

# CRÉDITOS EXTRACONTRACTUALES O CRÉDITOS INVOLUNTARIOS

## ¿Reconocimiento especial o tratamiento general?

### Un ejemplo “el problema del daño ambiental ante la insolvencia”<sup>1</sup>

Dr. Juan A. Anich<sup>2</sup>

#### **1.- CONSIDERACIONES GENERALES**

Cuando Ángel Rojo pronunció su conferencia en Rosario, con motivo de IV Congreso Argentino de Derecho Concursal, en el año 2006, e introdujo el tema de los créditos voluntarios, indudablemente dejó entre todos los asistentes, la inquietud de que algunos cambios se avecinaban respecto del modo en que los procesos de insolvencia deberían distribuir los riesgos, entre los distintos participantes. Y además expuso ideas sobre el surgimiento de una categoría que denominó “involuntarios”, que vendrían a instalar en la comunidad académica, una nueva perspectiva respecto del modo de participación de los acreedores en el conflicto concursal.

Mas allá de la erudición del expositor, por todos conocida, tal vez lo más interesante de su postura era que modificaba el modo de analizar la incorporación y la participación de los acreedores al proceso de insolvencia.

El derecho concursal ha ido evolucionando históricamente desde la persona del deudor hacia los acreedores y ello, se debe, a que todo el sistema de responsabilidad patrimonial conflictual, ya sea mediante un proceso individual o universal, centra su análisis, al efecto de la “imputación” de responsabilidad, desde el sujeto como protagonista del acto y a partir de allí proyecta sus efectos. Es

---

<sup>1</sup> Colaboraron en el presente trabajo los Doctores, Sheila Böhm, Abogada (UBA) LLM (Harvard Law School) y el Dr. Martín Prieto, Abogado (UBA), abogados asociados de Allende & Brea abogados.

<sup>2</sup> Abogado (UBA), Master en Economía y Administración de Empresas (ESEADE); profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) entre otros centros académicos. Socio de Allende & Brea abogados.

decir, que el “sujeto actuante” es el actor, a partir del cual se proyecta el sistema de responsabilidad, porque solo así es factible imputar los distintos grados de responsabilidad al mismo.

La irrupción del concepto de crédito “voluntario” o “involuntario” modifica la visión, porque traslada el objeto de análisis desde la postura del sujeto que “soporta” el acto perjudicial, a los efectos de considerar su participación en el conflicto y toma en consideración si el sujeto tenía intención de mantener una relación contractual o no con el originante del mismo .

Su grado de relación contractual voluntaria con el deudor, se convierte en determinante a los fines de asignar su grado de vinculación con el proceso.

La doctrina, a grandes rasgos, diferencia el crédito voluntario del involuntario, tomando en consideración que el primero es un sujeto que al contratar con el deudor insolvente había “asumido como riesgo –en cuanto posibilidad- el incumplimiento”; en cambio en el caso del segundo, él no quiso ni tuvo la menor intención de contratar con el deudor. Él soporta un “daño” – que en este trabajo voy a denominar algunas veces como “costo”- que le imponen contra su voluntad.

Pienso que todos estamos de acuerdo, en que ésta es una clasificación académica y no real, es decir, que no surge de un real sentimiento del acreedor. Tal es así, que permítanme efectuarles la siguiente pregunta, ¿piensan ustedes que el acreedor voluntario tenía “asumido un riesgo de incumplimiento”?..., ¿Cuándo nosotros aceptamos trabajar profesionalmente, asumimos como riesgo que no nos van a pagar?...

El tema es sumamente complejo porque incorpora un cierto subjetivismo riesgoso, en su ponderación. Pienso que no existen acreedores voluntarios de un proceso de insolvencia. Nunca he tenido el privilegio de conocer a una persona que festeje ser acreedor de un concursado.

Sin embargo, la reflexión válida que surge académicamente es que él quiso contratar, por el motivo que sea, y como tal, la expectativa de incumplir formaba parte de la ecuación del negocio. En cambio, el acreedor involuntario nunca tuvo como expectativa el contratar y ahora se ve involucrado en una situación de conflicto, no por voluntad propia, sino forzadamente.

Indudablemente podríamos sintetizar que el problema es más de “expectativas”. En un caso, ellas existen y, en el otro, son totalmente impensadas.

Esta visión, que el distinguido profesor español, orienta a partir del derecho norteamericano, me llevo a analizar el por qué de esta visión, que en cierta medida implica un cambio de análisis del conflicto.

Es interesante destacar que, en general, casi todos los trabajos que se han desarrollado sobre el particular se vinculan con estudios realizados en los Estados Unidos desde la escuela del Análisis Económico del Derecho. Es decir, que el enfoque a partir del cual surgen esta serie de análisis se encuentran fuertemente impregnados de esta metodología de análisis de las instituciones jurídicas con herramientas económicas.

A medida que uno se adentra en el tema, lo primero que se advierte, es que lo que nosotros denominados “riesgo de incumplimiento” y que en esta exposición denomino “expectativa de incumplimiento”, se origina en que en el derecho comparado estadounidense la problemática del “incumplimiento contractual” difiere totalmente del sistema del derecho civil en el que participamos nosotros.

No pretendo hacer aquí un juicio valorativo respecto de cual es mejor sino solo describir el sistema, porque la diferencia sustancial es que el derecho norteamericano incorpora como una posibilidad normal en la vida de los negocios el incumplimiento, lo que no ocurre en nuestro sistema.

El distinguido juez Oliver Wendell Holmes, Jr. dice:

*“El objetivo de la ley no es obligar el cumplimiento de los contratos, sino solo requerir que cada una de las partes escoja entre el cumplimiento de acuerdo con el contrato y la compensación a la otra parte por los perjuicios resultantes del incumplimiento...La obligación de cumplir un contrato en el derecho común significa un pronóstico de que usted deberá pagar daños si no lo cumple... y nada mas.”<sup>3</sup>*

Por su parte Richard Posner, expresa:

*“...la mayoría de los incumplimientos de contrato son...voluntarios pero eficientes (lo que desde un punto de vista económico es el mismo caso de un incumplimiento involuntario)...”<sup>4</sup>*

Es preciso destacar que esta posibilidad contractual del derecho norteamericano deviene de costumbres y prácticas propias del sistema evolutivo de los precedentes jurisprudenciales; por ello, más que una norma expresa que lo establezca, ésta es toda una modalidad contractual aceptada y recepcionada por los Tribunales. En la actualidad, la norma jurídica que respalda esta posibilidad está en el Artículo 2 de la UCC<sup>5</sup> en la sección 2-703<sup>6</sup> (cuando la parte damnificada es el vendedor) y en la sección 2-711<sup>7</sup> (cuando la parte damnificada es el comprador).

Así podríamos afirmar que la aceptación del concepto de un riesgo contractual por incumplimiento –en cuanto a ponderación económica- es más

---

<sup>3</sup> Ver HOLMES, Jr. Oliver W., The Path of The Law, 10 Harvard Law Review 457 (1897); citado por POSNER, Richard, Análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pag. 116.

<sup>4</sup> Ver, POSNER, Richard, ob.cit. pag. 116

<sup>5</sup> El ámbito de aplicación de este Artículo 2 de la UCC está especificado en la sección 2-102 (entre otras cosas establece que, salvo que el contexto requiera o indique lo contrario, ese Artículo solo es aplicable a transacciones con mercaderías).

<sup>6</sup> Ver, sobre la evolución y redacción del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica el estudio de GARRIDO, José María en Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos, Texto Oficial, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 35 a 75. BURTON, Steven J and EISENBERG, Melvin A. CONTRACT LAW: Selected Source Materials, Thomson West, 2005, pag. 91

<sup>7</sup> Ver nota 6

propio del derecho de los Estados Unidos de Norteamérica y que la postura por la cual el “actor voluntario tenía la expectativa del incumplimiento” responde a una visión donde el derecho reconoce una cierta posibilidad de incumplir en la medida en que ello sea ventajosa para todas las partes, es por ello que los Tribunales tratarán de lograr en las sentencias que el incumplimiento sea “eficiente”<sup>8</sup>. Situación bastante disímil en nuestro sistema jurídico, por la posibilidad de ejecutar forzosamente la obligación.

En realidad, nuestro sistema se sustenta en que el “incumplimiento” es una anomalía y no una posibilidad, pues de lo contrario, como dicen los economistas, ese riesgo se convertiría en un “componente del precio” del contrato y ello no es así en la teoría económica. En cambio, en el derecho norteamericano esa expectativa es posible de ser cuantificada.

Desde el Análisis Económico del Derecho<sup>9</sup> se ha incursionado desde hace tiempo en el estudio de los créditos extracontractuales y su problemática, principalmente como consecuencia de un artículo de Henry Hansmann y Reinier Kraakman<sup>10</sup> en el que se analiza desde una perspectiva diferente, el problema de no modificar los sistemas de la responsabilidad de las sociedades comerciales con responsabilidad limitada en supuestos de responsabilidad extracontractual.

Si se pudiese sintetizar el análisis, el problema planteado consiste en que sinceramente se advierte que el gran problema de los créditos de naturaleza extracontractual, es que resultan de muy difícil ponderación anticipada y en general de no determinación en el tiempo. Ello produce en la estructura operativa de las sociedades, que el crédito vinculado a las relaciones contractuales en

---

<sup>8</sup> Ver autos PATTON v. MID-CONTINENT SYSTEMS, INC. 841 F.2d 742 (7<sup>th</sup> Cir. 1988) Judge Richard Posner, citado en HAMILTON, Robert W., SCOTT RAU, Alan and WEINTRAUB, Russell J., CONTRACTS, West Group, Second Edition, pg. 71.

<sup>9</sup> Ver BULLARD GONZALEZ, Alfredo, Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales, Palestra, Lima, 2006, pag. 826/7 y 841 al 845; COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México 1998, pags. 367 a la 472; POSNER, Richard, ob. cit. 156 a 202.

<sup>10</sup> Ver Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, Yale Law Journal, Vol: 100, pags. 19879 al 19934.

general sea analizado de antemano por todas las partes –deudor y acreedor- y ello genera en la relación, que esa valoración se vincule con el precio a pagar, plazos, garantías, etc. Esta situación no se da nunca en las relaciones extracontractuales, las que en general aparecen como situaciones puntuales y específicas y no repetitivas, por lo que ninguna de las partes pudo ponderar anticipadamente este riesgo y sus efectos.

El problema que se presenta es que cuando se ingresa en situaciones de conflicto, como la insolvencia, lo que resulta es que, en general, el acreedor contractual ya había tomado medidas ante la posibilidad de conflicto, que nunca había tomado el extracontractual. Con un agravante más. El acreedor contractual habitualmente hace que su relación se vincule con “la continuación de la actividad de la firma” y esto no es así para el acreedor extracontractual, por lo que la necesidad de uno respecto del otro, produce que el deudor insolvente tenga más interés en proteger al acreedor contractual que al extracontractual, convirtiéndose este en una carga.

De la combinación de ambas circunstancias es donde se aprecia el elevado costo que soportan este tipo de acreedores en los procesos de reestructuración. Si al respecto de ellos, la ley previese un privilegio o un distinto modo de pago de estos créditos en una reestructuración, se considera que el efecto que esto va a tener es que los acreedores contractuales, advirtiendo esta circunstancia, van a tomar en cuenta este riesgo que indirectamente los afectaría y exigirían a las empresas una mayor “capitalización” o “aseguramiento de sus riesgos”, a los fines de evitar que esas preferencias los perjudiquen.

Esta posibilidad de comportamiento, por el cual el acreedor contractual actúa como “control indirecto” sobre la firma y a favor del acreedor extracontractual, presenta el siguiente problema, que es el derivado de la existencia de garantías -en sentido genérico y no estrictamente jurídico- de otras sociedades del grupo empresario o de los accionistas o directores. Ello se debe a

que, en estos casos, los acreedores obtienen una mayor cobertura colateral y no necesitan mayor cobertura directa de la compañía con la cual contratan. Ese es el punto mas objetable de esta alternativa .

De lo cual resulta que, en caso de la Argentina, las garantías subsidiarias que se otorgan por parte de los directores o accionistas principales de una empresa, especialmente cuando ella es una PYME, afectarían el sistema de tutela del acreedor extracontractual, por esta vía y no lograríamos la tutela efectiva que pretendemos.

Además, lo que todavía no se ha ponderado adecuadamente es el efecto que esto tendría en los mercados de financiamiento, porque si la empresa presenta muchos riesgos, la posibilidad de acceder al crédito formal se podría tornar excesivamente cara, aumentando aún mas la estructura de la economía informal, con grandes costos para la sociedad toda.

Por ello, personalmente prefiero seguir utilizando el termino “crédito extracontractual” que el de “crédito involuntario” y ello fundamentalmente por lo difuso de la situación y por el modo de imputación de la protección del bien específico. Dije que el concepto de acreedor involuntario es difuso, dado que involucra a un conjunto de sujetos que dependen de la voluntad del calificador y ello no asegura un mejor resultado final del conflicto.

Por ejemplo, ¿porqué merece más tutela el fisco que el proveedor de servicios de extracción de residuos patológicos de una unidad sanatorial?...; o en el concurso de una escuela ¿si tuviésemos que decidir entre el proveedor de leche y el pago de impuestos?...; ¿solo porque asumieron un riesgo al contratar los colocamos en una situación especial o no?...; si estuviésemos en la necesidad de distribuir escasos fondos líquidos ¿qué obligación atenderíamos primero de las mencionadas?...

En realidad, ¿qué estamos analizando?... Personalmente pienso que lo que estamos discutiendo es el modo de distribuir los riesgos/costos/efectos de la

insolvencia entre los distintos acreedores. Y ello por un motivo lógico y plausible, y que consiste en que el sistema de privilegios (que es el modo normal en que las leyes distribuyen los riesgos en este tipo de procesos) parece que es necesario replantearlo en el siglo XXI porque el vigente no es el más adecuado. El mismo, ha sido fruto de un proceso evolutivo, donde nuestro país se ha caracterizado por ser una constante sumatoria de privilegios que a la larga ha resultado ineficaz y asincrónico con lo que se pretende tutelar. Y ello ¿porqué?...

Porque, a mi parecer, hemos partido del concepto equivocado, de que basta solo “distribuir legislativamente” para asegurar el resultado económico buscado. Y ello no es así. La distribución legal no asegura, por si misma, el resultado esperado.

Ello se debe, a que el resultado pretendido por el legislador, no depende solo de la ley, sino de una serie de hechos sociales, económicos e institucionales, donde se inserta la ley y sobre la cual se proyectan sus efectos. De la interrelación de todos surge el efecto deseado, pero no como un resultado directo o aislado de una norma, sino de la funcionabilidad del sistema como un todo.

Sinceramente, permítaseme hacer la siguiente reflexión. Si una firma es insolvente y sus ingresos no cubren sus costos totales –como la mayoría de las firmas argentinas en proceso de reestructuración, y genera pasivo postconcurso- ¿ en qué mejora el resultado del proceso para todos los acreedores establecer que determinado crédito es involuntario y el acreedor no está afectado por la ley general o tiene otro tipo de excepción?... ¿sinceramente, piensan ustedes que ello le asegura y le mejora sus condiciones de cobro?...

Tengo mis dudas. La experiencia argentina no asegura tales resultados. Sino, observemos críticamente la verdadera efectividad económica del “pronto pago laboral”. Debemos tener en cuenta que los países con mayor rendimiento y productividad económica son los únicos que aseguran, en parte, esos resultados. En cambio, en los países de economías emergentes, como las latinoamericanas,



no se han logrado los mismos resultados por el camino que transitamos hace tantos años.

Los costos institucionales y organizacionales de modificaciones de esta naturaleza no pueden dejarse de lado si pretendemos obtener adecuados resultados para todas las partes en conflicto. Y estos son estudios que los argentinos no deseamos hacer.

## **EL CRÉDITO CUYO ORIGEN ES EL “DAÑO AMBIENTAL” EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA**

### **1.- Las Normas de Jerarquía Superior y la estructura del andamiaje legislativo y el bien jurídico a tutelar.**

La normativa ambiental de nuestro país es compleja, ya que resulta de un entramado de normas de distinta jerarquía, conformado por la Constitución Nacional, las constituciones provinciales, tratados internacionales<sup>11</sup>, legislación nacional<sup>12</sup>, provincial y municipal, así como también por normas sectoriales<sup>13</sup> que regulan temas ambientales de modo específico para cada actividad

---

11 Argentina ha firmado gran cantidad de convenios internacionales y protocolos de materia ambiental. Entre los primeros pueden mencionarse el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Ley 23.724), el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizo de los residuos peligrosos y su eliminación (Ley 23.922), Convención sobre el Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre (Ley 22.344), Convención Relativa a los Humedales (Ley 23.919), Convenio sobre Diversidad Biológica (Ley 24.375); y entre los segundos se pueden mencionar el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Leyes 23.778 y Ley 24.040), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Ley 25.438).

12 Si bien existe gran cantidad de legislación ambiental anterior a la reforma constitucional del año 1994, después de esa reforma fueron dictadas siete leyes nacionales de presupuestos mínimos, a saber: Ley 25.675 (Ley de Política Ambiental Nacional), Ley 25.612 (Ley de Residuos Industriales y Actividades de Servicios), Ley 26.331 (Ley de Bosques Nativos), Ley 25.916 (Ley de Residuos Domiciliarios), Ley 25.670 (Ley de Gestión y Eliminación de los PCBs), Ley 25.688 (Ley de Gestión Ambiental de Aguas) y Ley 25.831 (Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental).

<sup>13</sup> Enseña Mario F. Valls que, por ejemplo, el Código de Minería y la Ley de Hidrocarburos contienen normas relativas a la preservación ambiental (Valls, Mario F.; Derecho Ambiental, tercera edición. pg. 111 y sigtes.).

Dicho esto, advertimos el riesgo de entrar en detalles específicos que nos deriven del objetivo de efectuar un análisis macro como pretendemos en esta exposición.

La Constitución Nacional en cuanto norma fundamental de la república , incorporó el tema ambiental con motivo de la reforma introducida en el año 1994, en la primera parte de dicha estructura normativa.

El art. 41 de la referida norma expresa que:

*"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos".*

El mencionado artículo, presenta algunos aspectos que me parece conveniente señalar.

En primer lugar la norma refiere a *"Todos los habitantes gozan del derecho a..."* Esta extensión de redacción, propio de nuestro derecho, indica claramente que el derecho a gozar de un ambiente sano, etc., es un derecho propio de las personas que habitan la República Argentina, con lo que podemos afirmar que

este derecho lo podemos clasificar como un “derecho humano”<sup>14</sup> y que hace a la propia esencia del hombre como tal, en tanto y en cuanto, un ambiente no sano atenta directamente contra la vida de las personas y por ende se desintegraría la esencia misma del sistema, de allí que la propia norma exprese posteriormente que ese ambiente debe ser “*apto para el desarrollo humano*”, que es la objetivo final de la norma, la protección del hombre en el tiempo.

En segundo lugar, la norma presenta una exposición amplia de lo que se entiende por “medio ambiente”, extendiendo tal concepto no solo a los recursos naturales, sino también el patrimonio natural y cultural, la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. De esto se observa la proyección amplia que se deriva del concepto “protección ambiental”, que a primera vista parece resultar sumamente acotado. Como veremos posteriormente incide directamente respecto del tema que nos convoca, porque los bienes a proteger involucran a una variedad enorme de firmas que desarrollan distintas actividades y que a lo mejor afrontan estados de insolvencia, y ello no podrá ser neutrales para el derecho concursal.

Un tercer aspecto, es que la norma constitucional se refiere al cuidado del medio ambiente presente, a los fines de proteger no solo una circunstancia actual sino también la proyección futura del ambiente en el tiempo. Ello es importante porque, al adoptar el standard de “desarrollo sustentable”<sup>15</sup>, tal protección no se limita solo a la atención de una situación ya transcurrida, sino a un modo de actuar en el presente con vistas a la proyección futura, con lo cual la protección es esencialmente dinámica en cuanto a su proyección temporal, tratando de lograr un

---

<sup>14</sup> Esta afirmación la efectuó ALEGRÍA, Héctor en la conferencia final del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en la ciudad de Punta del Este entre los días 12 a 14 de noviembre del 2008. Ver también RODRIGUEZ, Carlos A., Ley General de Ambiente de la República Argentina, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pag. 17 y cita de GIL DOMINGUEZ, Andrés, Neoconstitucionalismo y Derecho Colectivos, Ediar, Buenos Aires, 2005, pag. 44.

<sup>15</sup> Ver BESALU PARKINSON, Aurora V. S., Responsabilidad por Daño Ambiental, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pag. 595.

equilibrio entre protección ambiental, desarrollo tecnológico, científico e industrial y nivel de vida de las personas.

Veremos posteriormente, que de acuerdo al criterio expuesto, en el párrafo anterior, la proyección temporal de la protección, requiere que ante un daño colectivo al ambiente; se priorice la reparación por sobre la habitual indemnización en dinero del daño, ello porque la conservación se proyecta hacia el futuro y ello no acontece solo con la indemnización.

Como consecuencia de la referida reforma constitucional se dictó la Ley 25.675 –en lo que se relaciona con nuestro tema-, que es la Ley de Política Ambiental Nacional (conocida habitualmente como Ley General del Ambiente) y que establece los presupuestos mínimos en esta materia y da forma concreta al derecho al tema ambiental en nuestro país en materia normativa estructural.

En línea con lo establecido por el art. 41 C.N., la ley establece en su art. 28 que:

*“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”<sup>16</sup>.*

---

16 Asimismo, completan el marco normativo sobre la responsabilidad por el daño ambiental colectivo las siguientes normas de la Ley 25.675:

Artículo 29. - La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas.

Artículo 30. - Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no

## 2.- La protección jurisdiccional del medio ambiente

El art. 43 de la Constitución Nacional, además otorga rango constitucional, a un medio de protección jurisdiccional urgente del medio ambiente y que la norma denomina “amparo” el cual se proyecta en los siguientes términos:

*“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

---

gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Artículo 31. - Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

Artículo 32. - La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Artículo 33. - Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”*

De lo expuesto resulta que la constitución reconoce que cuando no exista otra vía procesal idónea o los tiempos sean apremiantes, para lograr una protección adecuada del medio ambiente, se permite a toda persona, con lo cual se advierte que la legitimación es en principio y constitucionalmente amplia. Sin embargo el párrafo posterior identifica sujetos de modo expreso, para iniciar una “acción de amparo ambiental”. La norma señala que ella podrá ser realizada tanto contra autoridades nacionales como particulares, es decir, que el abanico de los sujetos factibles de ser demandados, o legitimados pasivos, es todo aquel que afecte el medio ambiente, en el concepto amplio antes vertido.

En el segundo párrafo de este artículo, la Constitución Nacional, legitima especialmente a tres sujetos diferentes para interponer acción de amparo en resguardo del medio ambiente, habilitando de modo expreso para tal fin al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que tengan por objeto la protección del medio ambiente.

Respecto de estos legitimados podemos realizar algunas aclaraciones:

1.- El Afectado: la Constitución no admite que cualquier persona pueda interponer acción de amparo por un actual o inminente daño colectivo al ambiente si no es afectada. “

*Podrán interponer esta acción [...] en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, [...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado...”*

2.- El Defensor del Pueblo: la legitimación reconocida a este funcionario no presenta mayores problemas ya que se encuentra expresamente prevista en la Constitución Nacional en el art. 43 y entre sus funciones está la legitimación para efectuar la defensa de tales derechos de acuerdo a lo dispuesto por el art. 86 de la norma fundamental.

Respecto de la legitimación del Defensor del Pueblo en resguardo de intereses difusos se ha dicho:

*"...cuando se trata de la protección de intereses difusos o colectivos, definidos como aquellos intereses que no son atinentes a una persona en particular, sino a muchas o todas las personas que conforman una comunidad de que se respeten ciertos derechos que corresponden de manera general a sus integrantes, y cuya violación pudiera afectarlos también de manera general -tutela del medio ambiente, de la fauna, de la flora, protección del consumidor, etc. - no caben mayores dudas de que el ombudsman puede promover las acciones judiciales tendientes a resguardarlos sin que aquellos intereses se encontraran resguardados por actos de la autoridad estatal. En cambio, cuando el acto de la autoridad pública afecta en forma particularizada a un sujeto determinado o a un grupo de personas también determinadas, pero sin interesar a la comunidad en su conjunto, no corresponde que el también denominado defensor del pueblo, ejerza una suerte de mandato del individuo eventualmente damnificado, ya que dicho funcionario no está llamado a ejercitar los remedios o acciones dejados de utilizar por la persona cuyo derecho habría sido vulnerado, sino a intervenir en aquellos casos en que no obstante la existencia del perjuicio, éste no afecte en forma individual derechos subjetivos privados sino derechos subjetivos públicos o intereses generales de los miembros de la comunidad -o de alguno de ellos-, supuestos en los cuales incluso -y por la misma razón de no*

*afectar un derecho subjetivo de la personalidad los particulares podrían carecer de legitimación para realizar planteos judiciales tendientes a resguardar tales intereses"<sup>17</sup>.*

3.- Las Asociaciones Ambientales: a efectos de este artículo debe entenderse por asociaciones ambientales a las que tengan por finalidad la defensa del ambiente entre los objetivos de la asociación. Estas entidades, conocidas como ONG (Organización No Gubernamentales) tienen la particularidad de tener gran predicamento no solo en el ámbito local sino también en el ámbito internacional, por lo que su legitimación va a en general acompañada de importantes apoyos de órganos de difusión masiva, a los fines de proyectar su actividad en distintos ámbitos y de importante financiación.

La norma constitucional prevé además que tales asociaciones, para tener legitimación procesal deben estar inscriptas en un registro especial<sup>18</sup>.

### **3.- La Imputación de Responsabilidad**

La ley 25675, hace referencia en sus artículos a lo que se entiende por daño ambiental y a la imputación de la responsabilidad que cabe en tal situación

Al respecto debemos diferenciar, desde el aspecto de su proyección, el daño individual provocada por esa contaminación (por ejemplo, los daños a la salud provocados a la persona que bebe agua contaminada) del daño ambiental de incidencia colectiva (es decir, el daño al ambiente que se produce como consecuencia de una contaminación de un curso de agua).

El art. 27 LGA define al daño ambiental de incidencia colectiva como

---

<sup>17</sup> CNac. Civ., Sala B, 4/5/95, "Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires v. Municipalidad de Buenos Aires", J.A. 4/10/95.

<sup>18</sup> La Ley 25.675 otorga legitimación a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, sin requerir la inscripción en registro alguno. En el marco del fallo "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" el 30 de agosto de 2006 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el pedido de varias asociaciones de ser tenidos por terceros en el marcos de esas actuaciones. El Máximo Tribunal acogió solamente los pedidos de las ONGs en las que la defensa del ambiente estaba específicamente prevista en sus estatutos asociativos.



*“toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.*

Obsérvese que esta norma presenta similar extensión, respecto del bien jurídico a tutelar, que la que presenta la propia Constitución Nacional en el art. 41, de allí lo amplio de la tutela a generar y lo complejo de la situación a los fines de fijar sus límites.

Como hemos visto, la norma del art. 28 del mismo cuerpo normativo, establece la obligatoriedad que recae sobre el sujeto causante del daño y dice:

*“el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria...”*

La LGA imputa responsabilidad por la ocurrencia del daño ambiental y la condena a recomponer en los términos del art. 28. Como se advierte esta norma guarda coherencia con lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional, que determina la obligación de *“restablecer al estado anterior de su producción”*... Es de advertir, claramente, la dificultad que tal situación implica, porque indudablemente existen situaciones donde pese a los esfuerzos *“reconstructivos”* nunca se va a poder volver a dejar, lo afectado, en el estado anterior a la producción del hecho dañoso. Por ello la indemnización pecuniaria, adquiere carácter complementario de una obligación de hacer que es la obligación primaria a asumir ante la existencia del daño.

La Ley prevé las causales de exención de responsabilidad y para ello el art. 29, dispone que

*“...la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin*

*mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.*

Es decir, que la exención de responsabilidad solo resulta, cuando sea consecuencia del obrar de la propia víctima o de un tercero. Sino siempre la responsabilidades es del agente productor del daño, salvo que demuestre haber adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable.

Con este esquemático marco, analizaremos las posibles obligaciones ambientales que pueden presentarse en el concurso preventivo, la quiebra y el acuerdo preventivo extrajudicial.

## **DE LAS POSIBLES OBLIGACIONES AMBIENTALES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA LEY 24.522**

En el ámbito del derecho concursal, la ley 24.522 no contiene ninguna norma expresa vinculada con la cuestión de la protección del medio ambiente, por lo que la integración normativa presenta una serie de circunstancias complejas y delicadas, entre una norma que pretende cuyo objetivo es atender a un patrimonio en insolvencia y a obligaciones que repercuten sobre él, que pueden ser económicamente muy relevantes.

### **- Concurso Preventivo:**

Aquí vemos, en primer lugar, que pueden presentarse una serie de supuestos a considerar,

#### **a) La Concursada como Sujeto Pasivo en un Juicio Ambiental:**

- a. En primer lugar debemos tener en cuenta que en este tipo de procesos, por lo dispuesto en la nueva redacción del art. 21, con motivo de la reforma por la ley 26.086, el proceso no resulta sometido al fuero de atracción, es decir que el proceso ambiental, al

ser un juicio ordinario, tramitará ante el juez competente y una vez obtenida sentencia el mismo deberá presentarse al Tribunal del concurso en los términos previstos en el art. 56 de la ley concursal.

Esto presenta una serie de problemas, porque obtenida la sentencia y presentada ante el Tribunal, la ley de concursos y quiebras dice:

*“Los acreedores verificados tardíamente no pueden reclamar a sus coacreedores lo que hubieron percibido con arreglo al acuerdo, y el juez fijará la forma en que se aplicarán los efectos ya ocurridos, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones”*

Todos sabemos que esta inclusión no resulta sencilla, sin embargo si lo que reconoce es un crédito por provisión de materias primas la incorporación a la propuesta general, salvo particularidades, puede efectuarse sin tantos inconvenientes. Sin embargo, como dice la ley, se debe tomar en cuenta *“la naturaleza de las prestaciones”*, las mismas en materia ambiental, son mucho mas complejas, por la falta de similitud de ellas con las tradicionales que se presentan en toda reestructuración.

Con lo cual cabe dejar planteado el siguiente interrogante, ante el conocimiento de la existencia de un juicio de daño ambiental, ¿no debería preverse por parte del concursado una propuesta “condicional”, para el supuesto de que fuere condenado por este motivo?, con lo que este tipo de propuesta estaría obrando como si fuera casi como “una previsión contable” ante un riesgo a asumir.

b) La Concursada ante la Imposición de Medidas Cautelares Ambientales:

- a. Puede ocurrir que durante la tramitación de un proceso de esta naturaleza, sea objeto de trabas de medidas cautelares en su contra por parte del juez competente en el juicio ambiental. Es sabido, que

el art. 21 de la Ley 24.522 establece expresamente que en estos juicios no procederá el dictado de medidas cautelares. Sin embargo la pregunta es, la ley se refiere a todo tipo de medidas cautelares o solo a alguno tipos de ellas. En principio, se advierte que no sería procedente el dictado de medidas cautelares que tiendan a custodiar derechos patrimoniales (embargo, inhibición de bienes, secuestro, etc.) y ello es consecuencia de la inhibición general de bienes dictada en la sentencia de apertura del proceso concursal, art. 14 inc. 7 Ley 24522. Sin embargo, el dictado de medidas cautelares genéricas<sup>19</sup>, a los fines de que la concursada cese con la contaminación con carácter previo y hasta tanto se dicte sentencia, merece una consideración aparte. Parecería que en ese supuesto, no se impone la norma de la ley concursal de prohibir la traba de medidas cautelares, en tanto y en cuanto la misma, tiene por objeto evitar un perjuicio inminente o irreparable, por lo que en este caso, se planteará un conflicto jurisdiccional en tanto y en cuanto un juez podría ordenar la medida cautelar y el juez del concurso podría enfrentarse a un conflicto, porque la implementación de tal medida, podría afectar la continuidad de la firma en proceso de reestructuración, con todas las consecuencias que ello implica.

c) Como Deudor de una Obligación con causa en Daño Ambiental:

- a. Aquí el tema comprende varias posibilidades, porque en general, las primeras sanciones son de carácter administrativas y en ese supuesto, las primeras sanciones que soporta el sujeto que daña, son multas derivadas por violaciones de daños ambientales y aplicadas, en general por organismos de este tipo. En este supuesto, la verificación del crédito se ajustará a las prácticas del derecho

---

<sup>19</sup> Ver art. 232 del C.P.C.C. de la Nación.

concursal ordinario y no existen particularidades especiales a que debe someterse ni excepciones particulares. La verificación de tal acreencia y su posterior reconocimiento hace que este revista la calidad de crédito quirografario, dado que no tiene reconocimiento de privilegio alguno en la Ley 24.522 ni tampoco en normas especiales. El sujeto legitimado para efectuar el reconocimiento del crédito es el órgano que impuso la multa a la concursada.

- b. Concordantemente con lo afirmado precedentemente (punto b)a.) puede ocurrir que la sanción de multa traiga aparejada también la aplicación de sanciones como las de inhabilitación y la clausura temporaria o definitiva del establecimiento o del conducto a través del cuál se vuelcan los contaminantes, lo que podría implicar la virtual paralización de la producción de la concursada, con los efectos conflictivos a producir.
- c. Sin embargo la situación mas delicada se presenta, cuando existe una sentencia firme dictada por juez competente contra la concursada, en este caso pueden presentarse diversos supuestos:
  - i. En casos de daño ambiental individual, que es el caso en que el daño se provoca a individuos concretos a través del ambiente, a lo que la doctrina los caracteriza como indirectos. En estos casos diremos al menos que para la imputación de este tipo de daños se utiliza el standard objetivo del art. 1.113 del Código Civil, el que a su vez es endurecido por normas ambientales específicas, como por ejemplo el arts. 45 a 48 de la Ley 24.051 o los arts. 40 a 43 de la Ley 25.612<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> A diferencia de lo establecido por el art. 1.113 C.C., el art. 47 de la Ley 24.051 y el 42 de la Ley 25.612 establecen que el dueño o guardián de un residuo (peligroso o industrial respectivamente) no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado. A su vez, los art. 45 de la Ley

- ii. Situación mas compleja son los casos de acciones judiciales de daño colectivo o de incidencia colectiva los que apuntan no a obtener una indemnización o reparación en beneficio propio del actor, sino a la reparación del medio ambiente afectado: el objeto de este tipo de acciones, como ya hemos referido, es la recomposición del ambiente dañado, a la que se refiere el art. 41 de la Constitución Nacional y el art. 28 de la LGA. Para la protección de este derecho la misma Constitución Nacional prevé en su art. 43 la vía del amparo, en caso que la tutela de este derecho requiera de una vía procesal expedita y rápida.

El problema radica en que la sentencia obliga a *“reestablecer la situación al estado originario”*. Indudablemente nos encontramos aquí ante una típica obligación de hacer, que entra en conflicto con el art. 19 Ley 24.522. Ello se debe a que la ley concursal establece que las deudas no dinerarias se convierten a todos los fines del concurso a su valor en moneda de curso legal. Es decir, la ley obliga a convertir estas obligaciones de hacer en obligaciones dinerarias y esto tiene una lógica propia en materia concursal que tiene que ver con la propuesta de pago, etc.

Así el problema estriba en que en nuestra Constitución Nacional y en la Ley General de Ambiente, se destaca como obligación principal, la rehabilitación del medio ambiente dañado y solo complementariamente la indemnización

---

24.051 y 40 Ley 25.612 establecen la presunción, salvo prueba en contrario, que todo residuo (peligroso o industrial respectivamente) es cosa riesgosa en los términos del art. 1.113 del Código Civil. A su vez, el art. 46 de la Ley 24.051 y 41 Ley 25.612 establecen que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no le es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario de los residuos (peligrosos e industriales respectivamente), imputando al generador la responsabilidad por los daños que provoquen los mismos aún después de tratados (art.48 de la Ley 24.051 y 43 Ley 25.612).

pecuniaria. Y allí se exterioriza el problema señalado. Porque si aplicamos lo dispuesto en la Ley 24.522, el crédito quedaría subsumido entre el resto de los acreedores quirografarios del proceso concursal, sin embargo tal inclusión, vulneraría una norma expresa de rango constitucional y no se estaría resguardando el medio ambiente, obligación que pesa sobre todos los ciudadanos y sobre los jueces independientemente de su competencia y que tiene rango constitucional propio. No olvidemos que la conversión de las obligaciones de hacer en dinerarias, es una norma meramente instrumental, por lo que el conflicto resulta mas que evidente.

A los efectos del concurso, este tipo de acciones tiene una particularidad, la eventual condena a recomponer el ambiente no es directamente una obligación de tipo pecuniario, aunque indirectamente se traducirá en una erogación que deberá afrontar la concursada para cumplir su obligación de recomponer el ambiente dañado. Por ello se plantea el inconveniente de que la firma en reestructuración, no esté en condiciones económicas y financieras como para soportar este costo directo.

Sin perjuicio de ello también debe recordarse que si el daño ambiental no pudiera recomponerse, el art. 28 prevé el pago de una indemnización sustitutiva que determine la justicia interviniente, la que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental. En este último supuesto también nos encontraríamos ante una obligación de dar sumas de dinero y no de hacer, con lo que el problema se simplifica. Es posible el pago en moneda cuando no pudiera recomponerse o ello fuera económicamente imposible.

- **Quiebra:**

a) Con Continuación de la Explotación de la Empresa (arts. 189 y siguientes ley 24522)

a. Personalmente pienso que si la fallida, genera daño ambiental no debe continuar en su actividad, bajo ninguna de las alternativas que presente la ley y ello porque el riesgo a asumir la quiebra puede ser de una magnitud enorme en el supuesto de que llegue a resultar demandada por este tipo de conflictos, mas aún cuando la pérdida del juicio convertiría a este en un crédito privilegiado de los mencionados en el art. 240 Ley 24.522 y con el consiguiente efecto de que podría afectar un proyecto de distribución en tanto y en cuanto la “cuantificación del daño” resulta sumamente complejo y costoso.

Solo sería posible y en situaciones excepcionales, si el “continuador” en caso de ser un tercero, cooperativa de trabajo o locador de la planta, asumiera a su costo evitar el daño ambiental y a tal fin ofreciera garantías suficientes. Demás está destacar, que los gastos que se realicen por este concepto estarían comprendidos en el supuesto del art. 244 de la Ley 24522.

Si no se da esa condición, resulta imposible autorizar la continuación, dado que el daño, no solo se proyecta a terceros sino también a quienes trabajan en el establecimiento de la fallida y la protección de las fuentes de trabajo, también comprende a quienes las detentan.

b) Sin Continuidad de la Actividad:



a. Si la quiebra, solo implica clausura y no continuidad de la actividad, deberán arbitrarse los medios necesarios para evitar que el eventual daño ambiental continúe y ello casi imposible, en procesos en los cuales se carecen de recursos líquidos para afrontar tales costos, la situación puede ser muy grave en actividades industriales altamente contaminantes.

c) La Liquidación de Bienes

a. Uno de los aspectos más graves que se presenta en la quiebra, tiene que ver con la venta de los bienes, dado que en caso de transferencia de inmuebles, el vendedor es responsable solidario junto al nuevo adquirente por la contaminación ambiental producida. Ello obligaría a que antes de hacer la venta de una empresa con riesgo de contaminación, el juez del concurso, ordenase hacer un estudio de daño ambiental<sup>21</sup> antes de la transferencia del bien, minimizando riesgos posteriores para posibles adquirentes y a los fines de determinar el valor real del mismo. Dado que una contingencia de tal naturaleza puede depreciar totalmente su valor.

¿Y si no se puede vender el bien por estar en situación de riesgo ambiental y además contamina?... ¿cómo concluye el concurso?...

- **En el Acuerdo Preventivo Extrajudicial:**

En el A. P. E., en principio, no incidiría este tipo de problemas, excepto, que el deudor decidiese incorporar como acreedor en el proceso de reestructuración y como obligación dineraria originada en

---

21 Como hemos visto la LGA establece claramente la responsabilidad del contaminador por el daño colectivo, de lo que se deriva la responsabilidad de la fallida por la contaminación del predio aún después de vendido. Ello hace altamente recomendable un la realización de un estudio del estado ambiental del predio a efectos de establecer el estado ambiental del mismo al momento de la transferencia.

casos de daño ambiental. El mayor inconveniente radicaría en que el deudor, inaudita parte y sin la conformidad del acreedor -dado que si ella existe se internalizan los costos y no hay perjuicio- tratase de evitar el cumplimiento de una obligación de hacer, reparar y reestablecer al estado anterior, convirtiendo la obligación en directamente dineraria, a los efectos de incluirla dentro del pasivo y compelerla en el acuerdo de reestructuración.

Ante una situación de tal naturaleza, parecería ilógico aceptar que la ley de concursos se utiliza para violentar otra ley. Las leyes deben tener una integración armónica y no están diseñadas para convertirse en elementos de lucha sectorial. Por lo que ante esto, lo mas razonable, si no existe conformidad del acreedor, sería que el juez que interviene en el A.P.E. no homologase el acuerdo. No olvidemos que el instituto del A.P.E. se sustenta en el principio de la buena fe negocial. Ello hace que ante la duda del magistrado en cuanto a las seguridades de seriedad del deudor en el proceso y en cuanto sujeto merecedor de una solución de este tipo, por la buen fe demostrada, no deba homologar en casos de dudas.

- **La Verificación del Crédito::**

a) **El Sujeto Legitimado:**

Otro aspecto a considerar, es quién es el sujeto legitimado para impetrar la verificación. Aquí el concepto de “acreedor”, que en materia concursal se lo vincula con sujetos que tienen en general, salvo excepciones determinadas, una relación directa con el concursado, en este ámbito es diferente, porque el legitimado, para la verificación de la sentencia (por daño individual o

colectivo), es el sujeto que ha obtenido la sentencia a su favor.

En el caso de daño individual el que tiene la legitimación es el actor que ha obtenido la sentencia a su favor.

En el caso del daño ambiental colectivo, en principio, tiene legitimación para verificar quien también ha obtenido la sentencia que, teniendo en cuenta la legitimación establecida en la Ley General de Ambiente para este tipo de reclamos, ellos pueden ser: el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional y el Estado nacional, provincial o municipal.

Decimos que en principio tiene legitimación quien obtuvo la sentencia dado que también cabe preguntarse, dado el carácter *erga omnes* de las sentencias por daño colectivo que prosperen (art. 33 LGA), si no verifica el actor si pueden verificar la sentencia los demás legitimados por el art. 30 de la LGA.

Dada la especial naturaleza de este tipo de procesos cuyo interés trasciende el interés individual, y el mencionado efecto *erga omnes* de las sentencias condenatorias a recomponer el daño ambiental colectivo, entendemos que sí.

b) El Objeto de la Verificación:

a) Este aspecto se ha tratado previamente, y el problema se vincula principalmente con el contenido de la sentencia

que haya dictado el magistrado interviniente. Con lo que dependerá fundamentalmente en su contenido específico a los fines de determinar el modo en que debe ser reconocido en el proceso como tal. Seguramente si el monto de la sentencia es pecuniario, la posibilidad verifcatoria será mas sencilla y si el contenido es reparatorio presentará mas dificultades de acuerdo a lo expuesto precedentemente. Si, por el contrario la verificación tuviese su origen en actuaciones de carácter administrativas y la aplicación de multas, etc., dictadas por esta autoridad, el objeto de la misma será la sanción pecuniaria dictada por autoridad competente.

c) El Título o Causa:

a) En el caso de que hubiere sentencia judicial, la causa será inexorablemente esta y se le aplicará lo dispuesto por el 21 y 56 en su caso.

Lo mismo acontecerá en el caso de actos administrativos dictados por autoridad competente.

d) Privilegio.

a. De acuerdo a lo manifestado precedentemente estos créditos deben ser admitidos como quirografarios. Salvo algún supuesto especial, como los explicados precedentemente.

e) ¿Puede verificarse el crédito directamente?

a. Este aspecto resulta difícil a nivel procesal, debido a que el proceso de verificación, por las particularidades que presenta, generaría muchos inconvenientes a los fines de

imputar responsabilidades, debido principalmente a la especificidad pericial que excede las posibilidades habituales de un proceso de verificación limitado en el tiempo. Además debemos tener en cuenta que en general, el tribunal competente ni la sindicatura cuentan con todos los elementos necesarios para el tratamiento de este tipo de procesos, que muchas veces requieren mucho soporte tecnológico.

#### **- Algunas Circunstancias Especiales y la Actuación del Síndico**

Sin perjuicio de ello, también entendemos posible que se presente la autoridad ambiental (la que, en ejercicio del poder de policía ambiental tiene facultades, en algunos casos, de hasta clausurar el establecimiento –y en consecuencia la producción- de la fallida) y exija para la continuidad de la actividad, la adopción de determinadas medidas que pueden llegar hasta un proceso de reconversión industrial los que generalmente requieren un plan de inversión que deberá ser adecuadamente ponderado por el Síndico.

#### **El Informe del Art. 39, Ley 24.522**

No puede dejar de analizarse respecto de este tema, que el síndico que le tocara intervenir en un proceso, de una empresa cuya actividad es contaminante o por lo menos presenta riesgos de contaminación, deberá hacer conocer al Tribunal y a los acreedores, tal circunstancia. Ello debería surgir en el Informe General que la Ley dispone en el art. 39, el cual en su inc. 3, el cual luego de la reforma introducida por la Ley 25.589, estableció que el síndico deberá informar en el rubro pasivos los que *“resulten... de otros elementos de juicio verosímiles”*. Y esto el funcionario debe advertirlo para el conocimiento de todas las partes involucradas en el proceso.

Por ejemplo, obsérvese la importancia de conocer esto a los fines del procedimiento dispuesto en el art. 48 inc. 3) cuando debe valuarse la firma.

No es el mismo valor el de una empresa que presenta riesgo de pasivo ambiental, del que no presenta este riesgo o lo tiene controlado. La trascendencia de esto es enorme a los fines de ponderar la eventual transferencia de inmuebles y la solidaridad involucrada entre las partes.

### **El Informe del Art. 190, Ley 24.522**

En este punto y tal como referenciaríamos precedentemente, el síndico debe tomar en cuenta esta contingencia a los fines de la emisión del presente informe, debido a los efectos perjudiciales y peligrosos que pudieran generarse en caso de desconocer ciertas circunstancias operativas sobre el particular.

Si bien la norma no contiene específicamente una referencia expresa, a mi entender este rubro debería integrar el punto 1 del informe, referido a la posibilidad de contraer nuevos pasivos. Indudablemente el riesgo ambiental como dijimos no es solo para terceros ajenos a la firma en quiebra, sino también se vincula con el riesgo propio que asumen quienes trabajan en la actividad. En este punto, permítaseme decir, que muchas veces la desesperación por la pérdida de trabajo pueden llevar a empleados y obreros a asumir riesgos mas allá de los standares aconsejados y en este punto, es deber de los Tribunales custodiar no solo las cuestiones patrimoniales, sino también la vida de las personas como bien jurídico máximo.

### **La Responsabilidad del Síndico**

Por último no podemos dejar de considerar que en los casos de quiebra y primordialmente si el Tribunal ordenara la continuación de la actividad, el síndico podría verse involucrado en una acción de este tipo, principalmente por la extensión de responsabilidad que prevé el art. 31 de la Ley General de Ambiente. El último párrafo extiende la responsabilidad,

en el caso de personas jurídicas, a *“sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación”*

Personalmente pienso, en este punto, que si bien no pueden asimilarse los cargos, si las funciones ante el desapoderamiento de la quiebra. Así un síndico podría verse implicado en una causa, de esta naturaleza, si su inacción o su descuido –ante un daño incurrido durante la actividad en la quiebra- no es señalada, advertida ante el tribunal o no se han dispuesto las medidas preventivas o correctivas necesarias para solucionarla.

La norma señala el límite de la responsabilidad, al establecer que la imputabilidad se vincula con *“...la medida de su participación”*, con lo cual deberá ponderarse la conducta del síndico para ver si es sujeto pasible de reproche legal.

## **EL GRAN TEMA EN DEBATE**

Para los abogados que nos dedicamos al derecho concursal, la continuidad de la actividad de la empresa, por todos los valores incorporados en él, es un valor sinceramente relevante y de amplio reconocimiento en la doctrina, la jurisprudencia. Muchas veces en su afán de protección sacrificamos otros principios del derecho a los fines de resguardar actividades económicas y evitar los cuantiosos costos que las quiebras generan no solo a las partes directamente vinculadas sino a la comunidad toda.

Sin embargo, cuando una firma deudora enfrenta a un proceso de esta naturaleza, que genera daño ambiental, la dimensión del problema se proyecta a situaciones nunca antes ponderadas.

¿Qué debemos priorizar la continuidad de la empresa sobre el daño ambiental o viceversa?...

La respuesta es muy difícil. Se encuentra impregnada de una serie de factores que deberán ponderarse en cada caso en particular, donde la valoración y prudencia del magistrado deberá primar sobre la aplicación normativa estricta.

El tema me parece que va a generar amplios debates cuando en el futuro golpee la puertas de nuestros tribunales. Sin embargo pienso que en todo esto existe un rol indelegable de los estados en sus diversos estratos a lo fines de actuar como agentes equilibrantes de estas circunstancias. Me parece que cuando acontezcan situaciones de crisis empresarias, donde también estén en juego riesgos ambientales, es el estado el que debe afrontar la tutela de los derechos de cada una de las personas que viven en el país y debe buscar el modo de minimizar los riesgos para toda la comunidad.