54) se trata la imposición de multas y sanciones, llegándose hasta el cese definitivo de las actividades, previa instrucción sumarial y garantía de defensa. Por último, en el Capítulo IX (Arts. 55 al 58) se establece un régimen penal específico sobre la base de tipicidad del Art. 200 del Código Penal.

¿QUE HACER?

En otras palabras: ¿cuáles son las recomendaciones para evitar incurrir en responsabilidad por parte de los banqueros acreedores? **RODERICK DUNNET**, Jefe de la División Jurídica del Banco Europeo de Inversiones, refiriéndose en una conferencia sobre aspectos ambientales sugirió una serie de preguntas válidas que los financistas deberían formularse antes de otorgar o avanzar los fondos a los deudores:²⁴

- a) ¿Es necesario un estudio de evaluación del impacto²⁵ ambiental por (el caso europeo) la Directiva de Evaluación del Pacto Ambiental?
- b) ¿Qué controles ambientales tienen que ser cumplimentados por el deudor?
- c) Los planificadores del proyecto de inversión ¿han previsto con suficiente amplitud y tolerancia fondos para afrontar futuras contingencias en controles ambientales?
- d) Los responsables del proyecto: ¿han previsto en el presupuesto el riesgo ambiental?
- e) ¿Ha habido alguna objeción previa y/o han sido éstas planteadas en términos ambientales?

Asimismo se recomendó, a los bancos llevar a cabo una auditoria, que aunque costosa y sólo apta para proyectos de cierta envergadura en Europa incluya:

- * Los registros de las autoridades reglamentadoras.
- * Antecedentes históricos de anteriores usos del sitio.
- * Fotografías aéreas.
- * Investigación de la cadena de titulares anteriores.
- * Copia de alguna queja/protesta dirigida por terceros a las autoridades de salud.
- * Inspección «de visu» del lugar.

²⁴ SHOREY, Helen, op. cit. (1990) 12 JIBFL 557.

²⁵ El estudio sobre el impacto ambiental es un requisito importante a cumplimentarse cuando se inicia un proyecto a tal punto que pueda fracasar la autorización misma del proyecto como ocurrió en el caso «Actino for rational transit vs. West Side Highway Project» (536 F. Supp. 1225 (SDNY) 1981), p. 610, Publicado por KALEDING, Jonathan.

- * Registros judiciales
- * Tipo de seguro que ha contratado el deudor

4.- TIPO DE SEGURO QUE DEBE CONTRATAR EL DEUDOR

Para proyectos de financiamiento de construcciones de menor relevancia los requisitos serán menores aunque quizás el daño potencial pueda ser aún mayor que el monto del préstamo y la garantía ofrecidas. Resulta inútil también pactar compromisos concretos a cargo del deudor y manifestaciones de éste como las referidas al entrenamiento del personal, inspección del lugar, etc. (warranties and representations)

Por su parte los estudios jurídicos importantes ya han incorporado un Departamento de Asuntos Ambientales,²⁶ que, entre otras cosas, asesora a las empresas en esta materia y eventualmente confeccionan auditorías con colaboración interdisciplinaria. La consultora internacional «Coopers & Lybrand Deloitte» ha confeccionado un sistema de auditorías ambientales diferenciando tres etapas:

- 1) Consistente en un «diagnóstico» considerándose allí la actitud de la gerencia hacia el medio ambiente y las medidas tendientes a su protección y concreción
- 2) Se examinan los procedimientos de manejo y control de cuestiones «verdes»,
- 3) Se implementan las medidas en áreas concretas, como por ejemplo la medición de emisiones tóxicas.

El problema, se pregunta JAMES VAUX,²⁷ es decidir, si los resultados de la auditoría deben ser dados a conocer o no al público, conjeturando seguidamente el autor, que por el tono inquisitorio que van adquiriendo las directivas oficiales, es posible que sea arrebatado de las manos de sus autores.

5.- PONENCIA

LOS BANCOS EN SU ACTIVIDAD CREDITICIA HABITUAL SON POTENCIALMENTE RESPONSABLES POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR O A TRAVÉS DE LA CONDUCTA DE SUS DEUDORES SI NO ASEGURARON PREVIAMENTE EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PREVENCIÓN DE DICHOS RIESGOS.

²⁶ Firmas de abogados como Lord Day & Lord, Barrett Smith de New York; Freshfields Environment Le Group de Londres; Turner Kenneth Brown de Londres y su oficina de Bruselas por ejemplo.

²⁷ VAUX, James, lender Liability (City Briefs), (1990) 7 JIBFL-321.

LAS COMFORT LETTERS

Las «comfort letters» o «letters de patronage» nacieron como una garantía alternativa impuesta por los bancos norteamericanos durante los años sesenta extendiéndose luego al continente europeo, por la simple razón que quien las otorgaba, en la mayoría de los casos se trataba de una empresa matriz o contratante que lo hacía con la finalidad de obtener crédito para una subsidiaria o su controlada y quien por diversas razones se mostraba renuente o bien imposibilitado de ofrecer las garantías tradicionales. Ya sea porque no existen bienes disponibles a los cuales gravar con hipoteca o prenda o bien porque ya existen otras garantías personales otorgadas agotando la capacidad de endeudamiento de la empresa y/o de sus directores responsables o simplemente porque a la controlante no le es favorable aparecer frente a los accionistas y al público en general con mayores compromisos de los ya asumidos, las «comfortletters» surgen como un medio apto para la obtención de financiamiento sin que se afecte la estructura contable formal de la controlante (off-balance sheet financing) resultando entonces, particularmente útil, para la operatoria del grupo empresario²⁸.

Funcionamiento y documentación

El préstamo o la facilidad crediticia (muchas veces operando en la forma de «revolving facility») es normalmente solicitado al banco por la empresa matriz la que por otra parte, es quien goza del crédito y está relacionada comercialmente con la entidad financiera.

Sin embargo, ello no obsta a que la propia subsidiaria pueda iniciar la solicitud del crédito ya que de todas maneras será beneficiaria del mismo²⁹. En cualquiera de las dos vías de iniciación del trámite, el banco exigirá de la matriz, el otorgamiento de una carta de compromiso o «comfort letter» o carta del patronazgo por la cual, la principal, reconoce y acepta formalmente los términos en los que el préstamo será concedido a la subsidiaria y será entonces la intención y el compromiso de la controlante, de no reducir su participación en aquella durante la vigencia del crédito y hasta su cancelación. Más aún, si a pesar del compromiso asumido surgiese alguna

²⁸ Ya, el profesor BENÉLBAZ (citado por Félix A. Trigo Represas en R.D.C.O., año 1983, p. 746; La responsabilidad civil de las entidades financieras en las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza) refiriéndose globalmente a las cartas de recomendación, aconsejaba el tratamiento de vinculación compromisoria para quien influía en la concesión del crédito por esta vía.

²⁹ Sin perjuicio de ello anotamos más de una vez, que el producto del préstamo va a parar a manos de la empresa matriz en concepto de adquisición de insumos o materias primas para la subsidiaria.

alteración en las circunstancias fácticas (disminución en la participación por venta de acciones por ejemplo) la matriz deberá notificar al banco con suficiente antelación, 90 días u otro plazo suficiente, su intención en tal sentido y correlativamente, el banco tendrá el derecho de considerar al deudor incurso en mora/incumplimiento si luego de notificado fehacientemente dentro de los 30 días subsiguientes no verifica el pago total de los créditos pendientes.

Asimismo, cabrá incluir en las «comfort letters» manifestaciones de garantía genéricas como el reconocimiento de la forma en que las sumas entregadas serán abonadas o bien acreditadas en cuenta, etc. La ida central de compromiso asumido al suscribirse esta carta de patronazgo es mantener una situación de hecho inalterada durante toda la vigencia del crédito y hasta su cancelación y en caso de haber variaciones serán hechas saber al banco para que éste tome las medidas pertinentes en defensa de su crédito: terminación inmediata de la facilidad crediticia o bien restricción y disminución en proporción a porcentaje accionario vendido o bien la constitución de otras garantías reales o personales complementarias.

Naturaleza del compromiso asumido

¿Qué naturaleza reviste el compromiso asumido por la empresa matriz frente al banco?

Veamos los distintos asuntos análogos:

- a) **FIANZA:** Por la caracterización del instituto que se hace en los Arts. 1986, 1987 y 1988 del Código Civil no nos parece que tal figura sea asimilable al compromiso asumido en la «comfort letter». Dicha apreciación resulta además robustecida al confrontar el texto del Art. 1991 CC en el que se exige que la fianza no podrá tener por objeto una presentación diferente de la que forma la materia de la obligación principal. En efecto, señalé que la matriz solamente se compromete a mantener una situación material inalterable durante cierto tiempo, lo que es sustancialmente diferente a garantizar accesorariamente el pago del préstamo que se concedió a la subordinada. Siendo la obligación del principal la devolución del dinero recibido y la del otorgante de la «comfort letter» consistente en mantener un estado material de cosas inalterado, ello no alcanza, a nuestro entender, para tipificar este último compromiso como una fianza.

Aspectos como la posibilidad de contratar la fianza, aún verbalmente; (Art. 2006) la solidaridad pasiva, los beneficios de excusión y división y/o sus renunciaciones expresas así como los sujetos que podrán obligarse como fiadores (Art. 2011) ahondan las diferencias entre ambos institutos y hacen inviable su asimilación.

- b) **CARTA DE CRÉDITO:** No vemos tampoco la existencia de similitudes con esta figura que siempre será constituida por una cantidad como «maximum» que podrá entregarse al portador (Art. 484 C.Com) y al no expresarse cantidad alguna será tratada como una carta de recomendación. Vemos además, que el fin de su otorgamiento es diferente, ya que se trata de una carta que el banco entrega a su cliente para ser presentada ante un banco de otra plaza y lo faculta para retirar una suma de dinero. El banco otorgante normalmente habrá suscrito un convenio general con el corresponsal, especificando las condiciones en que éste deberá pagar a cada cliente que presenta una carta de crédito.

Por otra parte, la carta de crédito tiene otro sentido y función que no consiste estrictamente en una garantía (aunque pueda entenderse así respecto del dador) sino que será utilizada por el portador como un instrumento de crédito con el cual comprará mercadería o abonará servicios. **ZAVALA RODRÍGUEZ**,³⁰ expresa que casi siempre dador y destinatario de las cartas de créditos son bancos, situación que no coincide con quienes otorgan una «comfort letter». Además, otros instrumentos mercantiles como el cheque de viajero y los giros han reemplazado la utilización de las cartas de créditos.

- c) **CARTAS DE RECOMENDACIÓN:** El alcance que confieren los artículos 2008, 2009 y 2010 del Código Civil despojan de todo efecto obligacional a las cartas de recomendación, en tanto éstas no sean otorgadas con evidente mala fe y como causal determinante de a concesión del crédito.

Destacamos también que en las recomendaciones se asegura la solvencia y probidad moral de alguien que procura crédito, mientras que en las «comfort letter» se compromete la continuidad y permanencia de un estado material de cosas o derechos durante la vigencia del crédito y hasta su cancelación, con la válvula de escape de la previa notificación con tiempo suficiente si ocurriera alguna modificación. En síntesis, tenemos que la promesa contenida en la «comfort letter» tampoco es asimilable a la manifestación abstracta expresada en las cartas de recomendación. Como se apreciará, estamos ante un compromiso más serio que la mera «recomendación».

- d) **PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL:** La conclusión anterior cambia sensiblemente al analizar el texto de los Arts. 2011 y 2012 del Proyecto en el que se expresa que toda carta denominada

³⁰ ZABALA RODRÍGUEZ, Carlos J., Código de Comercio Comentado, Ed. Depalma, Buenos Aires, Tomo II p. 334.

de recomendación, patronazgo o de otra manera, en que se asegure la probidad, solvencia u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no constituye fianza.

El texto del Art. 2012 señala que tampoco constituyen fianza los compromisos por los que se asegura el mantenimiento de una situación de hecho derecho. En tales casos el otorgante queda obligado a la conducta prometida. La redacción es lo suficientemente clara y explícita como para englobar a las «comfort letters» particularmente el Art. 2012.

Este tema está destinado a demostrar que las «comfort letters» o carta de patronazgo como las llama el Proyecto, son vinculantes dado que en materia comercial nadie firma ningún documento que carezca totalmente de significado o efectos.

En el Art. 2012 se dispone que las cartas de patronazgo no constituyen fianza. Muy bien, no será fianza pero sí son una forma de garantía. Pensamos que la fianza es una garantía pero no toda garantía es fianza. (tenemos también las garantías reales como la hipoteca y la prenda o las personales como el aval en la letra de cambio, el seguro de crédito, etc.) Entonces las «comfort letters» ¿qué son? Será otra forma de garantía que no constituye ni fianza ni cartas de créditos ni cartas de recomendación. Trátese de una obligación de hacer, manteniendo un estado de cosas o derechos inalterados durante cierto tiempo (vigencia del crédito) y su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas representadas en la obligación de indemnizar, rigiendo al respecto las reglas generales sobre responsabilidad contractual contenidas en los artículos 902, 903, 904, 909, 1137 y 1197, entre otros del Código Civil.

DERECHO COMPARADO

En pocas oportunidades se ha puesto a prueba el alcance vinculante de estas manifestaciones³¹. Sin embargo, un reciente fallo australiano ha sentado un precedente importante cuyos efectos han sido receptados por los Tribunales de Inglaterra y Estados Unidos. En los autos *Banque Brussels Lambert vs. Australian National Industries Limited*, publicado en el *New South Wales Law Review (NSWLR)* (1989) 21 PP. 502-531 DE FECHA 12 Dic 1989 se llevó a cabo por el Juez Rogers, CJ de la División

³¹ El precedente principal es *Kleinwort Benson Ltd. Vs. Malaysia Mining Corporation Bred* (1988) 1 WRL 799 y (1989) 1er 785. Otros Casos: *Nemeth vs. Bayswater road Pty Ltd.*, (1988) 2 Qd. R 406 y *Societe Viuda de osé Tolra vs. Sodler*, *Revue de la Banque*, Marzo de 1988 (21 DIC 87).

Comercial un minucioso análisis de la cuestión acudiéndose además a un profuso repertorio de antecedentes doctrinarios y judiciales para dictar el pronunciamiento.

El caso: En 1981 la Empresa Spedley Securities Ltd. solicitó una línea de crédito al banco accionante (BBL) quien, con tal motivo y como condición previa a su aprobación exigió de la ahora demandada, (ANI) en su carácter de principal accionista de Spedley Securities Ltd., un compromiso en el sentido de que cualquier retiro de dinero que ésta efectuara le sería abonado. Al cabo de largas tratativas, negociaciones y correspondencia intercambiada en donde se ensayaron varios borradores previos, se suscribió finalmente la «comfort letter» llevando en sus cláusulas el siguiente contenido:

- 1) En primer lugar, ANI reconoce la solicitud de crédito por US\$ 5 millones efectuada por su afiliada al banco actor (BBL).
- 2) En segundo lugar, también se reconoce que los términos y condiciones del préstamo acordados son de su total conocimiento y aceptación.
- 3) También se declara expresamente que ANI posee el 45% de la participación accionaria en Spedley Securities Ltd. Situación que será mantenida durante toda la vigencia del crédito.
- 4) En cuanto al término se convino expresamente que ANI notificará al banco (BBL) con no menos de 90 días de antelación acerca de su intención de alterar o disminuir su participación accionaria en Spedley Sects. Ltd. En tal caso se podrá exigir el pago de los saldos pendientes por la afiliada dentro de los 30 días de notificada esta última.
- 5) En quinto lugar se confirma la seguridad dada por ANI en el sentido de velar para que su afiliada esté permanentemente en una posición capaz de hacer frente a sus obligaciones en sus respectivos vencimientos.

Concomitante Spedley Securities Ltd. Redacta otra carta tomando total conocimiento de la «comfort letter» que suscribió su principal/matriz (ANI) a favor del banco y se compromete a cumplir con los pagos puntuales sobre los retiros efectuados. En Febrero de 1989 ANI se desprende de sus acciones en una venta que secretamente concretó con el grupo A. L. & C. Notificando luego al banco sobre los hechos consumados y violando así el compromiso previamente asumido.

EL FALLO: El Juez Roger C. J. fue el encargado de dictar el pronunciamiento y por ello se valió de fundamentos tanto exegéticos como doctrinarios. La cuestión se debatió atendiendo a cada uno de los aspectos propuestos por el actor; como compromiso contractual; como una violación de garantía inicial; como violación a la Ley de Prácticas de Comercio (Tradé Practices Act); como conducta preclusoria o estoppel y finalmente desde el punto del enriquecimiento indebido.

Naturalmente, el Tribunal encontró mayor asidero en su fundamentación exegética al abordar el tema desde el punto de vista contractual, formulándose la siguiente pregunta: ¿La manifestación realizada en la «comfort letter» es de características compromisorias? La demanda obviamente sostuvo que no, que tan sólo se trataba de una «comfort letter» y no de una «letter guarantee» cuyos alcances son decididamente vinculantes mientras que en aquella sólo es está ante una manifestación de intenciones, pero no más allá. El Juzgador en cambio entendió, que dadas las largas y pesadas conversaciones que precedieron al otorgamiento de la comfort letter» no cabía concluir que se había firmado algo carente de efectos vinculatorios³². Se halló fundamento concreto para establecer el carácter vinculante de la manifestación realizada en la carta de patronazgo en el último párrafo de la misma (Condición N° 5) en el que se aseguraba que la principal haría que la subsidiaria estuviera permanentemente en situación de hacer frente a sus obligaciones en sus respectivos vencimientos. Habiendo variado la participación, ya no era posible continuar asegurando que Spedley Securities Ltd. cumpliera puntualmente con sus obligaciones.

Asimismo, se trajo en apoyo doctrina internacional citándose la opinión de **LEÓN PROSCOUR**³³ quien explica que en la legislación francesa las letters of responsibility contienen una obligación de hacer ya que en el mundo de los negocios la creación de un documento sin significado o alcances es absolutamente impensable. Refiere además **POSCOUR** que no se trata de una garantía en pleno ya que de otra manera lo hubiera dicho así, pero alguna realización hay establecida a efectos de coadyuvar al acreedor a asegurar sus derechos. El rechazo de tal obligación de hacer abre la cuestión de los daños; esta es la regla legal derivada de la violación de la obligación de hacer. Por último, el fallo dejó sentado que si bien el actor se hallaba autorizado para reclamar los daños, se omitió el pronunciamiento respecto de la cuantía de los mismos. En esta instancia sólo se declaró la responsabilidad de la empresa matriz. El 05 de octubre de 1990 el Juez **ROGERS CJ** hizo también lugar a la acción por daños y fijó una cantidad por los mismos.

De lo señalado se infiere, que surge una responsabilidad para quien otorga una carta de patronazgo o comfort letter y el consiguiente deber de indemnizar ante la alteración

³² En seguimiento de la regla sentada In re: Edwards vs. Skyways Ltd 81964) 1 al 11 ER 494, donde se presume que en las transacciones comerciales hay siempre una intención de crear relaciones legales o vinculatorias, siendo el onus de probar la ausencia de tal intención a cargo de la parte que niega la falta de efectos. En el presente caso las negociaciones sobre el texto que debía llevar la «comfort letter» se extendieron durante dieciocho meses.

³³ Cita del Fallo, p. 520 Letters of Responsibility (1978) 6 International Business Lawyer 288-332 p. 302.

de los hechos materiales prometidos que no nace de la fianza ni de las cartas de crédito, ni de las cartas de recomendación sino precisamente de la comfort letter, rigiendo al respecto las normas generales sobre responsabilidad (Art. 902, 903, 904, 909, 1137, 1197 y concordantes del Código Civil).

OTRAS CUESTIONES:

¿ La medida de los daños a quien corresponde fijarlos?

El monto a indemnizar

¿será un porcentaje variable en directa relación
con el perjuicio sufrido o la porción del préstamo impago?

¿Cabrá cobrar o exigir un plus adicional por la mayor intención
de engañar que se ha evidenciado (como penalización)?

¿Corresponderá considerar cuán determinante fue la suscripción
de la carta de patronazgo en el otorgamiento del crédito?

¿Cuán importante fue la alteración de las circunstancias
materiales para influir en el incumplimiento de la subordinada?

¿O bien, tan sólo bastará probar el incumplimiento o la
alteración de las condiciones materiales y se responde automáticamente?

Son todas cuestiones de difícil resolver. Si se conviene en fijar un monto de antemano pasaría a convertirse en una fianza puesto que ambas obligaciones tienen el mismo objeto. Entendemos que ello debe necesariamente surgir a posteriori, luego de la reclamación principal y resultando incierto de antemano. Incluso en ciertos supuestos podría exceder el monto efectivamente adeudado por la subsidiaria si la comfort letter fue otorgada dolosamente coadyuvando a una situación de insolvencia con efectos nefastos en todo el ámbito mercantil. (Art. 904 CC).

Respecto de a quién correspondería fijar la cuantía de los daños o el porcentaje a indemnizar, de lege ferenda, sostenemos que en este aspecto sería válida la resolución por peritos arbitradores conforme lo prevé el Art. 491 del Código de Comercio. Las dificultades que se suscitan sobre la inteligencia de las cartas de crédito o de recomendación y de las obligaciones que ella comporta, serán siempre decididas por peritos arbitradores. Llamamos la atención que aquí no se trata del arbitraje voluntario,

sino de arbitadores con potestad jurisdiccional y el laudo allí pronunciado tendrá el imperium que la ley otorga³⁴.

Las comfort letters o cartas de patronazgo son garantías vinculantes para quien las otorga y si bien no constituyen una fianza ya que tienen un rango menor de compromiso, en caso de incumplimiento o alteración del estado material de cosas o derechos prometido generarán la obligación de resarcir el daño ocasionado, el mismo que será cuantificado a posteriori en caso particular, siendo preferentemente evaluable por peritos arbitadores.

¿ES LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE PERUANA UNA NORMA «DISMINUIDA»?

Hubo una Ley General del Ambiente original que luego de los cambios hechos durante su última etapa de discusión quedo convertida en una norma disminuida, porque importantes disposiciones que contenía fueron eliminadas o modificadas. Como mostraremos, esta afirmación es errada, y refleja el poco conocimiento sobre el proceso de elaboración de la Ley y los problemas reales que enfrenta hoy en día el Derecho Ambiental. Pero más allá de la incorrección de esta idea, es bueno estar alerta al mensaje que trae consigo, la necesidad de mejorar la regulación ambiental.

EL PROYECTO ORIGINAL DEL CONGRESO

La Ley General del Ambiente tiene como antecedente inmediato el Proyecto de Ley N° 11212/2004-CR «Anteproyecto de Ley de Reforma del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales», el cual fue presentado por la Congresista Fabiola Morales Castillo el 18 Ago 2004 recogiendo la propuesta elaborada por la Comisión de Reforma del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales que aquella presidió. Dicha comisión estuvo conformada por diversas instituciones del sector público, privado y de la sociedad civil, con la Secretaría Técnica del Consejo Nacional del Ambiente. A partir de esta norma, e integrando otros proyectos de Ley que se presentaron en el Congreso sobre materias vinculadas, este último aprueba el 17 May 2005 el Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N°s 11212/2004-CR, 3817/2002-CR, 4187/2002-CR, 7133/2002-CR, 7284/2002-CR, 8098/2003-CR, 8273/2003-CR, 8337/2003-CR, 8493/2003-CR, 8610/2003-CR, 9001/2003-CR, 9622/2003-CR, 9666/2003-CR, 10370/2003-CR, 10501/2003-CR, 10815/2003-CR, 10948/2003-CR, 11195/2004-CR y

³⁴ La idea la tomamos del trabajo del doctor STEMPELS, Hugo J., publicado en R.D.C.O., Año 103: Las tarjetas de crédito y la jurisdicción arbitral (Art. 491 del Co. de Co.).

11344/2004-CR, dictamen que aprobó el texto sustitutorio de dichas leyes bajo el nombre de «Ley General del Ambiente». Este proyecto constaba de 155 Artículos más 11 artículos en un Título Preliminar y 5 disposiciones transitorias, complementarias y finales. El 23 de junio el Pleno del Congreso aprobó por unanimidad este proyecto.

LOS CAMBIOS QUE SE PRODUJERON

El Poder Ejecutivo observó el proyecto y planteó 23 observaciones. El Congreso recibió las mismas y decidió allanarse respecto de 5 de ellas (referidas básicamente a temas formales de fácil corrección) e insistir en el resto del proyecto original. Es en este punto que se produce el debate público de mayor intensidad que finalmente se centró en cuatro observaciones del ejecutivo que no fueron aceptadas en el dictamen de insistencia del legislativo. Sólo respecto de estos cuatro puntos se produjeron cambios en la Ley aprobada el 13 Oct 2005 en el Congreso. Es decir, que de un total de 171 Artículos al final el debate se centraba en solo cuatro artículos. Así que desde un punto de vista puramente cuantitativo estamos hablando de cambios mínimos. Sin embargo pudo haber ocurrido que la importancia de estas disposiciones hubiera sido de tal magnitud que hubiera podido justificar la idea de «ley disminuida», por lo que es necesario analizar estas cuatro modificaciones, comparando los textos originales con los textos aprobados.

DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Texto Original:

«Cuando haya indicios razonables de riesgo de daño grave o irreversible a la salud o al ambiente, la falta de certeza científica absoluta no constituye razón suficiente para postergar la adopción de medidas destinadas a eliminar o reducir dicho riesgo, las que serán adoptadas bajo responsabilidad de la autoridad que la invoque o la aplique».

Texto Aprobado:

«Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente».

Comentario: El principio precautorio ya se encontraba reconocido por nuestra legislación antes de la vigencia de la Ley General del Ambiente. La discusión era sólo sobre la mejor formulación del principio. Lo primero que habría que decir que esta discusión era en gran medida intrascendente debido a que el principio precautorio, en tanto principio, debe ser interpretado en consideración de múltiples fuentes, incluyendo el derecho internacional ambiental, en donde hoy en día se le da incluso el estatus de

parte del derecho internacional consuetudinario. En realidad bastaba en gran medida con la simple formulación del principio. Por lo tanto, podemos concluir que en realidad no se produjo ni pérdida ni ganancia con el cambio.

DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Texto Original:

«En materias distintas a la penal, si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción u hecho atribuible a un agente, se presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. En estos casos el descargo corresponde al agente.»

Comentario: Este artículo no fue incluido en la Ley General del Ambiente.

¿Qué hubiera implicado su aprobación?

Pues tal como estaba redactado pudo haber llevado posiblemente a un proceso de inconstitucionalidad, que pudo haberse aceptado cuando menos en parte en lo que refiere a este artículo. Aunque el artículo propuesto era algo impreciso, las ideas centrales del mismo se podían resumir de la siguiente manera. Primero, el artículo se coloca en una situación en la cual se ha producido (se puede probar) un daño ambiental (es decir, un daño al ambiente. No hacía referencia el artículo a los daños a la salud o al patrimonio a través del ambiente. La distinción entre daño ambiental y daño a través del ambiente se desprende del Art. 142.2 de la Ley General del Ambiente).

En segundo lugar se afirma que dicho daño «pudo haber sido producido» por una acción u hecho atribuible al agente. Es decir, no sólo el daño está probado, sino que también la está la acción u hecho atribuible a dicho agente. El elemento que no hubiera quedado sujeto a prueba es la relación de causalidad entre la acción/hecho y el daño ambiental.

Sin embargo, un último elemento para completar la figura es el criterio (o criterios) por el cual se puede «suponer» que dicha acción fue la que generó el daño y por lo tanto habilita el trasladar «la carga de la prueba» del que alega el daño a quien es responsabilizado del mismo (el agente). Sin embargo estos criterios no fueron establecidos con claridad en el proyecto. Se mencionan dos supuestos.

- 1) Es por «los antecedentes del caso», lo cual es un criterio muy amplio e impreciso. Lo correcto hubiera sido referirse a la literatura científica, es decir, el supuesto en el cual el conocimiento científico demuestra que el tipo de acción/hecho tiende a generar el tipo de daño ambiental producido.

- 2) Es el de «responsabilidades legales atribuidas», es decir, que una norma legal definiría que clases de hechos/actos deben ser vinculados con ciertos daños ambientales. Más allá de estas precisiones, la inversión de la carga de la prueba resulta un mecanismo legítimo y útil para resolver problemas en los cuales es más fácil para el demandado asumir las tareas de probanza que para el demandante.

Sin embargo el problema de inconstitucionalidad pudo haber derivado del hecho de extender este mecanismo a los procesos administrativos (en tanto la propuesta original sólo se excluían los procesos penales). Efectivamente, es incorrecto extender la inversión de la carga de la prueba a procesos administrativos en los cuales es el propio Estado el que se beneficiaría, cuando en dicho supuesto no existiría la situación de asimetría que se alega como justificación para la aplicación del mecanismo. En este sentido, la presunción de inocencia no solo se utilizaría respecto de las sanciones penales, sino también respecto de sanciones administrativas.

Por lo tanto, aquí teníamos una norma que podría haber sido sometida a una acción de inconstitucionalidad, con problemas técnicos y que estaba referido solo respecto del «daño ambiental» con lo cual hubiera tenido efectos respecto de las acciones de responsabilidad civil por daño ambiental, y no sobre los daños originados «a través del ambiente».

DEL INFORME DE LA AUTORIDAD COMPETENTE SOBRE INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

Texto Original:

«Luego de formalizada la denuncia por los delitos tipificados en el Código Penal, la Autoridad Ambiental Nacional en coordinación con el sector u sectores correspondientes, emite dentro del plazo otorgado por el Fiscal, opinión fundamentada por escrito, respecto de la infracción de la normativa ambiental o alguna obligación contenida en los instrumentos de gestión ambiental previstos en la presente Ley, sobre la base de los resultados de las acciones de seguimiento y control, investigaciones y pericias que se hayan realizado por la autoridad competente hasta dicho momento.

El fiscal, juez o tribunal, según sea el caso, meritúa las opiniones emitidas».

Texto Aprobado:

«La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe será evacuado dentro de un

plazo no mayor a 30 días. Si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiere discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requerirá opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente.

El fiscal deberá merituar los informes de las autoridades sectoriales competentes o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso. Dichos informes deberán igualmente ser meritutados por el juez o el tribunal al momento de expedir resolución.

En los casos en que el inversionista dueño o titular de una actividad productiva contare con programas específicos de adecuación y manejo ambiental – PAMA, esté poniendo en marcha dichos programas o ejecutándolos, o cuente con estudio de impacto ambiental, sólo se podrá dar inicio a la acción penal por los delitos tipificados en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal si se hubiere infringido la legislación ambiental por no ejecución de las pautas contenidas en dichos programas o estudios según corresponda».

Comentario: La diferencia principal entre ambas normas era en principio el momento en que debía elaborarse el informe de la autoridad administrativa sobre la infracción de la legislación ambiental necesario por las características de normas penales en blanco de los tipos penales en materia ambiental. El informe previo parece más razonable, pues iniciar la acción sin contar con información clara sobre todos los componentes del tipo penal ambiental podría afectar derechos de los ciudadanos, más en un área de gran sensibilidad como lo es la imposición de sanciones penales. Sin embargo, la norma finalmente aprobada reprodujo además una disposición de la derogada Ley N° 26631, que confunde «infracción de la legislación ambiental» con los PAMA y los EIA que son sólo uno de los distintos instrumentos disponibles y que además no constituyen sino una pequeña parte de la legislación ambiental. Esta parte de la Ley General del Ambiente, el Art. 149.3, debería ser por lo tanto en el futuro derogada.

ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL Y LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES

Texto Original:

«En tanto no se establezcan en el país, Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso obligatorio los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en caso que por esta no fuera regulada entonces se recurrirá a cualquier otra entidad internacional especializada en temas ambientales».

Texto Aprobado:

«En tanto no se establezcan en el país, Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso referencial los establecidos por instituciones de Derecho Internacional Público, como los de la Organización Mundial de la Salud (OMS)».

Comentario: Finalmente, aquí toda la discusión era si era posible hacer vinculantes las normas que dicta la OMS cuando faltare la norma ambiental correspondiente. Creemos que no. Las normas de la OMS no están referidas, para iniciar, con LMP sino con ECA. Por lo tanto, y aquí viene el segundo elemento, los ECA son objetivos de política. De tal manera que igual hubiera sino necesario pasar a un proceso de adecuación que debería ser definido por otras normas, en especial aquellas que establecen obligaciones específicas a cargo de los particulares (como los propios LMP). Precisamente en este punto el Congreso emitió posteriormente una nueva Ley vinculada con la dación de LMP y ECA.

EL CAMINO QUE SIGUE

Como se puede observar, los cambios producidos en los cuatro artículos señalados (los únicos modificados contra el dictamen de insistencia del Congreso) no resultan significativos, o resultan justificados, en tanto tenían problemas de diseño. En todo caso, y esto es importante recalcarlo, la Ley General del Ambiente fue hecha sobre los avances de gestión alcanzados a dicha fecha. Quizás en otro momento podemos también enfrentar otro «mito», la supuesta «mutilación» del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, pero ahora podemos decir que la Ley General del Ambiente tal como se ha dictado es una norma claramente superior. Desde luego, la aplicación de sus disposiciones, y las mejoras que han quedado pendientes (la reforma de los tipos penales y una mejora en materia procesal civil para considerar los desafíos de la responsabilidad civil vinculados con el daño ambiental) requiere de esfuerzos sostenidos. No obstante debemos también ser conscientes de los factores políticos, económicos, sociales y culturales que generan incentivos y restricciones a estos procesos a fin de alentar los cambios y reformas con una visión estratégica.

6.- CONCLUSIONES

Este trabajo seguirá su proceso de elaboración y decantación, ya que de ninguna manera pretendemos afirmar que está todo dicho en materia ambiental. Sin embargo, podemos tímidamente esbozar las siguientes conclusiones:

- Tal como están dadas las condiciones en el plano comparado, hay motivo para preocuparse por aquél que proveyó crédito para la construcción de una planta

industrial o manufacturera, emisora de sustancias tóxicas ya que eventualmente tendrá que cargar con los enormes gastos que la limpieza y remoción del sitio puedan demandar.

En la legislación extranjera el acreedor será potencialmente considerado dueño u operador según el caso y el grado de participación en el control de la gestión del bien que causó la contaminación. Situación que no aparece tan cristalina en nuestro sistema legal pero que puede plantearse en un futuro.

Riesgos a tener en cuenta por el financista/prestamista como: la disminución del valor del bien garantizado por efecto de multas significativas o gastos de limpieza; consecuente disminución de la capacidad de devolución del préstamo por parte del deudor hallado responsable de contaminar; fracaso de la viabilidad del proyecto que se pretende financiar y superprivilegios en las quiebras; disminución de las ventas por no ser considerado suficientemente «verde» por los clientes, son sólo algunos de ellos.

Dentro de nuestro sistema legal la situación planteada en relación al:

* Dador del leasing.

* Al acreedor cedido en el acuerdo por cesión de bienes (Arts. 76/83 LC) que acepta el bien para su posterior venta o no, (Art. 79 LC) con los alcances pertinentes (Arts. 1434 y 1435 del Código Civil).

* Al acreedor hipotecario o prendario de primer grado que recibió el bien compensando su precio en subasta (Art. 205 LC).

A quien actuó como controlante de hecho de la sociedad, en los términos de los Arts. 31, 33 y particularmente el Art. 54 de la Ley de Sociedades, sea posiblemente campo propicio para endilgarle responsabilidad por incumplimiento en los términos de la Ley N° 24.051 o bien por los principios generales de responsabilidad contenidos en los Arts. 1068, 1069, 1081 y 1109, entre otros del Código Civil. Respecto de a quién o quiénes corresponde la legitimación para obrar en estos casos de responsabilidad principal o subsidiaria **MORELLO** y **STIGLIZ** proponen que el Ministerio Público y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas para la defensa de los intereses colectivos lleven adelante dichas acciones³⁵.

³⁵ MORELLO, Augusto M. y STIGLITS, Gabriel, Daño Ambiental y acceso a la Justicia, Protección del Medio Ambiente, Universidad Nacional de la Plata, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría Departamental de Investigación Científica, p. 71 /Feb 1992).

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Miguel Angel.** Catedrático de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mar del Plata, Artículo «Responsabilidad del Banquero por daño ambiental Tomo III, F. XV de Colegio de Abogados del Mar del Plata.
- ANNUAL SURVEY OF AMERICAN LAW**-New York University School of Law-1983 Vol. Issue 3, p. 602.
- ANNUAL SURVEY OF AMERICAN LAW**.New York University School of Law-1981 Vol., Issue 2 p. 391.
- MORELLO, Augusto M. y STIGLITS, Gabriel,** Daño Ambiental y acceso a la Justicia, Protección del Medio Ambiente, Universidad Nacional de la Plata, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría Departamental de Investigación Científica, p. 71 /Feb 1992).
- MORRIS Michael**-Environmental Law-Lender Liability (Freshfields Environment Group, London) - (1991) Butterworths JIBF L-16-Enero de 1991.
- NORTON, Joseph J.**, 2American Lender Liability; Common Law Statutes and Contors» p. 18- Queen Mary and Westfield College-University of London (Sección 503 a) b) del U.S. Bankruptcy Code).
- RON W., Clark y TEBAR LES, Cristina;** «Lenders» Concerns Under Spanish Environmental Law. Less indifference in Iberia (1991) 6 JIBFL 285.
- SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús,** Derecho de Daños, 5ª Edición, Talleres Gráficos Andrés Timaná, Franco SAC, Lima, Diciembre 2008.
- SHOREY, Helen** en el «Financial implications of Trends in EEC Environment Policy» (1990) 12JIBFL 556
- STEMPELS, Hugo J.**, publicado en R.D.C.O., Año 103: Las tarjetas de crédito y la jurisdicción arbitral (Art. 491 del Co. de Co.).
- TRIGO REPRESAS, Félix A.**, Comenta las conclusiones arribadas acerca de la responsabilidad civil de las entidades financieras en ocasión de las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza del 24 al 26 de agosto de 1983 (Argentina).
- VAUX, James,** lender Liability (City Briefs), (1990) 7 JIBFL-321.
- ZABALA RODRÍGUEZ, Carlos J.**, Código de Comercio Comentado, Ed. Depalma, Buenos Aires, Tomo II p. 334.