

Claúsulas ambientales, una nueva modalidad

Una de las mayores preocupaciones de un comprador en cualquier operación comercial, es como evitar heredar las responsabilidades ambientales.

Escribe Gabriel R. Macchiavello ()*

En los últimos años la Argentina ha experimentado un notorio desarrollo en lo que se refiere a legislación ambiental, que ha traído aparejado el aumento de exigencias y responsabilidades para las empresas.

Esta situación tiene un claro impacto en las operaciones comerciales de compraventa de empresas, fusiones y compraventa de inmuebles o plantas industriales, que comúnmente implican la transferencia, ya sea en parte o en su totalidad de la responsabilidad ambiental histórica.

Todo esto ha resultado en la necesidad de incluir nuevas cláusulas en los contratos que contemplen los diversos aspectos asociados a las responsabilidades ambientales de las partes.

Ante este panorama, una de las mayores preocupaciones de un comprador en cualquier operación comercial, es como evitar heredar las responsabilidades ambientales desconocidas o no suficientemente evaluadas. Así, el comprador procurará que el vendedor se haga cargo de cualquier problema ambiental, y por su parte, este último tratará de limitar lo más posible su responsabilidad.

Contingencias ambientales

Antes de efectuar una operación, resulta esencial para el comprador investigar en qué condiciones ambientales se encuentra la empresa o propiedad que adquirirá. Esta investigación se lleva a cabo, generalmente, mediante una auditoría o “due diligence” para conocer las responsabilidades por hechos anteriores, identificar pasivos ambientales, evaluar futuros costos, y además contar con mayor información para la negociación. Esta auditoría puede ser llevada a cabo tanto desde un punto de vista técnico como legal.

La auditoría técnica, en general involucra dos fases. En la Fase 1 la investigación se centra en identificar el cuadro general de la situación ambiental, mientras que la Fase 2 implica una investigación más detallada, que incluye la consideración de todas las potenciales fuentes de contaminación y la determinación del costo de remediación.

Por su parte, la auditoría legal tiene por finalidad establecer el grado de cumplimiento respecto de la normativa ambiental. En efecto, luego de un detallado cuestionario y análisis de la documentación, se verifica cual es el grado de cumplimiento de las normas ambientales. La investigación se circunscribe a comprobar si la empresa está funcionando con los permisos y certificados ambientales en legal forma, si existen cuestiones administrativas y judiciales, etc. Es evidente que la auditoría legal podrá ser llevada a cabo con mayor precisión si previamente se cuenta con la mencionada auditoría técnica.

Una vez finalizada la etapa de investigación, será posible determinar la existencia de responsabilidades ambientales, y evaluar los posibles costos y riesgos de la empresa y propiedad que se adquiere. Debe tenerse en cuenta que cuando se adquieren acciones de una sociedad, en oposición a la compra de un inmueble o un fondo de comercio, el comprador no sólo adquiere el riesgo ambiental asociado con el inmueble y las instalaciones, sino las eventuales

responsabilidades de toda la actividad pasada de la empresa.

Es habitual que en todos los contratos de compraventa de empresas se incluyen cláusulas ambientales que consisten en declaraciones, garantías, cláusulas de indemnización, cláusulas de deslinde de responsabilidades ambientales y cláusulas de seguridad.

Las partes tienen amplia libertad de convenir las cláusulas que sean más convenientes para la operación que están llevando a cabo en virtud de que en el derecho argentino se reconoce la autonomía de la voluntad contractual. Sin perjuicio de ello, a continuación se analizan las cláusulas ambientales más frecuentes utilizadas tanto para los casos en que no se haya detectado contingencias ambientales como para los en que se las haya detectado.

a.) Casos en que no se hayan identificado contingencias ambientales

En estos casos, normalmente, las partes se limitan a establecer algunas cláusulas para cubrirse por eventuales casos de responsabilidad ambiental por hechos que al momento del contrato no se habían materializado y/o que no eran posibles de prever. Las cláusulas más frecuentes consisten en:

Deslinde de responsabilidad: se establece que el vendedor es responsable por todas las condiciones y hechos que hubieren ocurrido antes de la fecha de cierre, mientras que el comprador es responsable por todos los hechos y condiciones surgidos con posterioridad.

Declaraciones y garantías: es un compromiso del vendedor por el cual declara y garantiza que hasta la fecha del cierre ha cumplido con las leyes ambientales, ha obtenido todos los permisos y autorizaciones, y que no existe contaminación, daño ambiental, juicios o reclamos en trámite, materiales peligrosos o contaminantes, etc. Estas declaraciones determinan el funcionamiento de la cláusula de indemnización.

Cláusulas de indemnización: se estipula que el vendedor deberá indemnizar al comprador cuando una o más garantías otorgadas por el vendedor no se cumplan.

También, protegen al comprador de las acciones administrativas y/o judiciales en contra de la empresa por hechos y consecuencias ambientales que sean anteriores a la fecha del cierre. Las cláusulas de indemnización pueden tener diferentes modalidades, pudiéndose establecer limitaciones en cuanto al tiempo, al monto de la indemnización, al cambio normativo, o bien, al caso de actos de terceros.

Cláusula de seguridad: se establece un fondo de reserva o se celebra un convenio de depósito en garantía, que generalmente se establece por un tiempo determinado a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de las cláusulas ambientales o cubrir al comprador de eventuales acciones por responsabilidad ambiental no posibles de prever con anterioridad.

b.) Casos en que se hayan identificado contingencias ambientales:

Cuando una contingencia ambiental es identificada (incumplimiento a normas ambientales y/o problemas de contaminación), las cláusulas más frecuentes son:

Declaraciones y garantías: se estipulan, en general, con ciertas exclusiones que se basan en cuestiones que se han detectado en la investigación previa.

Reducción del precio: es una alternativa razonable dado que el vendedor asume el costo del pasivo ambiental, aunque éste pretenderá incluir una cláusula en su favor en la que se le exima de los costos de una eventual responsabilidad ambiental futura.

Cláusula de compromiso y ejecución: es una obligación del vendedor de llevar a cabo las acciones de remediación. Puede también estipularse una garantía sobre futuros costos y responsabilidades que puedan surgir a raíz de las consecuencias de trabajos de remediación o por no haber el vendedor llevado a cabo trabajos de remediación en forma apropiada.

Conclusiones

En las operaciones comerciales que involucran compraventas de empresas y propiedades existen riesgos por responsabilidades ambientales, pero a la vez existen medidas que permiten detectar las contingencias antes de celebrarse el contrato. Si bien no es posible eliminar por completo estos riesgos, una auditoría legal y técnica permite evaluar y conocer el pasivo ambiental, para luego considerarlo en la negociación, y reflejarlo así en el contrato.

Es evidente que las empresas cada vez más intentarán perfeccionar las técnicas para evaluar riesgos, así como desarrollar nuevas modalidades respecto de las cláusulas ambientales a fin de protegerse frente al creciente desarrollo de la legislación y la responsabilidad ambiental, el que se espera tendrá cada vez mayor implicancia en las decisiones de inversión de las empresas.

() Socio del Estudio Rattagan Macchiavello Arocena & Peña Robirosa.*

Nota extraída el día 10/07/2008 del sitio www.energiaynegocios.com.ar