

Voces: ENTIDADES FINANCIERAS - FIDEICOMISO - LEASING - PRÉSTAMOS BANCARIOS - RESPONSABILIDAD AMBIENTAL - RECURSOS NATURALES

Título: Responsabilidad ambiental de las entidades financieras

Autor: Ferrero, Mariano O. - Minaverri, Clara M. - [Ver más Artículos del autor](#)

Fecha: 21-dic-2010

Cita: MJ-DOC-3492-AR | MJD3492

[Ver/Ocultar Documentos Relacionados](#)

Jurisprudencia relacionada:

- [Vela Dario Rene y otros c/ Massuh S.A y otros](#)

Legislación Relacionada:

- Ley 25.675 - Ley General del Ambiente (NA)
- [Ley 25.675 - Ley General del Ambiente \(NA \) \(Art. 1\)](#)
- [Ley 24.441. Financiación de la vivienda y la construcción. Fideicomiso. Leasing. \(Art. 14\)](#)

Sumario:

I. Introducción. II. El problema ante el otorgamiento de créditos. III. El problema ante la tenencia de la cosa. IV. El fideicomiso y el leasing. V. Legislación argentina. VI. Jurisprudencia reciente. VII. Las prácticas contractuales ¿son suficientes? VIII. Conclusiones.

Doctrina:

Por Mariano O. Ferrero (*) y Clara Minaverri (**)

I. INTRODUCCIÓN

Al pensar en los bancos y otras entidades reguladas por la Ley de Entidades Financieras 21.526 (la "LEF"), el primer sentido común no parece vincularlos inmediatamente con la cuestión ambiental. Seguimos pensando en una asociación mediata o remota, y la respuesta se oscurece.

Si bien, claro está, el negocio de un banco es bien distinto al de una constructora o una fábrica, que sin dudas tienen ubicada (o deberían tener) a la cuestión ambiental bien arriba en su lista de prioridades, tampoco podemos pensar en una entidad financiera como totalmente ajena al problema.

Vienen a la mente, y en eso no somos originales, algunas cuestiones como el financiamiento de un proyecto riesgoso o la posesión de un bien peligroso para cobrarse el crédito adeudado. Leyendo a algunos autores especializados en el tema (Dres. Peña Chacón y Alegría), encontramos otras situaciones de análisis, ya sea la venta del bien peligroso a terceros o el caso del fiduciario o dador en leasing.

Históricamente se pensaba en los bienes de la naturaleza como gratuitos, ilimitados y sin valor económico. O más bien, con valor económico cero, que luego del proceso de industrialización

pasaban a tener un valor económico para el empresario, que no había efectuado desembolso alguno para su extracción (piénsese en el agua, por ejemplo).

Ahora, con legislación más avanzada y una tendencia mundial en contrario, pero sobre todo con una nueva conciencia mayor en cuanto a que nuestras acciones no son inofensivas para el medioambiente, las entidades financieras también deben "poner la lupa" en el aspecto medioambiental de su negocio.

No estamos diciendo aquí que el prestador de recursos financieros tenga que ser un actor principal en el cuidado de los recursos naturales, ni que desde su óptica pongan la prioridad en ello por sobre el interés económico. Sin embargo, creemos que deben tener en cuenta el daño que le pueden llegar a provocar al ecosistema y, hasta cierto punto, considerar detener el negocio ante un daño grave que, eventualmente, si se los considera responsables terminaría siendo un mal negocio.

II. EL PROBLEMA ANTE EL OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS

En primer lugar, y un tema que trataremos con mayor detenimiento a lo largo del presente, es el del banco que presta dinero para un proyecto. ¿Qué responsabilidades en cuanto al daño al medio ambiente le cabrán? Y aún más importante, ¿cómo limita su responsabilidad?

III. EL PROBLEMA ANTE LA TENENCIA DE LA COSA

En innumerables situaciones, el acreedor financiero, al ejecutar su garantía, pasa a ser tenedor de la cosa. Son los bienes que se denominan en la jerga "adquiridos en defensa de los créditos". Ahora bien, dichos bienes, temporariamente en posesión del banco, pueden ocasionar un daño ambiental. ¿Qué hacemos con ellos?

IV. EL FIDEICOMISO Y EL LEASING

Un punto donde la ley hizo foco y puso algo de luz es en cuanto a la situación de los fiduciarios y de los dadores en leasing.

En la Ley 24.441 se determinó una excepción a la regla general de responsabilidad objetiva del artículo 1113 CCiv. Al respecto, su artículo 14 indica que la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del 1113 se limita al valor de la cosa fideicomitida, cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Por otra parte, el artículo 33 dispone que la responsabilidad objetiva del dador emergente del 1113 se limita al valor de la cosa dada en leasing, cuyo riesgo o vicio fuere la causa del daño si el dador o el tomador no hubieran podido razonablemente haberse asegurado y sin perjuicio de la responsabilidad del tomador.

V. LEGISLACIÓN ARGENTINA

En primer lugar debemos mencionar al art.41 de nuestra Constitución Nacional, que desde 1994 ha introducido la temática del medio ambiente en dicho ámbito, y cabe citar su primera parte siendo que resulta relevante para la cuestión analizada en el presente:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. [El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley]" [énfasis añadido].

Luego, la Ley General de Ambiente 25.675 es la norma "madre" en cuanto a la responsabilidad

estrictamente ambiental en el ámbito nacional.

En cuanto a su articulado, pertinente para el presente estudio encontramos que a partir del artículo 27 se establecen las normas acerca del daño ambiental. El artículo 28 establece la regla general:

"El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción".

Es importante aclarar que en la realidad muchas veces es técnicamente imposible volver a obtener la misma calidad en un determinado ecosistema o recurso natural, retrotrayéndose a antes de haberse cometido el daño ambiental. En estos casos lo que establece la ley es que el demandado deberá indemnizar al damnificado, de modo de poder compensarlo de alguna manera. Lo que ocurre muy frecuentemente es que los montos de los daños ambientales son muy difíciles de determinar, debido a que sus parámetros de medición no son exactos ni pueden considerarse siempre justos y equitativos en comparación a la importancia del gravamen provocado (más allá de contar con un seguro ambiental).

El artículo 29 establece las excepciones, para lo cual hay que acreditar haber tomado todas las medidas destinadas a evitar el daño, que no medie culpa concurrente del responsable, y que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder. Luego de ello existen normas sobre competencia, responsabilidad solidaria cuando en la comisión de un daño ambiental colectivo hayan participado dos o más personas y el no difícil e interesante tema de la legitimación.

Asimismo, también dentro del ámbito de la Constitución Nacional, contamos con una herramienta que nos brinda el artículo 43 en donde explícitamente se admite que se puede interponer una acción de amparo -siempre que no exista otro medio judicial más idóneo- en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente. Es importante destacar que la misma puede ser interpuesta por el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que persigan finalidades relacionadas con la protección del medio ambiente.

Por tal razón, existe una tendencia ascendente a que cada vez más existan esta clase de reclamos, dado que judicialmente se cuenta con más modalidades y facilidades para implementarlos.

Luego, tal como se desprende de la normativa citada, queda claro que cualquiera que genere un daño tiene la obligación de repararlo.

VI. JURISPRUDENCIA RECIENTE

El 6 de septiembre de 2010 el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, en los autos "Vela Darío René y otros c/ Massuh S.A. y otros s/ reparación o recomposición de daño ambiental" , dictó una medida cautelar novedosa en cuanto al asunto de la responsabilidad ambiental de un fiduciario.

Los antecedentes del caso y de la medida cautelar finalmente dictada se basan en un acuerdo firmado en el expediente por el Fideicomiso Financiero y la Administración Papelera Quilmes.

Básicamente, se ordenó la clausura preventiva de Massuh S.A. por tiempo indeterminado por contaminar el medio ambiente y, de esta manera, perjudicar en su salud y calidad de vida a los ciudadanos ubicados en la zona de Quilmes. Todo esto se logró determinar cuando se confirmó el vertido de efluentes a un arroyo cercano a la misma. Además el juez en la causa ordenó que se realizasen estudios epidemiológicos a las personas que vivían cerca de la papelera demandada, para

determinar si dicha contaminación ya había afectado su salud.

Es importante destacar que la papelera había llegado a un acuerdo con los vecinos de la zona, en donde se había comprometido a reducir los niveles de contaminación por efluentes, emanaciones gaseosas y contaminación sonora, el cual antes de dictarse la medida la empresa desconoció totalmente. El fiduciario, como liquidador judicial, terminó siendo intimado a depositar una suma importante de dinero, presupuestada provisionalmente para cubrir el costo de obligaciones asumidas.

Finalmente el magistrado estableció que esta medida cautelar regiría hasta que no se cumpliera con la totalidad de las leyes ambientales vigentes y hasta que no se obtuvieran los permisos de efluentes correspondientes.

VII. LAS PRÁCTICAS CONTRACTUALES ¿SON SUFICIENTES?

Una de las cuestiones más interesantes del tema que nos ocupa es el papel que tienen las "Green Clauses" dentro de los contratos de préstamo.

Las "Green Clauses" son aquellas cláusulas que se incluyen en los textos de los contratos de préstamo, por medio de las cuales se condiciona el desembolso del préstamo al cumplimiento de determinadas obligaciones por parte del prestatario o que regulan la vida del préstamo a la luz de la protección medioambiental. Estas ya son consideradas cláusulas habituales y se observan frecuentemente en cualquier contrato para efectuar determinado proyecto, obra o construcción que pueda generar algún daño ambiental.

Dentro de ellas podemos notar desde la obligación general de cumplir todas las leyes ambientales por parte del prestatario o subsidiarias de este que se vean beneficiadas con el dinero del préstamo, como así también obligaciones más específicas, ya sea la realización previa de un estudio de impacto ambiental, la contratación de seguros, el seguimiento del proyecto por expertos que vayan dictaminando acerca de los peligros de la obra, entre otros.

Ahora bien, ¿son suficientes estas cláusulas para liberar de responsabilidad a la entidad financiera prestamista? Por supuesto que ello dependerá de cada caso, como así también de la prudencia que haya tenido cada entidad en el momento del otorgamiento del préstamo.

Sobre este punto discurrió mucha doctrina, de la que destacamos la posición del Dr. Alegría, quien sostiene que

"no vemos fundamento jurídico válido, en derecho argentino vigente, para descubrir responsabilidad del financiador (externo, no dependiente ni vinculado), por los daños ambientales producidos por el tomador de crédito. Esta conclusión se aplica, a nuestro criterio, tanto para el caso de que el tomador use los fondos con el destino previsto, como cuando les otorga otro uso" (1).

Coincidimos con la postura del Dr. Alegría, pero creemos que habría que hacer una salvedad en el caso de que el prestatario haya dispuesto de los fondos para un destino distinto del autorizado en el contrato. Supongamos que se prueba que el financiador supo que se estaba haciendo uso del dinero de un modo diferente al pactado, y no hizo nada para remediarlo (por ejemplo, declarar la caducidad de los plazos o intimar a brindar las explicaciones pertinentes y el cese inmediato del uso no pactado de los fondos): ¿sigue siendo válida la no-responsabilidad? ¿No debe el banco fiscalizar el uso de los fondos o que los seguros pactados en el contrato de préstamo efectivamente se contraten?

Desde nuestra óptica, el banco no puede ejercer de "policía ambiental" (2), ya que esta tarea se

encuentra estrictamente dedicada al Estado (Nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otros) a través de su permanente fiscalización.

Ello, sin embargo, no obsta a que pueda y deba ejercer sus obligaciones bajo el contrato de préstamo, que no se limitan pura y exclusivamente a efectuar el desembolso sino que también, y por lo delicado de la cuestión medioambiental, lo obligan a un seguimiento adecuado de la misma.

Para que el banco no tenga responsabilidad por daño ambiental del proyecto producido con fondos de un préstamo por él otorgado, deben analizarse adecuadamente: 1) las cláusulas del contrato y 2) el correcto seguimiento de dichas cláusulas.

Creemos que la entidad financiera no debe preocuparse solo por establecer claramente las cláusulas protectoras adecuadas sino que también debe ocuparse de realizar un seguimiento respecto del cumplimiento de las mismas por parte del prestatario.

VIII. CONCLUSIONES

En nuestro país queda mucha tela por cortar en cuanto al tema que nos ocupa.

Sin embargo, es importante que las entidades financieras (al igual que cualquier persona física o jurídica), tengan en consideración dentro de su actividad comercial habitual a la normativa ambiental, de la misma manera que toman en cuenta la correspondiente a otras ramas del derecho, y evitar futuros reclamos.

La tendencia mundial nos indica que la cuestión medioambiental no puede ser dejada de lado en ningún área, y que además como país somos parte de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional que nos comprometen con dicha temática.

Por lo tanto, esperamos que la jurisprudencia venidera establezca pautas concretas y razonables a los fines de continuar con el desarrollo de proyectos de todo tipo en armonía con el medio ambiente, y para que las entidades bancarias como todos los actores sociales posean guías y pautas claras a seguir.

(1) Alegría, Héctor; "Economía, medio ambiente y mundo financiero", Lexis N° 1010/004228, LexisNexis-Abeledo Perrot, 1997, página 8.

(2) Ib.

(*) Abogado, Facultad de Derecho, UCA. Abogado en el Estudio Marval, O'Farrell & Mairal en el área de Derecho Bancario y Financiero.

(**) Abogada, Facultad de Derecho, UBA. Magíster en Derecho Ambiental, Universidad Complutense de Madrid. Doctoranda en Derecho Ambiental Internacional, Facultad de Derecho, UBA (cursada completa). Ha realizado nueve posgrados sobre asuntos ambientales en el extranjero (España, Hungría, Japón, Noruega, Corea). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Ambiental y de Derecho Ambiental Internacional, Universidad Nacional de Luján. Docente de posgrado. Investigadora tesista, Facultad de Derecho, UBA. Integrante de tres proyectos UBACYT. Integrante del proyecto "Territorios vulnerables. Retos ambientales de los fenómenos contingentes para el desarrollo local sostenible", Universidad Nacional de Luján. Integrante del Programa de Incentivos del Ministerio de Cultura y Educación, Secretaría de Políticas Universitarias, Secretaría de Ciencia

y Tecnología (en evaluación). Integrante de la Red Latinoamericana de Derecho Forestal-Ambiental, Unidad IUFRO 6.13.01. Becaria -Fundación Complutense de Madrid, United Nations Institute for Training and Research, CYTED, UNDP, INWENT, PNUD, Marie Curie Training Network, Universidad de Oslo, Noruega, IUFRO-. Evaluadora del Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CYTED). Ponente en congresos y seminarios en el país y en el extranjero. Consultora jurídica en el área ambiental. Colaboradora en libros y publicaciones especializadas.