

La obligación de remediar

Por el Dr. Gabriel R. Machiavello, del Estudio Allende & Brea

La Responsabilidad por Daños Ambientales se puede abordar desde cuatro puntos de vista: la Responsabilidad Administrativa, la Responsabilidad Civil, la Responsabilidad Penal y la Responsabilidad Ambiental. En una operación comercial –por ejemplo, de compraventa de una empresa o de un predio– ¿cómo evitar heredar responsabilidades ambientales desconocidas o no suficientemente evaluadas a fin de no alterar la racionalidad del negocio comercial? La nota que sigue es una adaptación de la exposición que el autor dio en el panel "Hidrocarburos y medio ambiente: marco regulatorio" que tuvo lugar en las 4tas. Jornadas de Preservación de Agua, Aire y Suelo en la Industria del Petróleo y del Gas que se realizaron en Salta en el pasado mes de octubre.

La Responsabilidad por Daños Ambientales se puede abordar desde cuatro puntos de vista: la Responsabilidad Administrativa, la Responsabilidad Civil, la Responsabilidad Penal y la Responsabilidad Ambiental que surge del artículo 41 de la Constitución Nacional.

La **Responsabilidad Administrativa** normalmente surge como consecuencia de infracciones a normas administrativas, entre las que se encuentran incluidas las normas ambientales. Este tipo de normas (la Ley de Residuos Peligrosos, por ejemplo) tienen un capítulo de sanciones de carácter administrativo utilizadas en general por la autoridad de aplicación y que incluyen apercibimientos, multas, clausuras (temporal, parcial, total).

La **Responsabilidad Civil** aparece cuando hay un daño. Nuestro ordenamiento jurídico prevé una responsabilidad objetiva en el artículo 1113 del Código Civil. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa de quien produce el daño, basta establecer una relación causal entre el daño y el autor del mismo. El dueño o guardián de la cosa puede eximirse de esa responsabilidad acreditando la culpa de un tercero por quien no responde o la culpa de la víctima.

Este tipo de responsabilidad está diseñado con el fin de hacer responsable al dueño o guardián de las cosas riesgosas y ha sido aplicado a cuestiones de naturaleza ambiental, por ejemplo, en el conocido caso "Opalinas Hurlingham" (Cámara Nac. Civil, Sala I, junio 30-1994), en el cual se incluyó dentro de la calificación de cosa riesgosa al riesgo industrial con todos los aspectos ambientales.

Otro artículo que encontramos en el Código Civil, no muy utilizado en esta materia, es el artículo 2618 que se refiere a molestias entre vecinos generadas por humo, calor, olor, ruidos, vibraciones o daños similares producidos por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos. En general, los Jueces en materia civil sólo ordenan una indemnización de los daños que se han causado, aun cuando

sonables de los daños causados con los residuos aun cuando los haya transferido o abandonado. Esta situación cambia el concepto del Código Civil en el cual uno abandona una cosa o la transfiere y cesa automáticamente su responsabilidad. En materia de residuos peligrosos la responsabilidad continúa y es lo que se denomina la "responsabilidad de la cuna a la tumba". El propietario o guardián del residuo para eximirse de responsabilidad debe acreditar, además de la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder, que la acción no pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado. Este es un tema delicado para las empresas porque implica que deben tener un cierto control cuando transfieren sus residuos para su tratamiento o disposición final.

La Ley de Residuos Peligrosos establece que la responsabilidad del generador no desaparece por la transformación o el tratamiento, salvo que pueda probar que el residuo adquirió mayor peligrosidad por un tratamiento defectuoso realizado en una planta de tratamiento o disposición final.

En cuanto a la **Responsabilidad Penal**, el Código Penal, básicamente, no contiene delitos ecológicos. La primera jurisprudencia que aparece (antes de la sanción de la Ley de Residuos Peligrosos) es sobre la base del artículo 200 del Código Penal que establece que constituye delito "envenenar o adulterar de un modo peligroso para la salud aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas a uso público o el consumo". Por ejemplo, todos los casos que se investigaron en la Cámara Federal de San Martín por la contaminación del Río Reconquista se basaron en esa figura delictiva.

La Ley de Residuos Peligrosos incluye delitos cuya figura principal es envenenar, adulterar o contaminar con residuos peligrosos de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. El concepto es muy amplio e introduce la figura de peligro. No se necesita que el daño se produzca sino que basta que exista el peligro de producirse un daño a la salud o al medio ambiente.

Otra figura novedosa que introduce la Ley de Residuos Peligrosos es la responsabilidad de los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, mandatarios y representantes que hayan intervenido en el hecho punible. Obviamente, la jurisprudencia ha ido morigerando este concepto tan amplio. En general, se ha dicho que la responsabilidad debe ser individualizada, es decir, aquel que tiene responsabilidad vinculada a la toma de decisiones orientada a mejorar o evitar la acción contaminante de la empresa. Es decir, tiene que existir una relación

directa entre el autor y el hecho punible. En este sentido, a un presidente de una sociedad anónima que en realidad no está en la operación, no se le puede –en principio– imputar responsabilidad dado que no tiene una relación directa con la acción contaminante.

La **Responsabilidad típicamente ambiental** se incorpora en la Constitución Nacional en su última reforma del año 1994. El nuevo artículo 41 establece que el daño ambiental genera en forma prioritaria la obligación de recomponer. El término "recomponer" que ha generado muchas discusiones significa restaurar, remediar, volver las cosas al estado anterior. Aunque la Constitución manda sancionar una Ley que reglamente el daño ambiental, el Congreso aún está en mora en esta materia.

Actualmente, existe un proyecto de ley del Senador Antonio Cafiero que si bien no trata en forma directa el tema de daño ambiental habla de acciones de recomposición ambiental. Estas acciones se las entiende como la recomposición del ambiente al estado anterior del daño comprobado siempre que ello sea posible o la realización de medidas equivalentes que permitan el saneamiento o restauración dando prioridad a la situación del área afectada. A su vez, este proyecto establece que la acción ambiental y la acción civil emanadas del daño ambiental prescriben en el plazo de cinco años, contados desde la manifestación del daño.

En cuanto al daño ambiental, ¿qué ha sucedido en nuestros tribunales? En un principio, el concepto y alcance del daño ambiental ha generado mucha incertidumbre. En algunos casos el daño ambiental es enfocado como un daño personal, mientras que en otros se lo entiende como un daño colectivo, diferenciado del concepto de daño civil. El artículo 41 establece que todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado. Así, cuando en un caso se demuestra que hubo una afectación ambiental, el Juez puede entender que el hecho de disminuir la capacidad de ese individuo de tener un ambiente sano y equilibrado genera una indemnización independiente del daño a la salud, el daño moral u otros daños personales.

Esta situación se describe muy bien en el caso "Maceroni c/ Fabricaciones Militares" (Cámara Federal de La Plata, septiembre de 1996) donde un grupo de vecinos de la fábrica de ácido sulfúrico de Fabricaciones Militares, de la localidad de Berisso, provincia de Buenos Aires, interpuso una acción civil por contaminación ambiental. La demandada fue condenada a indemnizar el daño ambiental, además de los daños a la sa-



Gabriel R. Machiavello

también tienen facultades de establecer el cese de un daño que se está causando.

Por otra parte, la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos establece responsabilidades de carácter civil mucho más estrictas que las del Código Civil. Así, el generador de residuos peligrosos es res-

lud y a la propiedad. La Cámara de Apelaciones entendió el daño ambiental como la privación del goce a un ambiente sano y equilibrado conforme lo establece la Constitución Nacional.

En relación a la obligación de remediar existen pocos casos en que un Juez haya condenado a una empresa a llevar a cabo acciones de remediación. Hay uno que es el caso "Subterráneos de Buenos Aires c/ Propietario de Estación de Servicio Shell" (Cámara Civil de Capital Federal, Sala H, octubre de 1999) donde la empresa Subterráneos de Buenos Aires solicitó el cese de la contaminación y la reparación de los daños y perjuicios con motivo de filtraciones y emanaciones de gases en la Estación Independencia de la Línea C de Subterráneos, las que fueron atribuibles a la demandada. Este es el primer caso que se conoce en que un Tribunal reconoce que, independientemente de que haya o no indemnización por un daño, se obliga a la empresa a recomponer un problema de contaminación y en ese caso se condenó a adoptar las medidas necesarias para eliminar en aguas subterráneas y suelos hidrocarburos existentes. Así, vemos como la jurisprudencia empieza a entender que la obligación de remediación es un concepto distinto al del daño civil y de la reparación personal.

Otro de los temas importantes es la prescripción. ¿Hasta cuándo una empresa es responsable por un daño ambiental? En algunos casos, la jurisprudencia dijo que es imprescriptible, no importando cuándo se generó si es que se trata de un daño ambiental que continúa teniendo efectos. Obviamente, la responsabilidad retroactiva es un tema muy debatido en la jurisprudencia americana aunque es un concepto nuevo que no ha sido muy abordado por la jurisprudencia argentina.

En el caso "Almada c/ Copetrol s/ daños y perjuicios" (Cámara de Apelaciones de La Plata, Sala III, febrero de 1995) se dijo que la prescripción en estos casos opera a los dos años por el artículo 4037 del Código Civil, debiendo contarse a partir del momento en que los actores toman conocimiento fehaciente del origen del daño y del responsable del mismo.

Límites de remediación

A esta altura surge la pregunta de cómo y hasta qué límite se debe remediar una contaminación detectada. Este tema genera todavía bastante incertidumbre en el sector industrial dado que no existen reglamentaciones que establezcan guías y procedimientos para actividades de remediación de suelos y agua subterráneas, ni una definición de "clean up". Solamente encontramos algunos valores guías dados por el Decreto 831/93, que es reglamentario de la Ley de Residuos Peligrosos. Pero solamente son valores guías y no límites de remediación.

En la provincia de Buenos Aires es donde más se ha avanzado al respecto. En este sentido, la Secretaría de Política Ambiental de la provincia de Buenos Aires sugiere la utilización de estándares que fijan normas internacionales.

En general, la tendencia es utilizar los límites que surgen de la *Soil Remediation Intervention Values* establecidas en 1994 por el Ministerio de Medio Ambiente de Holanda porque son los más claros y los más aceptados en Europa.

En Estados Unidos, como es un país federal, cada estado tiene sus propios límites que no siempre coinciden con lo que establece la Agencia de Protección del Medio Ambiente Federal.

Los valores holandeses establecen en general tres criterios:

1. Valores que indican calidad para el suelo limpio (adecuado para todo tipo de uso).
2. Valores de intervención (remediación de suelos), que indican el nivel de calidad de suelo por encima de los cuales existe un riesgo para la salud humana y el ecosistema.
3. Valores que resultan del promedio entre la calidad de suelo y los de intervención, que indican una cierta pero no severa contaminación. Si estos valores resultan excedidos una investigación posterior es recomendada.

Además del concepto general del artículo 41 de la Constitución Nacional, en relación a la obligación de remediar, existen en la Argentina, por ejemplo, la Resolución 404/94 de la Secretaría de Energía que aprueba las "Normas técnicas para control de pérdidas y contaminación en sistemas de almacenamiento de hidrocarburos". Estas normas establecen obligaciones de remediar en casos de pérdidas o derrames, diferenciando medidas a corto y a largo plazo. En cuanto a estas últimas dispone que, detectada la pérdida o derrame, debe elevarse a la Subsecretaría de Combustible un Plan de Acción Correctivo, indicando el método de remediación y el plazo previsto para ello.

Implicancias de la contaminación en las operaciones comerciales

¿Cómo evitar heredar responsabilidades ambientales desconocidas o no suficientemente evaluadas a fin de no alterar la racionalidad de un negocio comercial?

Obviamente, para abordar esta problemática una empresa debe hacer una investigación, es decir, conocer cuál es el pasivo ambiental que va a adquirir en la compraventa, ya sea de una empresa o de un inmueble. Normalmente esto implica que el comprador lleve a cabo lo que se denomina una *Due Diligence* o auditoría ambiental, que permite identificar pasivos ambientales y evaluar futuros costos para implementar medidas correctivas.

Por un lado, se puede llevar a cabo una auditoría ambiental técnica, la que en general se desarrolla en dos fases:

Fase 1: consiste en analizar la situación ambiental de la empresa o inmueble identificando cualquier signo obvio de contaminación.

Fase 2: consiste en una investigación más detallada de los problemas detectados en la Fase 1, incluyendo, según el caso, muestras de suelo, agua subterránea, emisiones gaseosas, etc. a los efectos de determinar el grado del problema. Si se confirma la existencia de contaminación, se cuantifica el costo de la remediación.

Por otro lado, se puede llevar a cabo una auditoría legal, la que tiene por finalidad establecer el grado de cumplimiento de la empresa con relación a la normativa ambiental vigente (revisión de permisos, certificados, expedientes administrativos, etc.) y determinar las responsabilidades emergentes de los pasivos ambientales.

Cláusulas ambientales en los contratos de compraventa

Una vez que se han detectado los pasivos ambientales de la empresa o inmueble que se quiere adquirir, se deberá plasmar en el contrato de compraventa el deslinde de las responsabilidades ambientales emergentes. Las cláusulas am-

bientales podrán variar según el caso, dependiendo de si se han detectado o no contingencias ambientales en la investigación previa.

En el caso de que no se hayan detectado contingencias ambientales, debe establecerse a partir de qué momento las responsabilidades ambientales quedan deslindadas. Normalmente, el deslinde en los contratos comienza a partir del "closing" o "take over", es decir, cuando la compradora toma posesión de la empresa o inmueble que adquiere. La responsabilidad por el pasado pertenece a la empresa vendedora y lo que viene a partir de ese momento, al nuevo propietario.

Existen varios mecanismos que acompañan la implementación del deslinde de la responsabilidad ambiental. Como, por ejemplo, declaraciones y garantías donde el vendedor declara y garantiza que a la fecha de cierre o de la posesión ha cumplido con la legislación vigente. Necesariamente, también se deberá incluir cláusulas de indemnización. Así, se establece que si se detecta en el futuro un problema o hay un reclamo de un tercero o de una autoridad por problemas de contaminación del pasado, el vendedor asume esa responsabilidad. Es decir, tiene que mantener indemne al comprador. En algunos casos se establecen también cláusulas de seguridad que son depósitos en garantía o fondos de reserva para asegurar estas obligaciones de indemnización.

Cuando se han detectado contingencias ambientales, las cláusulas, obviamente, son mucho más complejas. También existen declaraciones y garantías, las que se estipulan con ciertas exclusiones, que en general se basan en cuestiones que se han detectado en la investigación previa. El vendedor no indemnizará al comprador en las materias que hayan sido expresamente excluidas en las declaraciones y garantías. Muchas veces puede haber una reducción del precio, lo que es una salida muy razonable cuando el comprador asume el costo del pasivo ambiental.

En caso de que el vendedor se haga cargo de las acciones de remediación, el comprador pretenderá incluir una cláusula de compromiso y ejecución por medio de la cual se establece qué tipo de trabajos deberá llevar a cabo el vendedor, límites de remediación y plazos, antes de entregarle la propiedad.

Con respecto a la cláusula de indemnización, a la que se hizo referencia anteriormente, hay muchas variantes o factores a negociar:

(i) Se puede limitar en el tiempo, es decir negociar hasta cuándo el vendedor va a ser responsable por los reclamos de terceros vinculados a acciones pasadas.

(ii) Asimismo, el comprador pretenderá que el vendedor responda por todos los gastos derivados de incumplimientos de normas ambientales, mientras que el vendedor pretenderá limitar su responsabilidad a un monto máximo.

(iii) En cuanto al cambio de leyes, el vendedor intentará limitar su responsabilidad al cumplimiento de las normas vigentes al tiempo de la firma del contrato. En este sentido, el vendedor buscará evitar responder por obligaciones emergentes de una ley retroactiva.

(iv) Por último, pueden existir en determinadas ocasiones efectos indirectos por la contaminación producida por actos de terceros. En estos casos, el vendedor intentará limitar su responsabilidad a los daños ambientales resultantes de sus propias acciones o bienes y eximirse de responsabilidad por los efectos indirectos.