

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS<sup>1</sup>**M.Sc. Mario Peña Chacón**<sup>2</sup>

*«O financiamento, em que se analisa a variante ambiental, passa a ensejar um novo tipo de convivência administrativa, colocando em parceria os bancos e os órgãos ambientais»*  
Paulo Leme Machado

A inicios de presente siglo, Rainforest Action Network, organización no gubernamental ecologista inició una campaña contra Citigroup, reconocido gigante de la banca norteamericana. El conglomerado bancario fue acusado de participar en la destrucción de los bosques tropicales, del cambio climático y de la perturbación de la vida de los pueblos indígenas a causa de sus inversiones en infraestructuras. A raíz de lo anterior, muchos de los seguidores de la ONG cancelaron y devolvieron sus tarjetas de crédito a este grupo financiero. En situación similar, el banco alemán WestLab entró en disputa con grupos ecologistas debido a un oleoducto financiado en Ecuador, al que le achacaron graves impactos ambientales.

Hasta hace poco, las actividades habituales del sector financiero habían sido consideradas como neutras o de muy bajo impacto ambiental y por tanto, sin ningún tipo de responsabilidad ambiental, a diferencia de muchos otros sectores como el manufacturero, la producción de químicos, papel, curtiembres, minería, agricultura extensiva, desarrollos

inmobiliarios, etc. Los bancos han creído erróneamente, que los actuales sistemas de responsabilidad los excluyen de los daños ambientales causados por sus clientes, sin tomar en cuenta el hecho que cuando los bancos son facilitadores de los recursos para las distintas actividades, indirectamente están causando daños ambientales.

A la vez, en su normal giro comercial realizan una serie de actividades que podrían afectar el ambiente, ya sea cuando actúan como depositarios o poseedores temporales de bienes contaminados o susceptibles de causar contaminación, al adquirir este tipo de bienes por remate, dación en pago o adjudicación extrajudicial, al venderlos a terceros, o bien durante el desempeño del cargo de fiduciario en el contrato de fideicomiso, o el rol de arrendador en el de leasing.

El problema principal radica en que los riesgos ambientales han sido tradicionalmente excluidos del proceso de evaluación a la hora de conceder créditos o participar en operaciones financieras. La introducción del concepto

<sup>1</sup> Investigación realizada por encargo de la Unidad de Política y Gestión Ambiental de UICN-ORMA.

<sup>2</sup> Consultor Legal Ambiental, profesor derecho ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

de responsabilidad social corporativa y las normas ISO 26000<sup>3</sup>; los Principios del Ecuador que integran la gestión social y ambiental a la financiación de grandes proyectos de desarrollo<sup>4</sup>; la actual normativa ambiental sobre responsabilidad por daño ambiental; las obligaciones “socio-ambientales” establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley de Banca para el Desarrollo y otras normas propias del sector financiero costarricense; las repercusiones económicas que acarrea el cierre temporal o definitivo de las actividades financiadas por actuaciones u omisiones del cliente violatorias a la normas ambientales; la pérdida de valor de los bienes dados en garantía a raíz de un evento de contaminación; la caída en la imagen y pérdida de reputación de las entidades financieras

ante sus clientes, acreedores, accionistas, administración pública y público en general a raíz de la pérdida o disminución de solvencia del prestatario por inversiones imprevistas por acontecimientos medioambientales adversos; pueden tener como consecuencia la afectación directa de los resultados económicos de la entidades financieras.

Por ello, previo al otorgamiento de un crédito, durante su vigencia, en su ejecución judicial extrajudicial, así como en su normal giro comercial, las entidades financieras deberían cuestionarse: ¿La actividad financiada produce impactos ambientales significativos? ¿Cuáles pueden ser las consecuencias de los impactos ambientales negativos para la buena marcha de la empresa? ¿Cumple un proyecto con la

- 3 La responsabilidad social es aquella que asegura la ética y la transparencia de una organización ante el impacto de sus decisiones y actividades en la sociedad y el ambiente. La norma ISO 26000 establece siete principios para regir la responsabilidad social. Su aplicación es voluntaria y a diferencia de las normas ISO 9000 e ISO 14000, no certifica la operación de una entidad. ISO 26000 es un estándar para la transparencia y la competitividad de cualquier organización. En su principio número 4 dispone que se debe promover y aplicar medidas que eviten a la organización impactar el ambiente. Si contamina, debe pagar por ello.
- 4 Los Principios de Ecuador son un conjunto de guías o directrices elaborados por los bancos que rigen sus acciones en la gestión de temas sociales y ambientales ligados a la financiación de grandes proyectos de desarrollo. Nacieron en el 04 de junio del 2003, cuando diez bancos de siete países anunciaron su adopción. Los bancos suscriptores se comprometen a aplicar los Principios de manera global en todos los sectores industriales, principios que se basan en las políticas y guías del Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional (IFC), la agencia que los ha impulsado. Para su implementación y puesta en aplicación, cada uno de las entidades financieras suscriptoras deben adoptar sus propias políticas y procesos internos. Los bancos se comprometen a otorgar créditos únicamente para proyectos cuyos patrocinadores demuestren, a satisfacción del banco, su capacidad y buena voluntad para adoptar ciertos procesos y asegurar que se ejecuten de manera socialmente responsable y con buenas prácticas de dirección ambiental. Bajo los Principios de Ecuador, los proyectos se catalogan en base a sus impactos sociales y ambientales en tres categorías: alto, medio y bajo impacto. Los Principios Ecuatoriales fueron objeto de revisión en el año 2006 por parte de IFC, siendo los principales cambios los siguientes:
- Los Principios se aplican a todas las financiaciones de proyectos con costos de capital superiores a 10 millones de dólares. Este umbral se disminuyó de los anteriores 50 millones de dólares.
  - Los Principios también se aplican ahora a las actividades de asesoría de financiación de proyectos.
  - Los Principios revisados ahora cubren específicamente mejoras o expansiones de proyectos existentes en los que los impactos ambientales o sociales adicionales son importantes.
  - El enfoque para la aplicación de los Principios en países con altos estándares ambientales y sociales se ha hecho más eficiente.
  - Ahora se requiere a cada entidad financiera que haya adoptado los Principios Ecuatoriales que informe el progreso y desempeño de la implementación de estos Principios anualmente.
  - Los Principios Ecuatoriales revisados incluyen estándares sociales y ambientales más estrictos y mejores, incluyendo estándares de consulta pública más sólidos.

legislación ambiental vigente? ¿Cuenta la entidad con seguro de responsabilidad civil en caso de siniestro? ¿Estaría en condiciones de afrontar situaciones eventuales adversas en sus instalaciones?

A raíz de lo anteriormente expuesto, por medio del presente estudio se pretende analizar desde una perspectiva jurídica y a la luz de los principios de la responsabilidad ambiental, aquellos supuestos de daño ambiental en que podrían eventualmente incurrir las entidades financieras en el ejercicio de su normal giro de actividades, así como brindar algunas recomendaciones generales que refuercen su deber de diligencia.

## I. RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL DERECHO COMPARADO.

### 1. ESTADOS UNIDOS.

El tema es regulado por la COMPREHENSIVE ENVIRONMENTAL RESPONSE COMPENSATION AND LIABILITY ACT (CERCLA) de 1980, modificada por la Asset Conservation Lender Liability (1996) y Deposit Insurance Protection Act (1997).

La CERCLA fue promulgada para obligar a los responsables del daño ambiental a soportar los costos del saneamiento de sitios contaminados con sustancias peligrosas<sup>5</sup>. La norma sigue un criterio de responsabilidad estricto y objetivo<sup>6</sup>, separado e independiente de la existencia de culpa o negligencia (omisión

al deber de cuidado), siendo las únicas causas de exoneración de la responsabilidad los denominados “Acts of God” o sea, la fuerza mayor – caso fortuito, o bien el hecho de un tercero.

La responsabilidad contemplada por CERCLA es en base a la tenencia de sitios contaminados con desechos peligrosos como propietario “ownership” o bien, del desarrollo de operaciones y actividades con sustancias peligrosas como operador directo “management”.

La norma CERCLA atribuye a la Agencia de Protección del Ambiente (EPA)<sup>7</sup> competencias para individualizar los sitios contaminados o en riesgo de contaminación, constituir listados de sitios de prioridad nacional<sup>8</sup> en base a nivel de peligro que representan, y obligar a los responsables a soportar los costos del saneamiento ambiental.

CERCLA instituye desde 1980 un fondo de compensación ambiental denominado *Superfund*, cuyo objetivo es la restauración de lugares contaminados con sustancias peligrosas y financiar el saneamiento de vertederos tóxicos o peligrosos con fondos provenientes del gravamen sobre petróleo y determinados productos químicos, impuestos a la importación de determinados productos químicos, impuestos a las ganancias empresariales, partidas presupuestarias, así como de fondos obtenidos por la recuperación de los costos de la limpieza de lugares contaminados con sustancias peligrosas<sup>9</sup>.

- 5 La CERCLA emplea el término “clean up” para referirse a la reparación, compensación y restauración de sitios contaminados.
- 6 Utiliza el término “Strict Liability”
- 7 Environmental Protection Agency (EPA)
- 8 National Priority List
- 9 Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Dentro del funcionamiento del *Superfund* se recoge el principio de responsabilidad solidaria, donde las sujetos potencialmente responsables financian a través de contribuciones dinerarias, destinadas a fortalecer el fondo para el cumplimiento de los objetivos propuestos por la autoridad, existiendo además la posibilidad de acciones de repetición o regreso de quienes afronten los costos de la remediación respecto del resto de los potenciales responsables del hecho que produce el daño<sup>10</sup>.

El *Superfund* actúa subsidiariamente en los supuestos donde no pueda determinarse la responsabilidad del operador, cuando el responsable es insolvente o su solvencia no alcanza para pagar el total saneamiento del sitio, o cuando los costos no pueden recuperarse a través del esquema de responsabilidad<sup>11</sup>.

## 1.2. Evolución de la responsabilidad ambiental bajo la CERCLA.

La CERCLA distingue entre varios sujetos pasivos de obligaciones. Por una parte menciona al *Fiduciario* el cual es visto en sentido amplio, ya sea el “*trustee*” del contrato de fideicomiso, acreedor hipotecario y prendario, el arrendante del contrato de préstamo (leasing), otorgante del contrato de factoring, y quienes tienen derecho sobre bienes en interés de un tercero o de un crédito.

Por otra parte menciona y regula la responsabilidad de los “*Lender*”, término que abarca a las instituciones financieras, de leasing, de fideicomiso, aseguradoras de crédito y acreedores ordinarios.

Por último utiliza el término “*Foreclosure*” para referirse al derecho de posesión del bien para su posterior venta (depósito judicial o voluntario) y el de “*Management*” para aquel operador con participación en la dirección empresarial.

Previo a la reforma de 1996<sup>12</sup>, CERCLA llegó a considerar responsable de los costos del saneamiento ambiental de los sitios contaminados a los “*lenders*” en caso de presunción de propietario<sup>13</sup> o participación como operador en el “*management*” de la empresa que ocasionó el riesgo. Por su parte, la reforma de 1996 estableció límites para la responsabilidad de los “*fiduciarios*” correspondiente al valor de los bienes en poder de los mismos.

ESTADOS UNIDOS contra T.P. LONG CHEMICAL ante Corte de Quiebras del Distrito Norte de Ohio de 1985, es el primer precedente jurisprudencial en tratar la responsabilidad de las entidades financieras respecto a los costos del saneamiento ejerciendo el derecho de posesión del bien del deudor para su posterior venta “*foreclosure*”. En sentencia, la Corte de Quiebras resolvió que el ejercicio del aseguramiento<sup>14</sup> en bienes personales del

10 Sebsay, Daniel Alberto y Di Paola, María Eugenia (2003). El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente. Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. Número 17. Buenos Aires: La Ley.

11 Valls de Rossi, Mariana, Daño Ambiental, Responsabilidad por daño ambiental (quinta entrega), extraído de Edial.com, Biblioteca Jurídica Online, accesible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com).

12 Asset Conservation Lender Liability (1996)

13 CERCLA utiliza el término “*indicia of ownership*”

14 CERCLA utiliza el término “*security interest*”

deudor no podía justificar la responsabilidad del Banco de acuerdo a la norma CERCLA.

En el caso ESTADOS UNIDOS contra MIRABILE de 1985, la Corte de Distrito excluyó la responsabilidad del operador en virtud que el demandado solo participó en el día a día de la operación “*management*” por un lapso de 4 meses (hasta la enajenación del bien), y por tanto, no podía equiparse su comportamiento con el de un propietario u operador a los efectos establecidos por la CERCLA.

El anterior criterio jurisprudencial cambia a partir del caso ESTADOS UNIDOS contra MARYLAND BANK AND TRUST CO, donde la Corte resolvió que el ejercicio del “*Foreclosure*” sobre bienes del deudor y consiguiente adquisición de la propiedad, causaban responsabilidad respecto a los costos de limpieza y saneamiento de los desperdicios dañinos vinculados con la propiedad. Este fallo produjo un impacto negativo en el mercado entre prestamistas y tomadores de créditos, e hizo casi imposible el financiamiento de ciertas ramas de la industria, siendo que algunos prestamistas prefirieron renunciar al ejercicio o derecho de “*foreclosure*” ante el peligro de ser considerados responsables de la limpieza.

Para el año 1990 se da un nuevo cambio de precedente en el juicio BERGSOE ante el Tribunal Noveno Circuito, mismo que resolvió en sentencia que “el acreedor (*lender*) puede estar en posición de ejercer influencia en el tratamiento o no de materiales peligrosos, pero si solo tiene el poder de verse envuelto en el “*management*” pero no lo ejerce de hecho, no tiene responsabilidad”.

15 “*Trustee*” del contrato de fideicomiso, acreedor hipotecario y prendario, arrendante del contrato de préstamo (leasing), otorgante del contrato de factoring, y quienes tienen derecho sobre bienes en interés de un tercero o de un crédito.

## 1.3 Responsabilidad bajo el esquema actual de la ley CERCLA

Bajo el actual esquema de responsabilidad ambiental de la CERCLA, el *Fiduciario*<sup>15</sup> que libere, vierte o emane sustancias peligrosas de un receptáculo o instalación, limita su responsabilidad de saneamiento a los activos que detente en ese carácter.

Esta limitación no se prolonga a personas que actúan en otro carácter distinto al de *Fiduciario*, ni tampoco al mismo fiduciario cuando su propia omisión al deber de cuidado causa o contribuye a la emanación de sustancias peligrosas.

La norma CERCLA excluye a los “*lenders*” o financiadores de las responsabilidades propias del “propietario” u “operador”. De esta forma, la CERCLA diferencia entre el propietario o guardián, respecto a quien solo manifiesta “*indicia of ownership*” para proteger su interés de acreedor asegurado (hipoteca, fideicomiso, cesión, privilegio o embargo judicial, prenda, contrato de garantía, factoring, leasing), es así como el simple ejerciendo el derecho de posesión del bien del deudor para su posterior venta “*foreclosure*” no implica responsabilidad por daño ambiental.

## 2. ARGENTINA

Argentina sin lugar a dudas, posee el sistema de responsabilidad civil más desarrollado de Latinoamérica, siendo que la responsabilidad por daño ambiental no escapa de dicha realidad.

La responsabilidad estrictamente ambiental se encuentra regulada por la ley 25675 “Ley General del Ambiente”, norma que define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifica negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos, y tiene como objeto de regulación todos aquellos hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva.

El esquema de responsabilidad por daño ambiental sigue un modelo de carácter objetivo<sup>16</sup> contemplando expresamente la obligación del restablecimiento al estado anterior a su producción<sup>17</sup>, siendo las únicas causas de exención de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.<sup>18</sup> 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 hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.<sup>19</sup>

La Ley General del Ambiente otorga a los tribunales jurisdiccionales ordinarios, según corresponda por el territorio, materia o persona, la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental, además sigue un modelo de legitimación sumamente amplio en el cual se

16 “El sistema acepta plenamente la responsabilidad objetiva. Desde su dación, el Código Civil la había establecido para algunos supuestos de daño ambiental (artículos 1133 y 1134), principios que la reforma de 1968 generalizó (artículo 1113, párrafo 2). Por ello, quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su dependencia o guarda una persona o cosa que lo cause será plenamente responsable” Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 222.

17 La jurisprudencia se ha encargado de desarrollar el tema, al respecto cabe destacar... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor debe probar que la culpa de la víctima lo ha excluido. El nexo causal, a su vez, solo requiere de mero contacto. Los cuidados que se observan en el proceso industrial resultan irrelevantes si, en definitiva, el daño se produce... Puede atribuirse a la demandada responsabilidad objetiva en la producción del daño ambiental, tanto si se considera que el mismo fue ocasionado por la “cosa” en el caso arsénico de propiedad de la accionada – como si se estima el complejo industrial como cosa o actividad riesgosa... Puede estimarse el abandono de desechos contaminantes como conducta riesgosa, generadora de responsabilidad. También se ha señalado que quien debe responder es el dueño o guardián en el momento de la introducción del riesgo. Nuestro actual derecho positivo recoge la idea. Según el artículo 46 de la ley 24051, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos”, texto de sentencia extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

18 El tema ha sido abordado por la jurisprudencia argentina y a manera de ejemplo se muestran los siguientes extractos de sentencias “... No se aportó prueba que demuestre que la contaminación tuvo su origen en el hecho de tercero –interrupción o ruptura del nexo causal-. No basta a la responsabilidad de las accionadas la circunstancia de que existan responsabilidades de que mediante las redes de desagüe operadas por OSN, hay Aguas Argentinas S.A., pudieran filtrarse combustibles pertenecientes a otras estaciones de servicios o que los desechos cloacales contribuyan a la generación de mayor contaminación, pues en todo caso puede llegar a existir una responsabilidad plural... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor debe probar que la culpa de la víctima lo ha excluido”, texto extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

19 Artículo 31 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

le otorga legitimación activa para obtener la recomposición del ambiente dañado, tanto al afectado directo, como al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, al estado nacional, provincial o municipal. Además otorga legitimación para solicitar indemnización a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.<sup>20</sup>

La Ley General del Ambiente dispone expresamente la obligación de todo sujeto físico o jurídico, público o privado, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Si bien la Ley General del Ambiente de Argentina obligó la contratación de seguros para todas aquellas actividades riesgosas para el ambiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiese producirse, lo cierto del caso es que la norma no lo reguló, siendo las resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación 1398/2008, 177/2007, 303/2007, 1639/2007 y las resoluciones conjuntas 178/07 y 12/07; 98/07 y 1973/04 con la Secretaría de Finanzas, las que delinear y determinan los aspectos claves y conflictivos, tales como las actividades riesgosas que debe contratar el seguro para daños de incidencia colectiva, así como los criterios para establecer los montos mínimos asegurables. Actualmente,

20 Artículo 30 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

la cobertura se encuadra en la modalidad de caución, donde el Asegurado es la autoridad competente, el Estado, que es quien ejerce la tutela sobre el medio ambiente, el asegurador es la persona jurídica que cubre el riesgo pactado contractualmente en la póliza; y el tomador, el titular de la actividad riesgosa asegurada que celebra el contrato de seguro con el Asegurador.

Por su parte, la ley 24051 sobre residuos peligrosos en su artículo 46 dispone que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del domicilio de los residuos peligrosos. Igual esquema siguen tanto el artículo 41 de la Ley 25612 respecto la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales y de actividades de servicio y el numeral 9 de la ley 24804 “Ley Nacional de la Actividad Nuclear” por accidentes ocasionados con sustancias nucleares fuera del sitio de la instalación o fuera del transporte, cuando al momento de ocurrir el accidente nuclear esas sustancias hubieren sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono.

Por último, la Ley 24441 denominada Ley de Fideicomiso, incluye 2 normas que limitan la responsabilidad objetiva derivada del 1113 del Código Civil Argentino, aplicable a casos de fideicomiso y leasing. Su artículo 14 dispone que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 CC se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el

fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Mientras tanto, el numeral 33 reza que la responsabilidad objetiva del dador emergente del art 1113 CC se limita al valor de la cosa entregada 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.

### 2.1. Responsabilidad de los entes financieros por otorgamiento de créditos a actividades que resulten contaminantes o contaminadas.

Al respecto, el autor argentino Héctor Alegría<sup>21</sup> opina que debe de partirse del hecho de la ausencia de norma jurídica que imponga una conducta específica a las entidades financieras. De esta forma, el financiador (externo no vinculado con la actividad que financia) no es responsable de los daños ambientales producidos por el tomador del crédito. Lo anterior aplicaría tanto si el tomador usó los fondos con el destino previsto, como cuando les otorgó otro tipo de uso. El jurista argentino recalca que las entidades financieras no son policía ambiental, ni poseen facultades legales para imponer conductas a sus clientes, salvo cuando se hayan contemplado cláusulas verdes (green clauses) en el contrato de préstamo.

### 2.2. Responsabilidad emergente por la tenencia de la cosa contaminante o contaminada durante la ejecución del crédito.

Si la entidad financiera, al ser puesta en tenencia de la cosa por depósito judicial o

voluntario, produce con ella daños a terceros incluyendo daños a bienes colectivos, su responsabilidad de tipo objetivo, derivaría del artículo 1113 del Código Civil, no existiendo razón jurídica para su exención de responsabilidad.

El Dr. Mario F. Valls nos señala que el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito. Las excusas que tendría son que el daño sea causado por el depositante usando la cosa dada en depósito, porque ello interrumpiría los efectos del contrato de depósito o por cualquier interrupción y las excusas aplicables en cada caso. Su criterio es que, la responsabilidad solidaria por daño ambiental abarcaría también al propietario de la cosa y al poder judicial que impusiera la guarda para evitar un mal mayor, y como ejemplo nos señala el ya famoso caso Beatriz Mendoza del Riachuelo, donde la Corte argentina condenó a la vez a los Gobiernos nacional, de provincia y de la ciudad por no haber impedido que cosas de los habitantes causasen daño ambiental.

Además y coincidiendo con la tesis del Dr. Héctor Alegría<sup>22</sup>, todos aquellos gastos en que incurra la entidad financiera para evitar degradación ambiental durante la tenencia del bien, deberían equiparse a “mejoras necesarias” y tener prioridad de pago ya sea en concurso o quiebra, o como gastos o costas procesales del proceso de remate.

21 “Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero”, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio”, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pág. 322.

22 “Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero”, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio”, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pág. 323.

### 2.3. Responsabilidad derivada de la venta del bien contaminado o contaminante a terceros.

Tal y como lo expone acertadamente el Dr. Mario Valls<sup>23</sup>, la responsabilidad ambiental normalmente es “*propter rem*”, o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina. Se transmite sucesivamente a quien va usando o se va sirviendo de la cosa que daña al ambiente. En consecuencia, todo adquirente de una cosa debería averiguar si contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental como cuando adquiere un animal afectado por una enfermedad contagiosa o un fundo contaminado por elementos infecciosos.

De esta forma, si la venta es judicial o extrajudicial y el bien nunca formó parte del patrimonio de la entidad financiera, ésta no será responsable frente al adquirente, salvo que hubiera otorgado garantía.

Mientras que si la entidad financiera se apropió del bien en ejercicio de su garantía (prendaria, hipotecaria o fiduciaria) y después vende la cosa contaminada o contaminante a un tercero, su responsabilidad sería la de cualquier vendedor.

### 2.4. Responsabilidad derivada del contrato de fideicomiso y del leasing

Siguiendo las reglas especiales de la responsabilidad contempladas para los

contratos de fideicomiso y leasing de la ley número 24441 “Ley de Fideicomiso”, específicamente para el fiduciario y para el dador en leasing respectivamente, ésta queda limitada al valor de la cosa fideicomitada o dada en leasing cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario o dador en leasing no pudieron razonablemente haberse asegurado, quedando intactas las demás responsabilidades del caso. El deber de diligencia de las entidades financieras en estos casos pareciera ser la descarga de la responsabilidad por daños ambientales y a terceros mediante la suscripción de seguros, mismos que por sí solos no excusan la solidaridad de la responsabilidad.

## BRASIL

Tanto la ley 6038 del 31 de agosto de 1981<sup>24</sup>, como el Decreto 99274 del año 1990<sup>25</sup>, disponen expresamente la obligación que recae sobre las entidades y agencias gubernamentales de financiamiento y gestoras de incentivos, de condicionar el respectivo otorgamiento de créditos e incentivos a la existencia demostrada de licenciamiento ambiental (EIA), y al cumplimiento de normas, criterios y lineamiento de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) para la actividad, obra o proyecto solicitante.

De igual forma, la ley 6.803 de 02/07/80 sobre Directrices Básicas para la Zonificación Industrial en áreas críticas de contaminación, en su artículo 12 dispone que

23 Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 223.

24 Artículo 12 «As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma da Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo Conama».

25 Artículo 23: «As entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento».

los órganos y entidades gestores de incentivos gubernamentales y los bancos oficiales, deben condicionar la concesión de incentivos y el financiamiento a industrias, a la presentación de la licencia ambiental.<sup>26</sup>

Más reciente, la ley 8.974, de 05/01/95, que establece las normas para el uso de las técnicas de la ingeniería genética y de la liberación en el ambiente de organismos genéticamente modificados, en el apartado 3 de su artículo segundo dispone que los entes financieros o patrocinadores de actividades o proyectos relacionados con Organismos Genéticamente Modificados (OGM's), públicos y privados, nacionales y extranjeros o internacional, deberán cerciorarse de la idoneidad técnico-científico de los solicitantes de créditos, y exigirles el cumplimiento tanto de las normas y mecanismos previstos por la misma ley como de sus propios lineamientos, teniendo la obligación de exigir la presentación del certificado de la calidad en Bioseguridad previsto en el artículo 6 de la misma ley, bajo el apercibimiento que en caso de incumplimiento serán co-responsables de lo que llegare a suceder.

De la normativa antes expuesta se deduce la obligación legal de las instituciones financieras de:

- Condicionar los créditos a la aprobación de la licencia ambiental (EIA)
- Condicionar el financiamiento al cumplimiento de normas administrativas ambientales

De esta forma, las instituciones financieras deben cumplir su compromiso social en el área ambiental derivado del artículo 225 constitucional y demás normativa infraconstitucional, no bastando únicamente la exigencia de la respectiva licencia ambiental, sino que es necesario además que valoren los riesgos de daños ambientales de las actividades, obras o proyectos que financian, y exijan a sus deudores el cumplimiento de las normas ambientales, caso contrario, serían solidariamente responsables de los daños ambientales que acontecieren.

Por lo anterior, coincidimos plenamente con el destacado jurista brasileño Paulo Leme<sup>27</sup> cuando afirma:

*«o financiamento, em que se analisa a variante ambiental, passa a ensejar um novo tipo de convivência administrativa, colocando em parceria os bancos e os órgãos ambientais»*

#### 4. PARAGUAY

La ley 294/93 sobre Evaluación de Impacto Ambiental en su artículo 12, dispone que:

*“La Declaración de Impacto Ambiental será requisito ineludible en las siguientes tramitaciones relacionadas con el proyecto:*

- a) Para obtención de créditos o garantías.*
- b) Para obtención de autorizaciones de otros organismos públicos; y,*
- c) Para obtención de subsidios y de exenciones tributarias.”*

<sup>26</sup> Artículo 12: «os órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais e os bancos oficiais condicionarão a concessão de incentivos e financiamentos às indústrias, inclusive para participação societária, à apresentação da licença de que trata esta lei.»

<sup>27</sup> Citado por Alvarez Vianna, J.R, “A responsabilidade solidária das instituições financeiras por danos ambientais”, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca.htm>.

La misma norma dispone que mediante la reglamentación que realizará la Secretaría del Medio Ambiente (SEAM), se establecerá las características que deberán reunir las obras y actividades cuyos proyectos requieran Declaración de Impacto Ambiental.

A pesar de la anterior exigencia, el Decreto Reglamentario de la Ley 294/93, no se pronuncia sobre el Artículo 12 de la ley, es decir no lo reglamenta, y por tanto surgen dudas acerca de en qué casos, las entidades financieras deben exigir la presentación de la Declaración de Impacto Ambiental, en el entendido que dicha exigencia es una clara obligación legal de hacer, cuya omisión

podría generar responsabilidad civil por daño ambiental de la entidad financiera, si luego se llegare a confirmar que la actividad financiada por ella, sin requerir el citado requisito, ha causado efectivamente daños al medio ambiente.<sup>28</sup>

Parece quedar claro que en caso de financiación de proyectos, la Declaración de Impacto Ambiental es un requisito indispensable, y debe ser un factor de riesgo más a evaluar: el riesgo ambiental, mismo que constituye un pasivo contingente de suma importante al analizar el crédito. El problema surge respecto a todas aquellas actividades que llevan a cabo las entidades financieras en

<sup>28</sup> Consultada sobre el tema, la jurista paraguaya Guillermina Basaglia expresó lo siguiente: “Entonces tenemos que, si bien la norma establecida en el Artículo 12 de la Ley 294 es clara con respecto a la obligación legal de “hacer” (verificar el cumplimiento de la legislación ambiental vigente mediante la posesión de la DIA), la misma no resulta aun operativa por no existir reglamentación al respecto. Con relación a los alcances del tipo responsabilidad imputable, la legislación general sobre obligaciones contenida en el Código Civil paraguayo presenta una limitación concreta al referirse al fenómeno de la solidaridad, tras establecer que la misma debe nacer de declaraciones legales taxativas. Este dispositivo legal, no podría ser ignorado ni soslayado por diseños reglamentarios establecidos vía Decreto o Resoluciones. La conducta del legislador paraguayo ya ha demostrado la recepción del mandato legal que condiciona el nacimiento de la solidaridad, al sancionar Leyes especiales que regulan supuestos puntuales en que intervienen agentes intermediarios que viabilizan el negocio jurídico (comparable perfectamente al caso objeto de este ensayo), con la entrada en vigencia y aplicación de la Ley... de Escribanos... que establece que en los casos... serán solidariamente responsables. Si bien la tutela ambiental requiere de los más flexible y amplios criterios de interpretación, es nuestro parecer que en el caso de Paraguay la solidaridad, para ser considerada imputable a las Entidades Financieras, requiere de una remisión legal concreta. Con relación al estado actual de la cuestión, no hay dudas que hay obligación legal que pesa sobre las Entidades Financieras de pedir DIA. Se reconoce entonces que se requiere generar una solución normativa en la brevedad posible a fin de evitar que el artículo 12 de la Ley 293/94 caiga en desuetudo por la sobrevivencia en el tiempo de lagunas reglamentarias. Con relación a la imputabilidad de los efectos de la responsabilidad nacida por omisión de un deber legal (omisión de verificación de tenencia de DIA), podría considerarse dentro de los patrones del sano juicio legislar complementariamente imponiendo una escala progresiva de sanciones por incumplimiento del Artículo 12 de la Ley 294/93, dentro de cuya arquitectura reglamentarista de la norma pudieran jugar un rol preponderante factores de atribución de carácter subjetivo y objetivo: En primer lugar, consideramos importante tipificarse el grado de negligencia cometida (factor subjetivo) por la entidad financiera ante la omisión -al realizar la evaluación de riesgos proyectos de alto potencial contaminador, de los cuales resulta a todas luces procedente la revisión del cumplimiento de la legislación ambiental a diferencia de aquellos de los cuales directamente no se hace presumible la generación de daño ambiental- y la magnitud del daño ambiental generado -como ser: grave, medio y leve- (factor objetivo). Por lo tanto, a través de la graduación de la negligencia y la medición del daño, plasmados en categorías, podrían operativizarse los principios generales del derecho ambiental imponiendo responsabilidad (definida e inidentificada) a sujetos intervinientes, aunque objetivamente, en la generación del daño ambiental. Concluyendo, podría sostenerse que la responsabilidad solidaria no es atribuible a las entidades financieras en los casos que analizamos y que para que el Artículo 12 de la Ley 294 sea operativo se requiera una modificación legal que imponga sanciones ante el incumplimiento del mandato legal que recae sobre las Entidades Financieras, cuya graduación podría ser evaluada función a la negligencia cometida y a la magnitud del daño ambiental acaecido”.

su giro normal además de la financiación de proyecto, actividades como el otorgamiento de préstamos para capital operativo, para financiación de importaciones, financiación de exportaciones, financiación de bienes de capital, financiación de capital operativo y garantías de mantenimiento de oferta o buen cumplimiento, cartas de crédito de importación o exportación, avales, etc., sobre las cuales no existen lineamientos claros respecto al deber de exigir o no DIA, laguna jurídica que debe ser llenada vía reglamentación.

Para la jurista paraguaya Rosa Velázquez de Palacios,<sup>29</sup> existen argumentos importantes para sostener la tesis de que las entidades financieras están obligados a exigir la presentación de la Declaración de Impacto Ambiental, previo a cualquier desembolso de préstamo o garantía relacionado a un proyecto que pueda tener un impacto ambiental, de acuerdo a la enumeración contemplada en la Ley 294/93, y que el incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidades civiles a cargo de dichas entidades.

Al respecto menciona la alta relevancia del bien jurídico protegido: el ambiente; las disposiciones constitucionales relacionadas al ambiente; las ratificaciones del Paraguay al Tratado de MERCOSUR y al Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR; la Ley del EIA; los Principios Generales del Derecho Ambiental; y la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, argumentación que refuerza el deber de diligencia que deben poner todos los agentes, privados o públicos, que intervienen directa o indirectamente en aquellas actividades que pueden generar

daños al medio ambiente, siendo evidente que la financiación de un proyecto constituye un factor esencial para que tal actividad pueda concretarse, y en esta fase, la participación de las entidades financieras es innegable.

Velázquez de Palacios concluye que es necesaria la reglamentación de la Ley 294/93 para detallar de manera explícita qué operaciones crediticias están sujetas al requisito de la DIA de modo que la ley no se convierta en un innecesario obstáculo para la financiación de aquellas actividades que no requieren de dicha exigencia. Su posición es que no están dadas las condiciones para que se implemente la exigencia como manda la Ley, salvo en el otorgamiento de créditos destinados explícitamente a financiar Proyectos de Inversión, pero existen muchos casos dudosos y otros que se encuentran bajo la discrecionalidad de la SEAM, que necesitan ser debidamente reglamentados por parte del Banco Central del Paraguay. No hay duda de que los Bancos y Entidades Financieras serían un órgano contralor más para la SEAM, descentralizando sus actividades y evitando duplicación de funciones, por contar los Bancos con personal altamente calificado en evaluación y análisis de riesgos que bien podrían hacer este control.

## II. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR DAÑO AMBIENTAL EN COSTA RICA

Previo a desarrollar algunos de los supuestos de responsabilidad por daño ambiental en que podrían incurrir las entidades financieras en su normal giro comercial,

es prioritario tener claro las características generales del sistema costarricense de responsabilidad ambiental, desarrollado tanto a través normativo como jurisprudencial.

Ha de tenerse en cuenta que el hecho o conducta dañosa del ambiente puede ser de naturaleza activa u omisiva, voluntaria o involuntaria, culposa o dolosa, lícita o ilícita, actuando por sí, o por encargo de otro, ya sea realizado por persona física o jurídica, privada o pública (administración centralizada y descentralizada).

A la vez, la responsabilidad por daño ambiental puede generarse tanto por acción como por omisión, por hecho ilícito como lícito (los permisos ambientales no exoneran de responsabilidad). Su naturaleza es de tipo objetivo y de carácter solidario entre todos los sujetos que por acción u omisión participaron en el hecho dañoso, con inversión de la carga probatoria recayendo ésta en el sujeto procesal a quien se le acusa de haber cometido daño ambiental, siendo los únicos eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima y hecho tercero.

El sistema de legitimación activa para reclamar acciones preventivas, indemnizatorias y compensatorias es sumamente amplio, por tratarse el daño ambiental de un típico interés difuso, existiendo en todos los casos, la obligación de restauración el ambiente, en la medida de lo posible, a su estado anterior.

Además, debe tenerse siempre presente que un mismo hecho dañoso contra el ambiente

puede dar lugar tanto a responsabilidad penal, civil, como administrativa, pudiendo ser conocidos bajo las reglas propias de los distintos ramas del derecho, por procesos diferentes y ante distintos órganos jurisdiccionales o administrativos, no implicando en ningún momento que la exoneración de responsabilidad en una vía, conlleve que necesariamente se exima de responsabilidad en otra.<sup>30</sup>

### 1. Responsabilidad de los entes financieros por otorgamiento de créditos a actividades, obras o proyectos contaminantes o contaminados.

Al respecto, es de vital importancia tener presente que la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en sus numerales 73 y 108, prohíbe expresamente a los bancos comerciales:

- Realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios;
- Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento.
- Otorgar créditos para industrias cuyo funcionamiento, a juicio exclusivo suyo, no sea provechoso para la economía nacional o no presente posibilidades financieras satisfactorias;

<sup>29</sup> Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Limoges y Universidad Católica de Paraguay

<sup>30</sup> Sentencias 14076-2004 de las 9:28 horas del 10/12/2004 y 9690-2008 de las 10:15 horas del 13/06/2008 de la Sala Constitucional y sentencia 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009, Tribunal Contencioso Administrativo.

- Otorgar créditos cuando los promotores de la industria no posean la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.

**1.1. Entidad bancaria conoce, acepta y asume el riesgo de financiar una actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminado o contaminante del ambiente.**

Se parte del supuesto que existió voluntad y cognición (dolo) por parte de la entidad bancaria de financiar una actividad riesgosa y/o contaminante, a pesar de las prohibiciones establecidas en los artículos 73 y 108 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

El dolo es causa autónoma de responsabilidad no dispensable, y de conformidad con el artículo 701 del Código Civil no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione, aunque se hubiere pactado lo contrario.

Además, tal y como lo dispone el artículo 1045 del mismo cuerpo normativo:

*“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”*

Y de forma específica, el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente establece:

*“Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente*

*y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica”*

De lo anterior es fácil deducir que las entidades financieras y sus titulares, que conocen y asumen voluntariamente los riesgos de financiar actividades, obras o proyectos contaminantes o contaminados, son objetiva y solidariamente responsables de los daños ambientales que lleguen a acontecer a través de la actividad financiada, encontrándose obligados junto con el financiado, a recomponer el ambiente a su estado básico anterior.

**1.2. Entidad bancaria participa directamente en la administración u operación de la actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminante o contaminado, o bien, es su socio o copropietario.**

En este supuesto, la entidad financiera, a pesar de la prohibición establecida en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, interviene directamente en la actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminante o contaminado, ya sea administrándolo, operándolo, o bien como socio o copropietario, ostentando entonces

dominio de la actividad que genera daños ambientales. Cabe destacar que como excepción, el mismo numeral 73 faculta a los bancos del Estado con el objeto de asegurar la recuperación de sus créditos, a convenir con las empresas deudoras suyas, la intervención de éstas cuando se encuentren en estado de difícil situación económico financiera que les impida atender adecuadamente sus obligaciones. Con tal objeto, los bancos pueden nombrarles interventores, administradores o fiscalizadores, o ejercer cualquier tipo de vigilancia, fiscalización o control de la empresa y su administración.

Al existir dominio de la actividad, sería de aplicación la teoría general del riesgo y sus dos corrientes de justificación, por una parte, el “riesgo provecho”, basado en el provecho o beneficio que goza el que crea y asume el riesgo, y por otra, el “riesgo creado” que supone un acto anormal valorado según las condiciones normales de la época y del lugar. De acuerdo con la teoría general del riesgo, toda actividad económica comporta la creación de un peligro para la comunidad, es decir, es fuente posible de daño. De esta forma, el riesgo obliga al que crea o saca provecho de él, al que abusa del derecho o excede la normal tolerancia, así como al agente que desorbita los límites propios de la razonabilidad y proporcionalidad en cada caso particular.

Por ello, las entidades financieras y sus titulares, que participan voluntariamente en la gestión de las actividades, obras o proyectos riesgosos, contaminantes o contaminados, son objetiva y solidariamente responsables de los daños ambientales que lleguen a acontecer a través de la actividad financiada, encontrándose obligados junto con el financiado, a recomponer el ambiente a su estado básico anterior.

**1.3. Entidad Financiera otorga crédito sin cerciorarse que la actividad, obra o proyecto requería de viabilidad ambiental (EIA), permiso sanitario de funcionamiento (PSF), autorización municipal de uso de suelo, o cualquier otro tipo de permisos o licencias ambientales.**

En este supuesto, existiría una omisión al deber de cuidado (culpa) por parte del ente crediticio al no exigirle a su financiado, la presentación previa de los permisos exigidos por la normativa ambiental, siendo que dicha omisión sería co-causa del daño que acontezca.

Es importante tener en cuenta que para ciertas actividades específicas, la exigencia previa de permisos ambientales se convierte en una obligación del ente crediticio, tal y como lo contempla, a manera de ejemplo, el artículo 113 de la Ley Orgánica del Ambiente:

*El Sistema Bancario Nacional podrá abrir una cartera crediticia ambiental destinada a financiar los costos de reducción de la contaminación en procesos productivos, mediante créditos a una tasa de interés preferencial que determinará el Banco Central de Costa Rica. Cuando los procesos productivos impliquen el uso del suelo, para el financiamiento, el Sistema Bancario Nacional deberá exigir un plan de manejo y uso de las tierras de conformidad con capacidad de uso.*

En otros casos, la normativa deja a “discreción” de la entidad financiera la exigencia del permiso o la licencia:

Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos.

*Artículo 20. En las áreas previamente declaradas como críticas, según el artículo 16 de esta ley, ya sean de dominio privado o público, los dueños de los terrenos deberán aplicar forzosamente todas las medidas y prácticas que conlleven la recuperación del suelo y preservación del ambiente en general.*

*Para otorgar los créditos para realizar actividades en las áreas críticas, los bancos del Sistema Bancario Nacional podrán solicitar, como requisito de trámite, la presentación de un estudio de impacto ambiental orientado a la actividad agroecológica al nivel de cuenca, subcuenca o finca, que determine su capacidad de uso y recomiende las prácticas agronómicas adecuadas para el buen manejo y conservación del recurso suelo, de manera que se asegure que la actividad por desarrollar esté acorde con la capacidad de uso de la tierra.*

#### Ley de Pesca y Acuicultura

*Artículo 109.—Para el caso de los contratos de crédito que se celebren entre los bancos del Sistema Bancario Nacional y los propietarios de embarcaciones que cuenten con licencia de pesca debidamente otorgadas por INCOPECA, en los cuales se tenga como garantía parcial o total la embarcación sobre la cual se tiene por autorizada el uso de la licencia, el INCOPECA podrá dar su autorización para que en el caso de remate de la embarcación, la licencia*

*correspondiente se traspase a favor de quien resulte adjudicatario de la misma, en iguales condiciones y por el plazo restante al otorgado originalmente.*

A efectos de establecer responsabilidades, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Ambiente sobre imputación por daño ambiental:

*“El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen”*

Por ello, el deber de diligencia ambiental “due diligence” conllevaría a la entidad financiera la exigencia a su deudor, previo al otorgamiento del crédito y durante su vigencia, de todos y cada uno de los permisos ambientales necesarios para realizar la actividad, obra o proyecto propuesto, caso contrario, tanto el financista como sus titulares, podrían ser considerados objetiva y solidariamente responsables junto con el deudor, de los daños ambientales que acontecieran, y solidariamente se encontrarían obligados a restaurar el ambiente degradado.

**1.4. Financista cumple con su deber de diligencia “due diligence” ya sea, mediante la imposición de “green clauses” dentro del contrato de crédito, y/o exigiendo al deudor viabilidad ambiental (EIA), permiso sanitario de funcionamiento (PSF), autorización municipal de uso de suelo, o cualquier otro tipo de permisos o licencias ambientales.**

Tal y como se expuso anteriormente, el riesgo intrínseco que conllevan muchas

actividades, obras o proyectos sobre el medio ambiente, así como la posibilidad que la responsabilidad por daño ambiental se extienda al otorgante del crédito, obligan el reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades financieras, ya sea mediante la suscripción de cláusulas verdes<sup>31</sup> dentro de los contratos financieros y/o la exigencia al deudor de todos los permisos ambientales requeridos por la normativa, antes y durante la vigencia del crédito.

El reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades crediticias exigiendo permisos ambientales y/o estipulando cláusulas verdes en los contratos financieros, prevendría el daño ambiental de las actividades, obras y proyectos financiados.

Este tipo de estipulaciones contractuales encuentran asidero jurídico en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que específicamente en su artículo 64 dispone que los planes de inversión de los créditos pueden ser objeto de control por parte de los bancos, siendo que cuando éstos comprueben que los fondos han sido destinados a fines distintos de los especificados sin que hubiere mediado previo acuerdo u autorización expresa por parte del ente financiero, los bancos acreedores se encontrarían facultados a dar por vencido el plazo de la obligación. Además, la misma norma autoriza a las entidades bancarias a reglamentar las hipotecas que garanticen

créditos abiertos, conforme a lo estipulado en el artículo 414 del Código Civil.

De esta forma, a pesar que la responsabilidad por daño ambiental es de carácter objetiva, la entidad financiera que demuestre su actuar diligente de conformidad con las reglas anteriormente expuestas, podría excusarse mediante la excepción procesal de hecho de un tercero, siendo ese tercero precisamente el tomador del crédito.

**2. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras a raíz del contrato de depósito (judicial o contractual) o la tenencia temporal de bienes contaminantes o contaminados.**

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional faculta a los bancos comerciales a actuar como depositarios judiciales o extrajudiciales, así como a actuar como mandatarios y, especialmente, como administradores de bienes sucesorios o que pertenezcan a menores, incapaces o ausentes.

En los casos en que un banco comercial tuviere que hacer efectivas las garantías constituidas a su favor por operaciones de crédito, procederá de conformidad con las siguientes disposiciones establecidas en el numeral 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional que al efecto dispone:

<sup>31</sup> Las cláusulas ambientales o “green clauses” dentro de los contratos financieros condicionan la eficacia del contrato de préstamo, el desembolso o su mantenimiento, al cumplimiento por parte del deudor de los requerimientos exigidos por la normativa ambiental. Mediante green clauses, el ente financiero podría exigir la realización de inspecciones, auditorías ambientales, toma de seguros, etc, bajo sanción de dar por vencido el plazo del crédito y por tanto, exigible la obligación en caso de incumplimiento por parte del tomador del crédito. De igual forma, es posible vía “green clauses” exigir información suficiente de los destinos señalados por el usuario para la aplicación de los fondos, analizar los proyectos que se pretenden financiar, controlar el uso efectivo de los recursos crediticios y pactar el vencimiento del plazo ante incumplimiento del destino de los fondos (cláusula de aceleración).

- Si se tratare de bienes inmuebles hipotecados o cuyos frutos hubieren sido dados en prenda agrícola al banco, este podrá pedir el embargo del inmueble o, en su caso, de los frutos y ejercer el cargo de depositario por medio de la persona que él mismo indique, bajo su propia responsabilidad. En virtud de ese depósito, el Banco recibirá la posesión del inmueble y podrá percibir sus rentas, entradas o productos, los cuales aplicará de preferencia a cubrir los gastos ocasionados, incluyendo los gastos de administración, y el resto lo destinará al pago de su crédito, con los respectivos intereses, hasta la liquidación final.
- Si se tratare de animales dados en prenda, el Banco podrá solicitar el embargo o depósito de los mismos, y proceder a la venta de ellos mediante remate que podrá efectuar el depositario que será nombrado a indicación de aquél. Para ese efecto, el deudor deberá, al constituir la garantía, convenir en que la venta se haga en la forma indicada y por el precio mínimo que se fije en el respectivo documento. El producto de la venta se aplicará, en primer término, a cubrir los gastos causados y el sobrante se destinará al pago de los intereses no satisfechos y a la cancelación de la deuda. Todas esas operaciones deberán ser aprobadas por la autoridad judicial que conozca del negocio.

### **2.1. Entidad financiera ejerce depósito de un bien, y durante su tenencia, éste se contamina y/o contamina otros bienes (acción u omisión).**

Según los artículos 1348 del Código Civil y 523 del Código Comercio, el depositario se

encuentra inhibido de utilizar la cosa dada en depósito.

Por su parte, los artículos 1349 y 1363 del Código Civil establecen que sobre el bien dado en depósito, su depositario se encuentra obligado a prestar en su guarda y conservación, el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas, y tratándose de un bien inmueble, tiene respecto a su administración, las facultades y obligaciones de un mandatario con poder general.

Sobre la responsabilidad del depositario, el numeral 523 del Código Comercio dispone que en su ejercicio, responderá de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufran por culpa, dolo o negligencia suya o de sus empleados o encargados.

De las normas antes citadas, en conjunción de los artículos 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, se extrae la responsabilidad por daño ambiental y deber de recomposición que recaería sobre la entidad financiera que actué como depositario cuando en su ejercicio, acontece daño ambiental por medio del bien dado en depósito, dado que el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, salvo vicios ocultos, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

En el caso de tratarse de depósito judicial, el juez debe determinar, previo a su otorgamiento, si el bien es susceptible de causar daños ambientales, y escoger a la persona idónea para su conservación y cuidado, caso contrario, el juez, el Poder Judicial y el depositario, serían solidariamente responsables del daño acontecido.

A raíz de lo anterior, el deber de diligencia de la entidad financiera que actúa como depositario, nuevamente debe reforzarse en cuanto a la guardia y conservación del bien dado en depósito, lo cual incluiría incurrir en todos aquellos gastos con el fin de prevenir y evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental, mismos que estarían justificados bajo el amparo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

### **2.2 Entidad financiera actuando como depositaria y a pesar de su debida diligencia en el manejo y custodia de los bienes dado en depósito, éstos poseen un vicio o riesgo oculto imprevisible o inevitable que genera contaminación, o bien, por motivo imprevisible e inevitable se contaminan o contaminan otros bienes.**

Si bien el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, lo anterior lo es salvo vicios ocultos, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

Por ello, el depositario no podría asumir el riesgo o vicio oculto de la cosa objeto del depósito, y por tanto, a todas luces, no existiría responsabilidad por daño ambiental de la entidad financiera que actúe como depositaria del mismo, ni de la autoridad que otorgó el depósito en el supuesto de depósito judicial.

No obstante lo anterior, tratándose de vicio oculto, al propietario del bien dado en depósito si se le podría achacar responsabilidad por daño ambiental si no logra acreditar alguna de las causales de exoneración de la responsabilidad objetiva.

### **2.3 Entidad financiera en calidad de depositario, es turbada o despojada en la posesión de la cosa dada en depósito y ocurre daño ambiental.**

Ante este supuesto, el artículo 1355 del Código Civil dispone que el depositario que fuera turbado en la posesión, o despojado de la cosa por un tercero, se encuentra obligado a dar aviso sin demora al depositante, y mientras éste no acuda, debe tomar su defensa, siendo que si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

El artículo 1355 refuerza el deber de diligencia del depositario en el cuidado de la cosa y obliga dar aviso a la autoridad judicial depositante. Si se actúa de conformidad con el 1355 y da aviso inmediato de la perturbación o despojo de la cosa, la entidad financiera se encontraría exonerada de responsabilidad, escudada en la excepción procesal del hecho de un tercero, caso contrario, asumiría una responsabilidad solidaria conjuntamente con el tercero que lo turba o despoja del bien.

### **2.4 Entidad financiera, actuando como depositaria, incurre en gastos con el fin de prevenir o evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental**

Según el numeral 1357 del Código Civil, el depositante se encuentra obligado a indemnizar al depositario todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y las pérdidas que la guarda haya podido ocasionarle, siendo que el depositario, para ser pagado, goza del derecho de retención.

El deber de diligencia obligaría a la entidad financiera que actué como depositario, a incurrir en gastos sobre las cosas que tiene en depósito, con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental.

Estos gastos se encontrarían justificados a la luz del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, bajo la figura de “gastos de administración” o “gastos causados” y por tanto, deberían ser retribuidos al depositario.

### **3. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras por adquisición judicial o extrajudicial de bienes contaminados o contaminantes.**

#### **3.1. Entidad financiera se adjudica judicial o extrajudicialmente bien mueble o inmueble contaminado o que contamina.**

La responsabilidad ambiental normalmente es “propter rem”, o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina.

La responsabilidad se trasmite sucesivamente a quien va usando o se va sirviendo de la cosa que daña al ambiente. En consecuencia, el deber de diligencia de todo adquirente de una cosa, incluyendo a las entidades financieras, conlleva a averiguar si ésta contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental.

En algunos casos la transmisión o el abandono del cosano excusaresponsabilidad, como lo estipula la reciente Ley de Gestión de Residuos, que extiende la responsabilidad respecto a los residuos de manejo especial a los productores o importadores, durante todo el ciclo de vida del producto, incluyendo las fases posindustrial y posconsumo. De esta forma, a pesar de que un generador

transfiera sus residuos a un gestor autorizado, debe asegurarse por medio de contratos y manifiestos de entrega-transporte-recepción el manejo ambientalmente adecuado de estos y evitar que ocasionen daños a la salud y el ambiente, y en caso de incumplimiento de esta obligación podrá ser considerado como responsable solidario de los daños al ambiente y la salud que pueda ocasionar dicha empresa por el manejo inadecuado de estos y las sanciones que resulten aplicables.<sup>32</sup>

De lo anterior se deduce nuevamente el reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades financieras, previo a la adquisición judicial o extrajudicial de bienes muebles o inmuebles, cerciorándose que los mismos no contaminen o se encuentran contaminados, o bien, poseen características que los haga susceptibles de causar daños al medio ambiente, ya que mediante su compra/adjudicación se adquiere a la vez, la responsabilidad sobre los mismos y con ello, el deber de recomposición ambiental.

#### **3.2 Entidad financiera adquiere judicial o extrajudicialmente bien mueble o inmueble, y bajo su administración y ejercicio del dominio, un tercero causa daño ambiental al mismo bien o por medio de éste.**

Sobre el tema cabe remitirse a la resolución 00019-2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X:

*“Téngase presente que existe responsabilidad por omisión de los propietarios de inmuebles, que no hayan impedido que se haya cometido*

*el daño ambiental, por aplicación directa de la frase del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo texto ya citamos, no apreciándose la imprecisión alegada. Aún más, en el caso de los propietarios de una propiedad inmueble que cumple una función ecológica, como es en la que se produjo el daño ambiental, no se encuentra que no exista una aplicación a supuestos no aplicados por el legislador, sino más bien que las resoluciones administrativas cuestionadas, se cumplió con los propósitos de la ley, que son establecer un régimen de responsabilidad amplio, cuando se enfrente el daño ambiental. Tampoco, la existencia de una forma de responsabilidad por comisión (la cometida por Ronny Monge), excluye la responsabilidad por omisión de los aquí actores”*

De esta forma, el deber de diligencia exige a las entidades financieras ejercer un estricto control, fiscalización y monitoreo sobre los bienes muebles o inmuebles que lleguen a formar parte de su patrimonio, independientemente que su dominio y administración sea temporal, caso contrario, les sería extensiva la responsabilidad solidaria por daño ambiental, en este caso por omisión.

### **4. Responsabilidad de las entidades financieras por venta de bienes contaminados o contaminantes a terceros.**

#### **4.1. Entidad financiera adquiere bien judicial o extrajudicialmente contaminado o contaminante y lo vende a un tercero.**

De conformidad con la legislación civil, la entidad financiera como cualquier vendedor,

es garante del bien y por tanto, de los vicios de la cosa, objeto del contrato de compra venta.

Si bien como se mencionó anteriormente, la responsabilidad ambiental es propter rem y se transmite de propietario a propietario, subsiste la acción del comprador de reclamarle al vendedor por los vicios ocultos de la cosa.

Tanto el principio de la buena fe, como el deber de diligencia, obligan a la entidad financiera a informarle al comprador del estado de la cosa, previo a la celebración de la compra-venta, y a ponerlo sobre aviso respecto a los problemas ambientales que posee o puede llegar a generar.

La entidad financiera sería responsable ante el comprador, salvo que en contrato de compraventa se estipule expresamente el estado de la cosa, y el comprador debidamente informado al respecto, asuma el riesgo sobre la misma.

#### **4.2 Entidad financiera presenta a ejecución judicial o extrajudicial bien mueble o inmueble contaminante o contaminado que NO ha ingresado a su patrimonio, y el bien es adjudicado a favor un tercero.**

En la medida que el bien mueble o inmueble no haya salido del patrimonio del deudor, no existiría responsabilidad de la entidad financiera ejecutante frente al adquirente, debido a que el bien nunca ha ingresado a su patrimonio y por tanto, no lo está transmitiendo directamente, salvo que entidad financiera hubiere otorgado garantía voluntariamente al adjudicatario.

<sup>32</sup> Artículo 43 de Ley de Gestión Integral de Residuos.

## 5. Responsabilidad de las entidades financieras por daño ambiental derivado del contrato de fideicomiso.

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional faculta a los bancos comerciales a realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables.

Por medio del contrato de fideicomiso<sup>33</sup> una parte (fideicomitente), transmite a otra (fiduciario), bienes o derechos, para que éste los emplee en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Se trata de la transmisión de bienes que forman un patrimonio autónomo finalizado a una actividad lícita. Así lo delimita el artículo 633 del Código de Comercio. Con esta transmisión no se crea una persona jurídica independiente, ni tampoco una "figura con personalidad jurídica

restringida". Simplemente el fiduciario<sup>34</sup> se convierte en propietario de los bienes que están afectos a una actividad o finalidad lícita establecida y éstos pasan a ser de su propiedad en calidad de fiduciario<sup>35</sup>.

### 5.1. Entidad financiera actuando como fiduciario recibe en propiedad fiduciaria el bien fideicomitado (contaminante o contaminado) o bien, durante su administración y custodia se produce un daño ambiental.

Debe partirse del hecho de que Costa Rica no cuenta con normativa específica que establezca o limite la responsabilidad del fiduciario ante terceros, como si sucede en la ley CERCLA de los Estados Unidos y en la ley de Fideicomiso de Argentina. Por ello, previo a emitir criterio sobre el tema, es primordial analizar el actual marco normativo general que regula el contrato de fideicomiso, así como

33 La figura del fideicomiso se puede dar en diversas modalidades a efecto de lograr el fin perseguido por las partes, mediante la constitución de la propiedad fiduciaria. Sin embargo, por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitados y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, es posible reunir las especies en cuatro grupos generales: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultantes de la combinación de las anteriores categorías, sin que con ello se agoten las modalidades. Ahora bien, el fideicomiso de garantía es aquel por el cual se trasfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato. Al fiduciario se le transmiten los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto fiduciario. Mientras que los fideicomisos de administración son en los cuales se trasfiere la propiedad de los bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente, destinado el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. Esta especie de fideicomiso en estado puro es menos frecuente, siendo evidente que en la práctica los de inversión y los de garantía contienen elementos de administración. Martorell, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Buenos Aires, Ediciones Depalma S.A., Tomo II, Contratos bancarios; 1.996, pág. 902, 904 y 905.

34 El fiduciario es la persona que recibe el dominio de los bienes o derechos fideicomitados, se obliga a realizar los actos necesarios para el cumplimiento del fin pactado en el acto constitutivo del fideicomiso, también se le atribuye la titularidad del patrimonio, considerándolo dueño jurídico de los bienes o derechos al realizarse el traspaso de ellos. Se constituye una propiedad fiduciaria, la cual no es de carácter económico ya que el fiduciario no puede sacar provecho de las posesiones en beneficio propio, únicamente puede utilizarlos para el cumplimiento de los fines estipulados por el fideicomitente, convirtiéndose de esta manera, en el propietario ante terceros.

35 Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, voto N° 406, de 11:15 horas del 13 de octubre de 2.000.

la jurisprudencia respectiva, en especial la que atañe al tema de la responsabilidad del fiduciario.

El artículo 634 del Código de Comercio dispone que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso.

Las obligaciones y atribuciones del fiduciario se encuentran contenidas en los artículos 644 y 645 del Código de Comercio, entre las que se encuentra la de ejercer los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste, así como la de emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia.

Respecto a los bienes fideicomitados, el fiduciario responde de cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en su manejo y atención, según lo ordena el numeral 647 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en su artículo 116 establece disposiciones especiales a los bancos comerciales cuando actúen como fiduciarios. De esta forma, en la eventualidad de que terceras personas pretendieran algún derecho sobre los bienes afectados en fideicomiso, o que dichos bienes fueran amenazados en alguna forma por motivos anteriores a la fecha del contrato de fideicomiso, los bancos, como fiduciarios, si están en conocimiento de dichos hechos deberán ponerlo en conocimiento del fideicomitente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten los derechos y acciones correspondientes, siendo esta la única obligación de los bancos en ese sentido. Si los motivos fueran posteriores a la fecha del

fideicomiso, se estará a lo dispuesto en el artículo 644 inciso e) del Código de Comercio. En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran "Comités Especiales" con ese propósito el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones, descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción. Respecto del Impuesto de la Renta por los rendimientos de los bienes afectados en fideicomiso, la obligación de los bancos como fiduciarios se limitará a notificar a la Tributación Directa, con copia al fideicomitente los beneficios reportados como renta por el capital fideicomitado, debiendo dicho informe remitirse aun en el caso de que el patrimonio afectado esté constituido por valores exentos del pago del Impuesto de la Renta. En este último caso, lo advertirá así.

Sobre la naturaleza jurídica de los bienes fideicomitados, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, mediante resolución de las 9:45 horas del 06 de mayo de 1999 dispuso:

*"No hay duda que los bienes de fideicomiso son parte de un capital autónomo, bienes que salen del dominio del fideicomitente, y lo anterior se afirma aún mas, cuando en nuestra legislación mercantil ante citada, se obliga al fiduciario al pago de los impuestos y tasas correspondientes de los bienes fideicomitados, estableciéndose entonces un patrimonio propio del fideicomiso. Dispone además nuestra legislación que si los acreedores del fideicomiso consideran que con la creación se les ha causado algún tipo de fraude, podrán impugnarlo en los términos en los que autoriza la legislación civil, lo anterior significa de*

*forma clara, precisa y concordante, de que si los acreedores pueden acudir a la vía legal correspondiente en reclamo de sus derechos, es porque los bienes dados en fideicomiso salen del dominio del fideicomitente, no pudiendo sus acreedores perseguirlos en forma directa, hasta tanto no se logre demostrar en la vía declarativa el fraude de acreedores”*

Refiriéndose al mismo tema, la Sala Constitucional en resolución número 2001-9392 manifestó:

*“Sin embargo, es importante mencionar que los bienes fideicomitados, desde el momento en que el negocio se celebra, constituyen un patrimonio autónomo para los propósitos del fideicomiso, lo que supone pérdida del derecho de propiedad por parte del fideicomitente sobre los bienes que conforman este patrimonio autónomo”*  
*“Sobre el contrato de fideicomiso en garantía, figura negocial que se encuentra reconocida en la norma impugnada, cabe señalar que se utiliza como un contrato accesorio, por medio del cual, el fideicomitente – deudor de la obligación principal – entrega determinados bienes al fiduciario para que – entre otras cosas – los administre y custodie – teniendo en cuenta desde luego, lo que dispongan sobre el particular las partes en el contrato – durante el término en que perdure la obligación principal; posteriormente para que proceda a su enajenación, en el caso en que el fideicomitente o deudor no pueda satisfacer sus obligaciones para con el acreedor fideicomisario.”*

Específicamente, respecto a la responsabilidad civil ante terceros del fiduciario, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002 determinó:

*“Por otra parte, de acuerdo con la teoría del patrimonio autónomo: “... los derechos transmitidos al fiduciario en virtud de la fiducia no ingresan en su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso... El patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes. El patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad. Para que se pueda cumplir, la ley eleva a esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derecho y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos. Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad...” (MARTORELL, op. Cit., pág. 887; las letras negrilla y cursiva se suplen). En el Código Mercantil vigente, se dispone en el artículo 634, que: “... Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitados constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso...”. En ese entendido, resulta evidente que el patrimonio constituido para los efectos*

*del fideicomiso, sí responde por la condena civil, independientemente de la interpretación subjetiva que al respecto señalan los recurrentes”*

*“Si en la gestión del patrimonio fideicomitado, realizada por el fiduciario, se han generado obligaciones, es a él, en calidad de tal, a quien debe demandarse...”*

*“Los argumentos expuestos no resultan atendibles: Basta señalar, que el artículo 187 de la Ley de Tránsito dispone la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas que por cualquier título exploten vehículos con fines comerciales. El término “exploten”, como forma verbal, es la conjugación en tercera persona plural, del verbo “explotar” que – entre sus diversas acepciones - significa: “... 2.- Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio...” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, décimo novena edición, pág. 598, 1.970 Madrid); (la negrilla y la cursiva son suplidas). En ese entendido, es evidente que la F. M. M. S. A. explota el referido vehículo, en la medida en que lo utiliza para obtener utilidades en su quehacer mercantil como empresa crediticia y en ese entendido, es que en su condición de fiduciaria, responde solidariamente con el conductor y no como de manera incorrecta se ha señalado en la impugnación, por ser una: “... empresa dedicada al transporte de personas” (ver folio 647). Cabe aclarar sin embargo, que dicha responsabilidad -acorde con todo lo antes expuesto- no está referida a la totalidad de su*

*patrimonio, sino al contenido del patrimonio autónomo constituido por la entidad para los efectos del contrato de fideicomiso (confrontar folios 325 a 331) y en ese sentido, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo. Se casa parcialmente la sentencia – únicamente - en cuanto fija la responsabilidad solidaria de la empresa F. M. M. S. A., que se entiende limitada al valor de los bienes por los que se constituyó el fideicomiso. En todo lo demás, permanece incólume el fallo recaído en autos”.*

De la normativa y jurisprudencia antes mencionada puede extraerse lo siguiente:

- Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso
- Existe una transmisión temporal del dominio sobre el bien dado en fideicomiso a favor del fiduciario.
- Propiedad fiduciaria implica un dominio imperfecto y revocable
- Fiduciario administra y custodia los bienes dados en fideicomiso
- La responsabilidad por daño ambiental es “propter rem” o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de la cosa.
- Que a pesar de no existir norma expresa en el ordenamiento jurídico costarricense que limite o restrinja de alguna forma la responsabilidad del fiduciario por daños a terceros, la jurisprudencia se ha encargado del tema, disponiendo que la

responsabilidad no está referida a la totalidad de su patrimonio, sino al contenido del patrimonio autónomo constituido por la entidad para los efectos del contrato de fideicomiso.

En consecuencia, el deber de diligencia obligaría a la entidad financiera que actúa como fiduciaria a cerciorarse si los bienes fideicomitidos contienen elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental, a ser diligente en su administración y custodia, a incurrir en los gastos que sean necesarios con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental, y en la medida de lo posible, descargar la responsabilidad sobre asegurador mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil que proteja el patrimonio autónomo del fideicomiso.

#### 6. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras derivado del contrato de leasing.

##### **Entidad financiera da en arrendamiento vehículo automotor y el arrendatario se ve envuelto en accidente de tránsito donde es considerado autor responsable de la colisión que genera daños ambientales**

Para determinar la responsabilidad del arrendante por daños causados a terceros a través del bien dado en alquiler (vehículo automotor) se hace necesario acudir a la normativa general de responsabilidad civil referida a la materia de tránsito.

El artículo 7 de ley de Tránsito por vías Públicas Terrestres dispone que en todo hecho de tránsito, en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario

registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo, aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 y siguientes de esta Ley.

Por su parte, el numeral 188 del mismo cuerpo normativo establece los supuestos de responsabilidad solidaria del propietario registral respecto al conductor:

Responderán solidariamente con el conductor:

- a) El dueño de un vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes.
- b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público.
- c) El propietario que permita que las placas de su vehículo sean utilizadas por otro vehículo al que no le han sido asignadas, o no las entregue a la Dirección General de Transporte Público, para su custodia, si el vehículo al que le fueron asignadas, queda imposibilitado permanentemente para circular.

- d) Toda persona física o jurídica que importe, ensamble, produzca o comercialice vehículos automotores, en caso de que el accidente de tránsito tenga como causa la omisión, en el vehículo o vehículos involucrados en el hecho de tránsito, de las respectivas medidas de seguridad, comprendidas en el artículo 31 de esta Ley.
- e) El dueño de un vehículo que obligue o permita la circulación con exceso de carga por parte de vehículos de carga liviana y pesada, de acuerdo con los parámetros establecidos en la respectiva reglamentación.

Respecto a la responsabilidad civil de quienes “exploten” vehículos con fines comerciales, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002 determinó:

*“Basta señalar, que el artículo 187 de la Ley de Tránsito dispone la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas que por cualquier título exploten vehículos con fines comerciales. El término “exploten”, como forma verbal, es la conjugación en tercera persona plural, del verbo “explotar” que – entre sus diversas acepciones - significa: “... 2.- Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio...” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, décimo novena edición, pág. 598,*

*1.970 Madrid); (la negrilla y la cursiva son suplidas). En ese entendido, es evidente que la Financiera Más Por Menos S.A. explota el referido vehículo, en la medida en que lo utiliza para obtener utilidades en su quehacer mercantil como empresa crediticia y en ese entendido, es que en su condición de fiduciaria, responde solidariamente con el conductor y no como de manera incorrecta se ha señalado en la impugnación, por ser una: “... empresa dedicada al transporte de personas” (ver folio 647).*

De lo anteriormente expuesto se extraen las siguientes conclusiones<sup>36</sup>:

- De acuerdo con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y la jurisprudencia que la informa, la regla general de responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de daños derivados de un accidente de tránsito de o un delito consiste en que el dueño del automotor solamente responde con el valor del automóvil por los daños materiales y morales causados al damnificado. Se trata de una responsabilidad civil restringida que tiene fundamento normativo en los artículos 7, 189, 193 y 194 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y con base en ellos la jurisprudencia ha indicado que el propietario solamente responde por los daños causados hasta por el valor del automotor, el cual se constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que fije el Juez.

<sup>36</sup> Al respecto puede consultarse a: López Casal, Yury, La Responsabilidad Civil Extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito, Revista Judicial número 97, Costa Rica, accesible en la siguiente dirección: <http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/revista%20judicial/revista%2097/index.htm>.

- La excepción a la regla general de responsabilidad civil restringida que la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres impone sobre el propietario del vehículo causante del daño se encuentra en los supuestos que establece el numeral 188 de la Ley especial mencionada. En las hipótesis previstas en esa norma, el propietario del vehículo responde de manera solidaria (junto con el conductor del vehículo que fuera encontrado culpable del accidente de tránsito o del delito), plena (con la universalidad de su patrimonio) y con el valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado.
- Requisito constitutivo de la responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil y de la responsabilidad civil solidaria que establecen los artículos 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 es la explotación del vehículo causante del percance de tránsito o del delito, explotación que impele la utilización del automotor para obtener una ganancia, lucro o utilidad de un negocio o industria en provecho propio. La explotación del automotor es un requisito que debe

probar el damnificado por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, de conformidad con el artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil.

A raíz de lo anterior, siendo la entidad financiera la propietaria registral del bien dado en arrendamiento y quien lo explota con fines de lucro, ésta sería objetiva y solidariamente responsable junto con el arrendatario de los daños ambientales generados como consecuencia del uso del bien arrendado, respondiendo ambos con la universalidad de sus patrimonios, razón por la cual, el deber de diligencia llevaría a las entidades financieras arrendantes de vehículos, a descargar la responsabilidad sobre compañías aseguradoras mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil.

### III. LA DEBIDA DILIGENCIA AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN COSTA RICA, OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES PARA SU CUMPLIMIENTO.

Partiendo del hecho que los bancos son facilitadores de los recursos para actividades, obras y proyectos susceptibles de ocasionar daños ambientales y que a la vez, en su normal giro comercial realizan una serie de actividades que podrían afectarlo, y considerando:

- La introducción del concepto de responsabilidad social corporativa y las normas ISO 26000<sup>37</sup>;

37 La responsabilidad social es aquella que asegura la ética y la transparencia de una organización ante el impacto de sus decisiones y actividades en la sociedad y el ambiente. La norma ISO 26000 establece siete principios para regir la responsabilidad social. Su aplicación es voluntaria y a diferencia de las normas ISO 9000 y ISO 14000, no certifica la operación de una entidad. ISO 26000 es un estándar para la transparencia y la competitividad de cualquier organización. En su principio número 4 dispone que se debe promover y aplicar medidas que eviten a la organización impactar el ambiente. Si contamina, debe pagar por ello.

- Los Principios del Ecuador que integran la gestión social y ambiental a la financiación de grandes proyectos de desarrollo<sup>38</sup>;
- La actual normativa ambiental sobre responsabilidad por daño ambiental;
- Obligaciones “socio-ambientales” establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley de Banca para el Desarrollo y otras normas propias del sector financiero
- Repercusiones económicas que acarrea el cierre temporal o definitivo de las actividades financiadas por actuaciones u omisiones del cliente violatorias a la normas ambientales; o bien, la pérdida de valor de los bienes dados en garantía a raíz de un evento de contaminación.
- La caída en la imagen y pérdida de reputación de las entidades financieras ante sus clientes, acreedores, accionistas, administración pública

y público en general a raíz de la pérdida o disminución de solvencia del prestatario por inversiones imprevistas por acontecimientos medioambientales adversos;

hace necesario un reforzamiento sustancial del deber de diligencia ambiental de las entidades financieras procurando que su gestión interna y externa sea desarrollada de una forma social y ambientalmente responsable.

A continuación se exponen una serie de observaciones y recomendaciones generales que facilitarían el cumplimiento del “due diligence ambiental” de las entidades financieras.

#### 1. La incorporación de cláusulas ambientales o “green clauses”

Las cláusulas ambientales condicionan la eficacia del contrato de préstamo, su

38 Los Principios de Ecuador son un conjunto de guías o directrices elaborados por los bancos que rigen sus acciones en la gestión de temas sociales y ambientales ligados a la financiación de grandes proyectos de desarrollo. Nacieron en el 04 de junio del 2003, cuando diez bancos de siete países anunciaron su adopción. Los bancos suscriptores se comprometen a aplicar los Principios de manera global en todos los sectores industriales, principios que se basan en las políticas y guías del Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional (IFC), la agencia que los ha impulsado. Para su implementación y puesta en aplicación, cada uno de las entidades financieras suscriptoras deben adoptar sus propias políticas y procesos internos. Los bancos se comprometen a otorgar créditos únicamente para proyectos cuyos patrocinadores demuestren, a satisfacción del banco, su capacidad y buena voluntad para adoptar ciertos procesos y asegurar que se ejecuten de manera socialmente responsable y con buenas prácticas de dirección ambiental. Bajo los Principios de Ecuador, los proyectos se catalogan en base a sus impactos sociales y ambientales en tres categorías: alto, medio y bajo impacto.

Los Principios Ecuatoriales fueron objeto de revisión en el año 2006 por parte de IFC, siendo los principales cambios los siguientes:

- Los Principios se aplican a todas las financiaciones de proyectos con costos de capital superiores a 10 millones de dólares. Este umbral se disminuyó de los anteriores 50 millones de dólares.
- Los Principios también se aplican ahora a las actividades de asesoría de financiación de proyectos.
- Los Principios revisados ahora cubren específicamente mejoras o expansiones de proyectos existentes en los que los impactos ambientales o sociales adicionales son importantes.
- El enfoque para la aplicación de los Principios en países con altos estándares ambientales y sociales se ha hecho más eficiente.
- Ahora se requiere a cada entidad financiera que haya adoptado los Principios Ecuatoriales que informe el progreso y desempeño de la implementación de estos Principios anualmente.
- Los Principios Ecuatoriales revisados incluyen estándares sociales y ambientales más estrictos y mejores, incluyendo estándares de consulta pública más sólidos.

desembolso o mantenimiento, al cumplimiento por parte del deudor de los requerimientos exigidos por la normativa ambiental, así como de aquellos exigidos por la propia política y procedimientos ambientales internos de la entidad financiera prestataria.

Mediante su estipulación dentro de los distintos contratos financieros, la entidad crediticia se asegura:

- El cumplimiento de las leyes, reglamentos y permisos ambientales locales y estatales.
- Control del uso efectivo de los recursos crediticios
- La realización de inspecciones, auditorías ambientales, toma de seguros,<sup>39</sup> etc.,
- Vencimiento anticipado del plazo de la obligación crediticia ante incumplimientos de la normativa ambiental o de cualquiera de las obligaciones ambientales pactadas expresamente en el contrato financiero.

Este tipo de estipulaciones contractuales encuentran asidero jurídico en la propia Ley

Orgánica del Sistema Bancario Nacional<sup>40</sup>, que específicamente en su artículo 64 dispone que los planes de inversión de los créditos pueden ser objeto de control por parte de los bancos, siendo que cuando éstos comprueben que los fondos han sido destinados a fines distintos de los especificados sin que hubiere mediado previo acuerdo u autorización expresa por parte del ente financiero, los bancos acreedores se encontrarían facultados a dar por vencido el plazo de la obligación. Además, la misma norma autoriza a las entidades bancarias a reglamentar las hipotecas que garanticen créditos abiertos, conforme a lo estipulado en el artículo 414 del Código Civil.

El objetivo final de las cláusulas ambientales es el de prevenir el daño ambiental que podrían eventualmente generar todas aquellas actividades, obras y proyectos que gozan del financiamiento otorgado por parte del ente crediticio, y a la vez, ser un escudo protector de la imputación de responsabilidad, en el entendido que el reforzar su deber de diligencia convierte a la entidad financiera, ante un suceso de daño ambiental causado por su deudor, en un tercero no colaborador y por tanto, excluido de la responsabilidad solidaria y por omisión propia de la materia ambiental.

39 Mediante los seguros ambientales las empresas trasladan parcialmente a las aseguradoras los riesgos a los que se ven expuestas en sus actividades cotidianas que puedan alterar o menoscabar el medio ambiente, a cambio de una prima. De esta forma la asunción de riesgos por los daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa corresponde a los responsables de la misma y no a la víctima o, en último término, a la sociedad. Se trata de una alternativa mucho más limitada y menos expedita que los fondos de compensación ambiental, ya que estos últimos permiten resolver los problemas de daños por contaminación, aún los causados por el normal funcionamiento de las instalaciones, por contaminación crónica, por contaminación originada en el pasado o por contaminación originada en una infracción a la ley, todos ellos generalmente excluidas de la cobertura de los seguros por daño ambiental.

40 Número 1644 del 25 de setiembre de 1953

## 2. Debida diligencia de las entidades financieras en el otorgamiento de créditos

La adopción de una política y procedimientos ambientales internos dentro del ente financiero tendría como resultado que su propia gestión, así como los proyectos, obras o proyectos que financia, sean desarrollados de una forma socialmente responsable y reflejar prácticas de gestión ambiental sanas y eficientes, evitando a toda costa impactos ambientales y sociales negativos, o bien en el peor de los casos, reduciéndolos, mitigándolos y compensándolos de manera adecuada.

El fin último es la prevención del daño ambiental y la minimización de riesgos derivados de su responsabilidad, ello implicaría una prohibición total de financiamiento de todas aquellas actividades, obras o proyectos riesgosos, contaminantes o contaminados, así como de toda participación en la operación de este tipo de proyectos, ya sea como administrador, socio o copropietario.

La propia ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en sus numerales 73 y 108, prohíbe expresamente a los bancos comerciales:

- Realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios;
- Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no

sean indispensables para su normal funcionamiento.

- Otorgar créditos para industrias cuyo funcionamiento, a juicio exclusivo suyo, no sea provechoso para la economía nacional o no presente posibilidades financieras satisfactorias;
- Otorgar créditos cuando los promotores de la industria no posean la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.

Por el contrario, la Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 113 crea una cartera crediticia dentro del Sistema Bancario Nacional destinada a financiar los costos de la reducción de la contaminación de los procesos productos, y la ley del Sistema de Banca para el Desarrollo<sup>41</sup> impulsa y promueve el financiamiento de proyectos viables y factibles técnica, económica, legal, financiera y ambientalmente, mediante la implementación de mecanismos crediticios, avales, garantías y servicios no financieros y de desarrollo empresarial; otorgándole tratamiento preferencial los proyectos viables y factibles que incorporen o promuevan el concepto de producción más limpia, entendiéndose como una estrategia preventiva integrada que se aplica a los procesos, productos y servicios, a fin de aumentar la eficiencia y reducir los riesgos para los seres humanos y el ambiente.

La debida diligencia ambiental obliga al ente financiera a tomar acciones preventivas previas al otorgamiento del crédito, durante su vigencia e incluso, durante su ejecución judicial o extrajudicial.

41 Número 8634 del 23 de abril de 2008

## 2.1 Previo al otorgamiento

- Exigir información sobre destino del crédito.
- Determinar si la actividad, obra o proyecto a financiar es viable y factible técnica, económica, legal, financiera y ambientalmente;
- Corroborar que el solicitante posea la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.
- Determinar si la actividad, obra o proyecto es sujeta a realización de un Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), así como todos los permisos y licencias ambientales requeridas.
- Exigir la obtención de todos y cada uno de los permisos ambientales necesarios para realizar la actividad, obra o proyecto propuesto.
- Exigir declaraciones juradas y garantías respecto al cabal cumplimiento de la normativa ambiental.
- Imponer cláusulas verdes dentro del contrato financiero que prevean el vencimiento anticipado de la obligación crediticia ante el incumplimiento de la normativa ambiental o de las obligaciones ambientales contraídas en el mismo contrato crediticio.

## 2.2. Durante la vigencia del crédito

- Inspeccionar y darle seguimiento continuo y sistemático a la actividad,

obra o proyecto incluyendo el cierre de operaciones, con el fin de corroborar la aplicación de los fondos y cumplimientos ambientales tanto de la normativa como de los compromisos adquiridos contractualmente mediante las cláusulas ambientales.

- Requerir la presentación sistemática de los informes ambientales (realizados por el regente o responsable ambiental del proyecto) durante las obras y hasta la cancelación del crédito.
- Llevar un control de la vigencia de todos y cada uno de los permisos y licencias ambientales exigidos por la normativa ambiental.
- En la medida de lo posible exigir la contratación de seguros de responsabilidad civil.

## 2.3 Durante la ejecución del crédito

- Obrar como “buen padre de familia” respecto a los bienes en posesión a raíz de Depósito Judicial
- No utilizar la cosa dada en depósito.
- Dar aviso al depositante (juez) sobre perturbaciones a la posesión o despojo de la cosa dada en depósito.
- Evitar e impedir que la cosa dada en depósito cause daños ambientales
- Investigar previo a adjudicación de un bien judicial o extrajudicialmente si contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental

- Ejercer estricto control sobre los bienes adjudicados (acción y omisión) durante el periodo previo a su venta.
- Informar al comprador del bien de los elementos susceptibles de originar daños ambientales

## 3. Debida diligencia durante el ejercicio del contrato de depósito (judicial o contractual) o la tenencia temporal de bienes contaminantes o contaminados.

Dado que el depositario (entidad financiera) asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, la debida diligencia lo obliga a:

- Obrar como “buen padre de familia” respecto a los bienes en posesión a raíz de Depósito Judicial
- No usar la cosa dada en depósito
- Dar aviso al depositante (juez) sobre perturbaciones a la posesión o despojo de la cosa
- Evitar e impedir que la cosa dada en depósito cause daños ambientales (gastos de conservación)
- Incurrir en todos aquellos gastos con el fin de prevenir y evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental.

El deber de diligencia también se extiende a la autoridad judicial, quien debe determinar, previo a otorgar en depósito, si el bien es

susceptible de causar daños ambientales, y escoger a la persona idónea para su conservación y cuidado, caso contrario, el juez, el Poder Judicial y el depositario, serían solidariamente responsables del daño que llegase a acontecer.

## 4. Debida diligencia al adjudicarse judicial o extrajudicialmente bienes muebles o inmuebles.

Previo a la adquisición judicial o extrajudicial de bienes muebles o inmuebles, la entidad crediticia debe cerciorándose que los mismos no contaminen o se encuentran contaminados, o bien, poseen características que los haga susceptibles de causar daños al medio ambiente, ya que mediante su compra/adjudicación se adquiere a la vez, la responsabilidad sobre los mismos y con ello, el deber de recomposición ambiental.

De esta forma, el deber de diligencia exige a las entidades financieras ejercer un estricto control, fiscalización y monitoreo sobre los bienes muebles o inmuebles que lleguen a formar parte de su patrimonio, independientemente que su dominio y administración sea temporal, caso contrario, les sería extensiva la responsabilidad solidaria por daño ambiental, en este caso por omisión.

## 5. Debida diligencia al vender bienes

Tanto el principio de buena fe como la debida diligencia, obligan a la entidad financiera a informarle al comprador del estado de la cosa, previo a la celebración de la compra-venta, y a ponerlo sobre aviso respecto a los problemas ambientales que posee o puede llegar a generar.

## 6. Debida diligencia al actuar como fiduciario o fideicomitente

El deber de diligencia obliga a la entidad financiera que actúa como fiduciaria a cerciorarse si los bienes fideicomitados contienen elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental, a ser diligente en su administración y custodia, a incurrir en los gastos que sean necesarios con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental, y en la medida de lo posible, descargar la responsabilidad sobre asegurador mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil que proteja el patrimonio autónomo del fideicomiso.

Además, cuando actúe como fideicomitente, debe de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y pedir su remoción cuando proceda, caso contrario, se le extendería la responsabilidad por daño ambiental

## 7. Debida diligencia al actuar como arrendante en contrato de leasing

Al estado actual de la responsabilidad contemplada en la ley de tránsito, el deber de diligencia llevaría a descargar la responsabilidad sobre compañías aseguradoras mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil.

A manera de conclusión, se considera de vital importancia potenciar el “due diligence ambiental” de las entidades financieras procurando que su propia gestión, así como los proyectos que financian, sean desarrollados de una forma socialmente responsable y reflejen prácticas de gestión ambiental sanas

y eficientes, evitando a toda costa impactos ambientales y sociales negativos, o bien su significativa reducción, mitigación y compensación.

### BIBLIOGRAFIA

- Alegría, Héctor, Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero, en la obra conjunta Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Abeledo Perrot, 1997, Argentina.
- Alvarez Vianna, J.R., Responsabilidade solidária das instituições financeiras por danos ambientais, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca.htm>
- Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, “Meio Ambiente e Acesso à Justiça”, Homenagem a Vladimir PASSOS DE FREITAS, 11º Congreso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprensa Oficial do estado de Sao Paulo.
- Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental Jurisprudencia, en Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.
- Cafferatta, Néstor., La prueba en el daño ambiental, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, año 01.
- Cafferatta, Néstor, El principio de prevención en el Derecho Ambiental,

en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

- Cafferatta, Néstor, Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.
- Cafferatta Néstor, Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.
- Gómez, Héctor, La Responsabilidad de las Entidades Financieras en los requisitos de capital mínimo y en la gestión de riesgos, Madrid, 2004, accesible en: [http://www.financialtech-mag.com/\\_docum/03\\_documento.pdf](http://www.financialtech-mag.com/_docum/03_documento.pdf)
- López Casal, Yury, La Responsabilidad Civil Extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito, Revista Judicial número 97, Costa Rica.
- Montes Vásquez, Jenny, Ecoeficiencia: una propuesta de responsabilidad ambiental empresarial para el Sector Financiero Colombiano, Tesis para optar por el título de Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008, accesible en: [http://www.ecobanking.com/PT/publicaciones/instituciones\\_academicas/Tesis-JMontes.pdf](http://www.ecobanking.com/PT/publicaciones/instituciones_academicas/Tesis-JMontes.pdf)
- Peña Chacón, Mario. Avance Jurisprudencial en materia de responsabilidad por daño ambiental.

Junio 2002, publicado en la Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, agosto 2002, número 86, México.

- Peña Chacón, Mario. Desarrollo Jurisprudencial de la Responsabilidad por Daño Ambiental en Costa Rica, publicado en Revista de Direito Ambiental de Brasil, número 28, año 7, edición de octubre – diciembre de 2002, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, edición del mes de setiembre de 2002, número 87, México.
- Peña Chacón, Mario. La Jurisdicción Ambiental en el Nuevo Código Procesal General, Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, España, diciembre 2002, [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/), Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, enero 2003, número 91, México.
- Peña Chacón, Mario. La legitimación procesal en el derecho ambiental, el caso de Costa Rica, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, México. Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.
- Peña Chacón, Mario. Daño, responsabilidad y reparación del ambiente. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo SICA-CCAD, octubre 2009, accesible también en la página web del Centro de Derecho

- Ambiental de la UICN: [http://www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10\\_PenaChacon03.pdf](http://www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf)
- Peña Chacón, Mario. Reparación y valoración económica de la daños causados al medio ambiente, Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 12-13, diciembre 2005, España, [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/), y en [eldial.com](http://eldial.com) Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 18 de abril de 2006, año IX, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp)
  - Peña Chacón, Mario y Ojeda Mestre, Ramón. Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad civil por el daño y el deterioro ambiental, Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México, y en [eldial.com](http://eldial.com) Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 20 de junio de 2006, año IX, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp)
  - Peña Chacón, Mario. Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica, Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México, y en [eldial.com](http://eldial.com) Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, año IX, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp)
  - Peña Chacón, Mario. Directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental de la comunidad europea, un análisis de su relación con la prevención y la reparación de los daños ambientales y los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental, en Revista UAI Sustentabilidad, Universidad Abierta Interamericana de Buenos Aires, número 9, junio 2010, Argentina, accesible en: [http://www.sustentabilidad.uai.edu.ar/pdf/uaisreview/UAI\\_no9\\_jun\\_2010.pdf](http://www.sustentabilidad.uai.edu.ar/pdf/uaisreview/UAI_no9_jun_2010.pdf).
  - Peña Chacón, Mario. Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contencioso administrativa, en [eldial.com](http://eldial.com), Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, enero 2008, Año X, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp), en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2008, número 152, México; en *Hermenéutica*, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, número 16, noviembre 2008, Costa Rica; Revista Judicial número 97, setiembre 2010, San José, Costa Rica; Revista Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 06, año 03, Perú.
  - Peña Chacón, Mario, Daño ambiental y prescripción en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 29, febrero-marzo 2009, México; en [eldial.com](http://eldial.com), Biblioteca Jurídica Online,

- Suplemento de Derecho Ambiental, febrero 2009, Año XI, Argentina, [www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp](http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp); en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2009, número 164, México; Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/); en Revista de Derecho Ambiental número 21, enero-marzo 2010, editorial Abeledo Perrot, Argentina 2010.
- Peña Chacón, Mario. Daño moral colectivo de carácter ambiental, en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, marzo 2010, número 177, cuarto época, año XIV, México; en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 38, año 7, México, agosto 2010.
  - Valls, Mario Francisco, Jurisprudencia ambiental –legitimación, Ugerman Editor, Buenos Aires, 2000.
  - Vall, Mario Francisco, Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
  - Valls, Mariana y Brill Rossana, Prevención y compensación frente al daño ambiental – El seguro Ambiental, en [www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc](http://www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc)
  - Valls de Rossi, Mariana, Daño Ambiental, Responsabilidad por daño ambiental (quinta entrega), extraído de [Edial.com](http://Edial.com), Biblioteca Jurídica Online, accesible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com).
  - Velázquez de Palacios, Rosa, Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Limoges y Universidad Católica de Paraguay.