

EDUARDO DEL VALLE MORA

*Derecho ambiental contractual: la debida diligencia  
legal ambiental, el clausulado ambiental  
y sus efectos en las transaccionales comerciales*



## SUMARIO

Introducción. 1. La debida diligencia legal ambiental. 2. La negociación de las definiciones, declaraciones, garantías, *covenants* e indemnidades ambientales en los respectivos documentos transaccionales. 2.1. Las definiciones ambientales. 2.2. Las declaraciones ambientales. 2.3. Los *covenants* ambientales. 2.4. Las indemnidades ambientales. 2.5. Las garantías frente a la prolongada caducidad en materia ambiental. 2.6. Otros asuntos relevantes contractuales en materia ambiental. 3. Esquemas particulares de responsabilidad. 3.1. Breve introducción a la responsabilidad en las transacciones comerciales. 3.2. Responsabilidad ambiental en la venta de activos: establecimiento de comercio. 3.3. Responsabilidad ambiental en la venta de acciones. 3.4. Responsabilidad ambiental en las fusiones. 3.5. Responsabilidad ambiental en las escisiones. 3.6. Responsabilidad ambiental en el caso de grupos empresariales. 3.7. Levantamiento del velo corporativo. 3.8. Responsabilidad ambiental de los prestamistas en el financiamiento de proyectos. Conclusiones. Bibliografía.

## RESUMEN

Este artículo presenta los principales debates en materia de responsabilidad ambiental frente a los negocios comerciales y analiza los aspectos relevantes de la debida diligencia legal ambiental, de la negociación de las cláusulas ambientales en los acuerdos comerciales y de los efectos en la responsabilidad ambiental de la venta de activos (venta de establecimientos de comercio), venta de sociedades, fusiones y escisiones de sociedades. De igual forma, examina los efectos legales ambientales de cara a la responsabilidad de los grupos empresariales, el levantamiento del velo corporativo y la responsabilidad de los prestamistas en la financiación de proyectos bajo las leyes ambientales colombianas.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo contiene los resultados de la investigación en materia legal ambiental en la que se recogen los principales desafíos y retos que presentan los tipos más comunes de transacciones comerciales en el marco de la responsabilidad ambiental. Por lo general la responsabilidad ambiental es analizada en el marco de las transacciones comerciales únicamente frente

a la valoración de los riesgos a los que están expuestos los activos o sociedades objeto de las transacciones comerciales, de forma que se establecen condiciones precedentes para el cierre o se castiga el precio de la transacción. Sin embargo, se suele desconocer el impacto de la transacción comercial y de la estructuración societaria frente a la responsabilidad ambiental. Surge entonces la idea de hacer un recorrido por las diferentes fases del proceso de negociación de activos y sociedades con el acompañamiento de la normativa ambiental.

El artículo se divide en tres capítulos. En el primero se presenta el concepto de debida diligencia legal ambiental, se reflexiona al respecto teniendo en cuenta las áreas objeto de la diligencia y las mejores prácticas en el desarrollo del proceso, y se hacen algunas recomendaciones en relación con la valoración de los riesgos y contingencias identificadas en la transacción comercial. En el segundo capítulo se analizan los principales apartados de los documentos contractuales transaccionales en los que existe un fuerte componente legal ambiental: las definiciones ambientales, las declaraciones ambientales, los *covenants ambientales*, las indemnidades ambientales, las garantías respecto de la prolongada caducidad en materia ambiental, además de los documentos de cierre que se suelen requerir para la transferencia de los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental en el marco de las transacciones comerciales. En el tercer capítulo se hace una reflexión en relación con los impactos en la responsabilidad ambiental generados por la venta de bienes (venta de establecimientos de comercio), venta de acciones, fusiones y escisiones de sociedades. Igualmente se presentan y analizan tres fenómenos jurídicos especiales: la responsabilidad ambiental de los grupos empresariales, el levantamiento del velo corporativo y la responsabilidad ambiental de los prestamistas en proyectos de financiación.

Con lo anterior se busca introducir al lector al debate legal ambiental contractual, por cuanto se debe tener en cuenta que el abogado de derecho ambiental debió dejar de ser un abogado regulatorio experto en la minucia de la extensa normativa ambiental, y pasar a entender el mundo de los negocios en el que se desarrolla el proyecto, obra o actividad sometido a la regulación ambiental. Se busca con ello familiarizar al lector en los desafíos legales contractuales que presentan los fenómenos de responsabilidad ambiental y, en general, la negociación de los documentos contractuales en el ámbito de lo ambiental. En otras palabras, con este artículo se busca contribuir al

denominado derecho ambiental corporativo sensibilizando al lector con la interacción entre derecho ambiental y derecho comercial<sup>1</sup>.

## I. LA DEBIDA DILIGENCIA LEGAL AMBIENTAL

Según Lawrence Schnapf, cerca del 50% de las oportunidades de negocios de compra de activos y propiedades en Estados Unidos no han concluido satisfactoriamente debido a los hallazgos evidenciados durante la fase del proceso de debida diligencia (Schnapf, 2011, p. 380); y en el caso de la industria manufacturera el porcentaje de negocios declinados ha alcanzado el 60% ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de la remediación de los suelos contaminados y de las gestiones necesarias para mitigar los impactos ambientales causados por el vendedor (Schnapf, 2011, p. 381). De igual forma, se ha identificado que cerca del 35% de las compañías objeto de negociación han sido investigadas por las autoridades ambientales, y que el 29% de los negocios no han concluido satisfactoriamente ante la falta de revelación de la información por los vendedores (Schnapf, 2011, p. 381). Sin lugar a dudas, ese tipo de decisiones y de situaciones comerciales también han surgido en el mercado transaccional colombiano, aunque no se tienen evidencias ni datos respecto del número de transacciones que se han afectado o declinado ante la ausencia de información en asuntos ambientales, o por la falta de acuerdo entre las partes para establecer los términos y condiciones a partir de los cuales se llevará a cabo una transacción que involucra la compra de activos o de sociedades con problemas de cumplimiento ambiental. Es evidente que cada vez existe mayor interés de las partes involucradas en las transacciones en conocer el estado actual de los bienes, activos, proyectos, obras, actividades o compañías que son objeto de negociación y de transacciones comerciales. De ahí la importancia que han venido adquiriendo los procesos de debida diligencia ambiental tanto en el plano legal como técnico, lo que forma parte de la llamada visión de 360°, según la cual el proceso de debida diligencia debe cubrir varias disciplinas para obtener una aproximación comprensiva al objeto del negocio, el denominado *target*.

---

1 Especial agradecimiento al doctor LUIS GABRIEL PÉREZ DE BRIGARD no solo por sus consideraciones y comentarios respecto de este artículo, sino por ser mi mentor, quien además logró enseñarme que existe un vínculo indiscutible e indisoluble entre el derecho civil-comercial y el derecho ambiental.

Sea lo primero señalar que los procesos de debida diligencia ambiental no solamente deben ser conducidos por los compradores, sino que también son recomendables para los vendedores. Varios autores como Schnapf, Garrou, Sharma, Nigh, Boschetti y Dufault proponen que los vendedores lleven a cabo dichos procesos con el fin de verificar los asuntos ambientales que el comprador podría encontrar al conducir el proceso de debida diligencia, de manera que se puedan resolver o solucionar con anterioridad al momento en que el comprador los identifique, y que quien conduzca la debida diligencia por cuenta de su contraparte pueda implementar todos los correctivos necesarios con el fin de mitigar, reducir o eliminar los riesgos ambientales. Así, el fin último del proceso de debida diligencia ambiental adelantado por los vendedores debe estar dirigido a identificar cualquier asunto que pueda repercutir en una reducción del precio del objeto en venta, en la imposición de condiciones precedentes para el cierre de la transacción, en la exigencia de garantías contractuales adicionales o en una reducción de la capacidad de negociación no solo de los temas ambientales en el marco de la transacción, sino también de cualquier otro asunto contractual o del negocio en el que pueda no estar en la mejor posición de negociación ante la existencia de contingencias ambientales o regulatorias.

Autores como Schnapf, Night, Boschetti y Garrou consideran que los compradores suelen llevar a cabo el proceso de debida diligencia con el fin de identificar las contingencias o riesgos en materia ambiental, de manera que puedan no solo proponer soluciones, sino cuantificar su valor en el marco de la negociación, establecer condiciones especiales previas al cierre o lograr que el vendedor ofrezca garantías adicionales. De esa manera los compradores suelen contratar equipos técnicos y legales para que examinen en profundidad el estado de cumplimiento de las obligaciones ambientales de la compañía, o el activo objeto de la negociación y transacción, así como para que identifiquen la existencia de pasivos ambientales o de contingencias que se trasladan de una parte a la otra una vez se cierra el negocio. Así mismo, los procesos de debida diligencia le permiten a los compradores conocer el negocio o activo que van a adquirir, no solo para identificar los posibles problemas, riesgos o contingencias a los que están expuestos, sino también para organizar la toma de control de los mismos una vez el negocio se ha cerrado satisfactoriamente entre las partes (Garrou, 1991, p. 132). Igualmente, vale la pena añadir que, al tratarse de la adquisición de operaciones, activos, sociedades, actividades, obras o proyectos por compañías extranjeras

que no han tenido presencia en el país, el proceso de debida diligencia legal ambiental también debe implicar de alguna forma que el comprador se familiarice con la regulación colombiana, la institucionalidad ambiental y con la forma de conducir los negocios en el país, pues eso permite que una vez se cierre la transacción sea posible continuar con las operaciones sin mayores traumatismos, y garantizar el cumplimiento de las normas y obligaciones ambientales tanto legales como contractuales, por ejemplo, en los contratos de crédito gobernados por los Principios de Ecuador que establecen no solo la obligación de cumplir con los estándares nacionales, sino obligaciones adicionales de carácter contractual que en algunos casos exigen al proyecto estándares superiores a los señalados por la normativa ambiental aplicable.

Ahora bien, a la luz de la normativa colombiana corresponde ahora analizar las implicaciones de los procesos de debida diligencia legal ambiental de cara a las transacciones comerciales bajo el marco de lo dispuesto, entre otras normas, en el artículo 1603 del Código Civil y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. Según las referidas disposiciones, el principio de buena fe debe reinar en las relaciones contractuales entre las partes, lo que incluye las relaciones precontractuales, contractuales y pos-contractuales. En ese sentido, la buena fe debe ser determinante al momento de negociar los acuerdos mediante los cuales se realizará una compraventa de activos, de acciones o de cualquier otro tipo de transacciones comerciales.

En este punto surge un debate muy interesante, por cuanto a partir del principio de la buena fe contractual se espera que el vendedor esté en condiciones de revelar al comprador la información suficiente, necesaria y completa, en particular respecto del cumplimiento de la normativa ambiental, así como respecto de eventuales riesgos o contingencias ambientales y de la posible existencia de pasivos ambientales. De manera que si bien es cierto que bajo el presupuesto de la buena fe contractual se espera del vendedor que suministre la información necesaria para que el comprador pueda conocer el estado de cumplimiento de las obligaciones y de la normativa de carácter ambiental, también es cierto que la buena fe se debe acompañar de la diligencia, de ahí que se hable de buena fe exenta de culpa. En ese sentido habrían de aplicarse las consideraciones jurídicas asociadas a la denominada carga de la sagacidad expuesta en numerosas oportunidades de manera impecable por el maestro Fernando Hinestrosa; así, en virtud de esa carga el comprador debe ser vigilante, cauto, cuidadoso, sagaz y diligente al momento de asumir las negociaciones y de involucrarse en los riesgos propios de los

negocios. Es decir, en términos del doctor Hinestrosa, el comprador debe ser “auto-responsable” al momento de valorar una empresa o un activo que será sujeto de una transacción comercial, razón por la cual debe emplear en su máximo esplendor todas las actividades requeridas bajo la debida diligencia para efectos de demostrar su diligencia.

La buena fe exenta de culpa resulta ser una combinación altamente calificada en materia ambiental. Es posible que en otras áreas del derecho la diligencia del comprador se analice y limite únicamente sobre la base de verificar si el comprador solicitó información al vendedor respecto de posibles contingencias o riesgos en relación con un asunto puntual. Sin embargo, en materia ambiental existe un desafío mayor por cuanto en los casos en que se van a adquirir proyectos, obras o actividades que cuentan con permisos, concesiones, licencias o autorizaciones ambientales, dichos instrumentos de gestión, control y manejo ambiental tienen expedientes de naturaleza pública que pueden ser consultados por cualquier ciudadano. Así, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 69 y siguientes de la Ley 99 de 1993, la buena fe exenta de culpa traslada al comprador el deber de diligencia de verificar –al menos– los expedientes públicos ambientales que amparan las operaciones de los activos o compañías que busca adquirir, financiar, o cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la transacción comercial que se busca llevar a cabo.

De igual forma, deben señalarse otras razones por las cuales ha de considerarse que en material contractual-ambiental la carga de la sagacidad implica adelantar el proceso de debida diligencia como parte de las condiciones necesarias para demostrar la buena fe exenta de culpa. En línea con lo anterior, debemos considerar que cuando se expidió el Código Civil Colombiano en 1873, adoptado como Código Nacional en 1887, y posteriormente el Código de Comercio en 1971 no había expedientes públicos como los conocemos hoy en día, por ello la Corte Constitucional señaló que la buena fe exenta de culpa “se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación” (Sent. C-820 de 2012). De manera que habiendo expedientes públicos ambientales el comportamiento mínimo esperado debería suponer la verificación de dicha información. En ese sentido, al consagrarse la existencia de expedientes públicos en materia ambiental se está poniendo una carga de tal nivel en el comprador que solo puede alegar la buena fe exenta de culpa en el evento en que logre demostrar

que no solo solicitó información al vendedor sobre el cumplimiento ambiental, sino que además verificó los expedientes públicos correspondientes, así como los registros públicos como, por ejemplo, el Registro Único de Infractores Ambientales regulado por la Ley 1333 de 2009 y la Resolución 415 de 2010. De esta manera, el proceso de debida diligencia legal ambiental cobra un importante sentido al existir la posibilidad de verificar el estado de cumplimiento de los proyectos, obras o actividades cuando los mismos están amparados y cobijados por instrumentos de gestión, control y manejo ambiental. Así las cosas, el proceso de debida diligencia legal ambiental no se debe limitar única y exclusivamente a verificar la información en la base de datos que para el efecto disponga el vendedor, sino que debe extenderse a la verificación de los documentos y expedientes públicos.

Ahora bien, el alcance del proceso de debida diligencia legal ambiental no se debe limitar a verificar la existencia de los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental, y los respectivos expedientes públicos, sino que, además, debe ahondar en su análisis, de forma que se pueda verificar, entre otros asuntos, i. El estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichos permisos, concesiones, autorizaciones o licencias ambientales; ii. La existencia de actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental en los que se requiera al beneficiario del instrumento ambiental a que lleve a cabo ciertas actividades o a que cumpla con ciertas obligaciones no cumplidas; iii. La verificación de reportes, denuncias o quejas por otras autoridades, terceros, vecinos o comunidades; iv. La existencia de procesos sancionatorios ambientales, medidas preventivas, órdenes de compensación ambiental y sanciones; v. La existencia de hechos u omisiones que puedan ser considerados eventualmente como infracciones ambientales a la luz de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009, y/o vi. La existencia de otro tipo de acciones como populares, tutela, de grupo, civiles contractuales o extracontractuales que puedan generar algún impacto negativo en las operaciones de la compañía o el desarrollo de la actividad sujeta al respectivo instrumento de gestión, control y manejo ambiental.

Schnapf reconoce que usualmente se ha considerado que los procesos de debida diligencia deben ser conducidos principalmente por técnicos; sin embargo, se requiere tanto de la experiencia y conocimiento de los equipos técnicos, como de los abogados, de ahí que sea necesario darle ambos alcances al proceso de debida diligencia (Schnapf, 2011, p. 385). Así, bajo dicho postulado y específicamente en el caso colombiano, la verificación

de los expedientes públicos debe ser conducida no solo por abogados sino por también por técnicos. Igualmente, Schnapf reconoce la importancia de contar con personal idóneo, altamente cualificado y experimentado en el desarrollo de procesos de debida diligencia, tanto en lo técnico como en lo jurídico. A su turno, recomienda establecer con precisión, con los respectivos técnicos y abogados, el alcance del proceso de debida diligencia así como las particularidades del proceso y del contrato, en los que se deben incluir las respectivas provisiones sobre confidencialidad de la información, las herramientas de acceso a los reportes técnicos, la propiedad intelectual del reporte de debida diligencia, la responsabilidad en la conducción del proceso, y el régimen de indemnidades y responsabilidades asociadas al proceso (Schnapf, 2011, pp. 424-425).

De acuerdo con lo anterior, las mejores prácticas en materia del componente legal de debida diligencia implicarían llevar a cabo varias actividades tales como: i. Revisar la información y los registros públicos; ii. Realizar entrevistas con propietarios, operadores y encargados de las facilidades, obras, proyectos o propiedades objeto de la transacción; iii. Analizar la información pública que dé fe del cumplimiento de las normas y estándares ambientales; iv. Llevar a cabo visitas e inspecciones oculares en los lugares donde se desarrollan las actividades (aunque por lo general quienes llevan a cabo esas actividades son los técnicos, es altamente recomendado que igualmente lo realicen los abogados para identificar posibles contingencias y entender el uso y aprovechamiento de los recursos naturales involucrados en el proyecto, obra o actividad); v. Solicitar al vendedor información, informes de laboratorios, monitoreos y documentación que den fe del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, y vi. En los casos en que se identifiquen contingencias ambientales se recomienda realizar una valoración del riesgo en términos de probabilidad e impacto, así como estimar el valor de la contingencia para efectos de “castigar el precio” de la transacción, establecer condiciones previas al cierre o solicitar garantías adicionales al vendedor.

Aunque existen diferentes tipos de estándares para llevar a cabo procesos de debida diligencia, la mayoría de ellos coinciden en dos fases fundamentales: la primera (fase I) implica la revisión documental general de las operaciones y una visita ocular básica al lugar objeto de la transacción, y la segunda (fase II) implica tomar muestras de suelo, practicar caracterizaciones físico-químicas de los vertimientos, las emisiones atmosféricas y

los controles de calidad del agua (Schnapf, 2011, pp. 400-426). Ahora bien, también hay quienes consideran que se pueden llevar a cabo hasta cuatro fases en los procesos de debida diligencia, en particular en el contenido técnico. Así lo han reconocido autores como Rene Dufault, Eris Abelsquist, Steven Crooks, Don Demers, Lou Diberardinis, Tom Franklin, Marty Horowitz, Collen Petullo y Glenn Sturchio, quienes refieren dichas fases de la siguiente forma, i. La fase I comprende la identificación del área de interés del proceso de debida diligencia con base en la información histórica y documental del predio, proyecto, obra, actividad u operación objeto de la transacción, e incluye entrevistas, revisión de información y documentación tanto pública como privada, visita de inspección al predio o proyecto y elaboración de un reporte preliminar; ii. La fase II incluye la caracterización del área con base en los resultados de la fase I, lo cual implica tomar muestras de laboratorio, analizar la información estadística y los resultados de las caracterizaciones físico-químicas, estimar las contingencias y diseñar un plan de acción preliminar para mitigar, reducir o eliminar las contingencias ambientales evidenciadas; iii. La fase III, denominada “esfuerzo de remediación”, se presenta en aquellos casos en que se han identificado pasivos ambientales, por ejemplo, eventos de contaminación de suelos por sustancias peligrosas, y en ella se diseña e implementa un plan de acción para remover los suelos contaminados, eliminar los residuos asociados, limpiar el área afectada y la circundante, y desinfectar el suelo previniendo los procesos de erosión, contaminación y afectación de los recursos naturales, y iv. La fase IV incluye la verificación del estado actual de la contingencia con la elaboración de un estudio final en el que se verifica su cancelación, y se elabora un reporte que da fe de las actividades desarrolladas, de manera que haya trazabilidad en la atención de la contingencia ambiental identificada en el curso de la debida diligencia (Dufault et al, 2000, pp. 1015-1022).

Schnapf ha identificado algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los compradores (e incluso los vendedores) al momento de llevar a cabo los procesos de debida diligencia ambiental, los cuales deben ser considerados en todas las transacciones comerciales con el fin de evitar incurrir en ellos: i. Basarse en esquemas y prototipos de reportes uniformes sin considerar las particularidades de cada negocio o industria, por lo que se recomienda que tanto el reporte como el proceso de debida diligencia se soporten en un estándar tomando la precaución de que no se convierta en

una camisa de fuerza, sino que se pueda ajustar a las necesidades propias de cada transacción comercial; ii. Ante la falta de tiempo para llevar a cabo los procesos de debida diligencia los compradores buscan ampararse en las llamadas declaraciones y garantías, que se explicarán más adelante, lo cual desconoce el principio de buena fe exenta de culpa del derecho colombiano, de forma que se debe evitar depender únicamente de las provisiones contractuales y procurar desarrollar al máximo el proceso de debida diligencia; iii. Someter todo el proceso de debida diligencia únicamente a la información que reposa en las bases de datos físicos o virtuales, ante lo cual se debe hacer un seguimiento a todos los documentos, pues de no ser revisados periódica y oportunamente por los compradores puede ocurrir que se revele información que genere trastornos *ad portas* del cierre, o en el pos-cierre, de una transacción o de la negociación, que de otra forma podría haber cambiado la decisión comercial o contractual frente al objeto de la transacción; iv. Amparar el proceso de debida diligencia en la existencia de reportes de auditoría interna o externa desactualizados o antiguos (es decir, de más de seis meses), así como en la existencia de certificados de cumplimiento ambiental o de certificados de estándares internacionales, de manera que siempre se deben llevar a cabo, de forma integral, los procesos de debida diligencia aunque existan o no reportes o certificados de cumplimiento ambiental; v. Confiar excesivamente en los reportes internos del vendedor o en la estimación de los costos, de los gastos o en la valoración de las contingencias ambientales que este último realice, por lo cual se recomienda revisar siempre, y de forma crítica, dichas estimaciones y valoraciones económicas, así como los reportes internos de cumplimiento ambiental; vi. Desconocer que la existencia de reportes de cualquier índole, incluyendo los de las autoridades ambientales, no sustituye el deber de los compradores de conducir sus propios procesos de debida diligencia; vii. La ausencia de tiempo y la falta de organización para llevar a cabo el proceso de debida diligencia debe ser mitigado con una estricta planeación y con el fiel cumplimiento de un cronograma de trabajo que contemple no solamente los tiempos del comprador y sus asesores, sino también los de terceros como el vendedor o las autoridades públicas; viii. De igual forma, la ausencia de tiempo y la presión por cumplir con el *momentum* de la inversión muchas veces reduce el proceso de debida diligencia, en el mejor de los casos, a la inclusión de declaraciones y garantías generales en el contrato, y a revelar únicamente los temas gruesos de la operación, por lo que se pueden co-

meter numerosos errores al no haber claridad en relación con el concepto de “material” o “contingente”, puesto que no necesariamente lo que es importante para el comprador lo es para el vendedor, y viceversa, y ix. Es muy importante tener un orden al momento de llevar a cabo el proceso de debida diligencia, de forma que se deben considerar, entre otros aspectos básicos, la elaboración de solicitudes de información inicial<sup>2</sup>, la extensión de solicitudes de información adicional, las visitas a las oficinas de las diferentes autoridades, las entrevistas con el personal de la empresa y con otros *stakeholders*, y las visitas a los sitios objeto de la transacción (Schnapf, 2011, pp. 425-428).

Otros aspectos que se deben tener en cuenta al momento de identificar las contingencias en el marco de los procesos de debida diligencia son: 1. Valorar los riesgos derivados de los procesos (administrativos) sancionatorios ambientales a la luz de lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009 que contempla la verificación de las contingencias frente a eventuales medidas preventivas, sanciones, obligaciones de compensación ambiental e inscripción en el Registro Único de Infractores Ambientales, y 2. El impacto de las contingencias ambientales identificadas frente a otras repercusiones y consecuencias jurídicas como la responsabilidad civil contractual, la responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad penal ambiental, la responsabilidad fiscal, la responsabilidad disciplinaria, las acciones de tutela, las acciones de grupo, las acciones populares y las acciones policivas, entre otros impactos legales que pueden afectar a la compañía que se está comprando, o a

---

2 Las listas de solicitud de información en materia ambiental suelen incluir, entre otros requerimientos de gran importancia, las copias de: i. Los permisos, concesiones, autorizaciones, registros y licencias ambientales; ii. Los reportes de auditorías internas y externas; iii. Las investigaciones ambientales; iv. La correspondencia cruzada con las autoridades ambientales, sin limitarse a los requerimientos, las investigaciones, las solicitudes, los reclamos, o los reportes; v. La descripción de las operaciones de la compañía, y de la demanda y uso de los recursos naturales renovables; vi. La identificación y descripción del uso, manejo, tratamiento, disposición, transporte y gestión de residuos ordinarios y peligrosos; vii. La evidencia de cumplimiento de las normas del Departamento de Gestión Ambiental; viii. La identificación y descripción de las propiedades y operaciones de la compañía frente a los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental requeridos bajo la normativa aplicable; ix. Los informes de cumplimiento ambiental (si aplica); x. Los certificados de cumplimiento ambiental; xi. El listado de los expedientes públicos ambientales; xii. La identificación y descripción de las provisiones contractuales en las que se relacione el cumplimiento de normas ambientales, y xiii. Los contratos suscritos con proveedores, consultores y contratistas para el cumplimiento de las disposiciones legales ambientales.

la persona natural o jurídica que vaya a adquirir un activo que se encuentre expuesto a estos riesgos y contingencias ambientales.

Finalmente, es preciso indicar que parte del éxito de la negociación y del cierre efectivo de la transacción implica no solo el ejercicio de la buena fe precontractual de ambas partes, sino además la “debida diligencia” del comprador, de forma que posteriormente, ante un eventual conflicto con el vendedor en el caso en que se presente la materialización de una contingencia ambiental, este último pueda alegar la culpa y negligencia del primero al momento de valorar la empresa o el activo que hubiese sido parte de la transacción (Garrou, 1991, p. 133). De forma que no basta con tener un contrato suficientemente sólido y con un sinnúmero de cláusulas de protección hacia el comprador, sino que se requiere también realizar un proceso de debida diligencia profundo que garantice que el comprador hizo todo lo que un buen hombre de negocios habría hecho y verificado previa la compra del activo, de la sociedad o cualquiera que sea el tipo de negocio jurídico y comercial pactado por las partes. Sobre esto último vale la pena resaltar lo señalado por David Ong quien opina que la mejor defensa ante una contingencia ambiental siempre será haber demostrado la debida diligencia en su máximo esplendor (Ong, 2001, p. 704).

## 2. LA NEGOCIACIÓN DE LAS DEFINICIONES, DECLARACIONES, GARANTÍAS, COVENANTS E INDEMNIDADES AMBIENTALES EN LOS RESPECTIVOS DOCUMENTOS TRANSACCIONALES

En el marco de las transacciones comerciales se suelen realizar paralelamente dos actividades: el proceso de debida diligencia legal y la negociación de los documentos contractuales de la transacción. A medida que se avanza en el proceso de debida diligencia se identifican las contingencias y riesgos de la operación, y las partes negocian las cláusulas mediante las cuales se asignarán y administrarán los riesgos del contrato en el marco de las contingencias identificadas. En los documentos contractuales se suelen incluir cláusulas y provisiones directamente relacionadas con los asuntos ambientales, disposiciones que se encuentran fundamentalmente en las definiciones, las declaraciones, las garantías y el régimen de indemnidades. A continuación se exponen de forma breve los principales desafíos de este tipo de provisiones al momento de negociarlas entre las partes de una transacción.

## 2.1. LAS DEFINICIONES AMBIENTALES

El capítulo de definiciones suele ser uno de los más importantes en los documentos contractuales puesto que en él las partes determinan el alcance de ciertos términos que se reconocen por comenzar con mayúscula; se trata de los denominados “términos definidos”. Así, el capítulo de definiciones se convierte en un diccionario que hace parte del contrato a partir del cual se debe interpretar y ejecutar cada una de las provisiones que hagan parte del acuerdo. El capítulo de las definiciones suele incluir todo tipo de términos, entre otros aquellos asociados al cumplimiento de las normas ambientales.

Una de las principales definiciones es la de “Ley Ambiental”, término definido que busca darle alcance global al concepto y que suele incluir no solo las normas nacionales (p. ej., Ley 99 de 1993, Decreto ley 2811 de 1974 y Decreto 1076 de 2015), sino también las supranacionales y las locales. En esa definición se suele incluir una descripción de los tipos de situaciones y recursos naturales gobernados por las respectivas disposiciones, así como una lista enunciativa de las disposiciones aplicables. Vale la pena señalar que en materia ambiental es muy importante incluir no solo las normas nacionales sino también las locales, puesto que bajo el principio de rigor subsidiario establecido en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993 se debe garantizar que las compañías, los proyectos y las obras o actividades cumplan con el estándar nacional y también con cualquier otra provisión que las autoridades ambientales locales hayan proferido en virtud de tal principio. De igual forma, las normas se incluyen no solo en sentido formal sino también en sentido material; también se incorporan otras fuentes del derecho, como las sentencias de las altas cortes (p. ej., la Corte Constitucional), en las que se ha establecido la posible interpretación o aplicación de una disposición en particular. También se puede incluir una referencia general a “cualquier norma” que regule el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, como el artículo 3.º del Decreto ley 2811 de 1974 el cual establece cuáles son los recursos naturales renovables en el país.

Otra definición es la de “reclamo ambiental”, la cual tiene sus orígenes en la definición anglosajona de *environmental claim*, e incluye todas y cada una de las acciones, ya sea demanda civil, reclamo, carta de reclamo, directiva, reclamación, garantía, investigación, proceso o notificación de incumplimiento o violación (escrita o verbal) administrativa, regulatoria o judicial hecha por cualquier persona alegando la responsabilidad potencial

(incluyendo la responsabilidad potencial respecto de la ejecución, y de los costos investigativos, de limpieza, de respuesta gubernamental, de remoción y de remediación, y los daños a los recursos naturales y a la propiedad, así como los perjuicios personales o penalidades) derivadas de, basadas en o resultantes de: i. La presencia o liberación al ambiente de cualquier residuo peligroso en cualquier lugar, ya sea de propiedad o no de la compañía; ii. Las circunstancias que sean la base de cualquier violación o violación alegada de cualquier ley ambiental, o iii. Todas y cada una de las reclamaciones de cualquier persona buscando el pago de perjuicios, contribuciones, indemnizaciones, recobro de costos, compensaciones o medidas cautelares resultantes de la presencia de cualquier residuo peligroso o, en general, de cualquier incumplimiento de la ley ambiental.

Para efectos de interpretar y dar alcance a la definición de “reclamo ambiental” se suele incluir una definición de “residuo peligroso” o “material nocivo”, el cual está asociado a la existencia de cualquier sustancia o material contaminante, nocivo, tóxico, explosivo, o radioactivo. Ahora bien, esa definición debe ajustarse a los términos de que trata el Decreto 4741 de 2005 (incluido en el Dcto. 1076 de 2015) al definir los residuos peligrosos. En tal sentido, la definición de “residuo peligroso” debe reconocer que se trata de cualquier material descartado o rechazado que por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, infecciosas o radiactivas puede causar riesgo o daño para la salud humana y el ambiente. Así mismo, se incluye no solo el residuo peligroso sino también los envases, empaques y embalajes que hayan estado en contacto con él. Ahora bien, se discute si la definición de “residuo peligroso” incluye la de “material nocivo”, pues en ocasiones se usan como sinónimos; sin embargo, hay notables diferencias puesto que todo residuo peligroso es un material nocivo, pero no todo material nocivo es un residuo peligroso, de manera que se debe tener cuidado al definir y establecer su alcance. De igual forma, se discute si se la definición de material nocivo incluye al asbesto, por cuanto en Colombia a la fecha no existe una regulación que prohíba ese tipo de material, lo cual resulta paradójico para compañías extranjeras, especialmente estadounidenses que provienen de Estados en los que el asbesto es un material prohibido.

Otra definición asociada al manejo de residuos peligrosos es la de “derrame” o “fuga”, de acuerdo con la cual se trata de cualquier emisión, descarga, inyección, vertido u otro tipo de actividad no controlada que incumpla la

normativa ambiental. Esta definición busca incluir en un solo concepto todas las acciones que puedan darse al momento de liberar o descargar residuos peligrosos (y a veces no peligrosos) en el ambiente y los recursos naturales. Por lo general no se trata de cualquier emisión o vertimiento, sino de cualquiera que esté en incumplimiento de los parámetros físico-químicos establecidos por la normativa ambiental o, de ser el caso, indicados por el respectivo permiso de emisiones atmosféricas o de vertimientos.

“Permisos ambientales” es otra de las definiciones que se utiliza y que presenta dos alternativas: la primera incluye la referencia exacta del acto administrativo mediante el cual una autoridad ambiental otorgó un instrumento de gestión, control y manejo ambiental, llámese licencia, permiso, registro, autorización o concesión ambiental, y la segunda un señalamiento general, no detallado, de que la compañía cuenta con todos los permisos, concesiones, autorizaciones, licencias, y registros requeridos para operar de acuerdo con la “ley ambiental” aplicable.

También se tiene la definición de “autoridad ambiental”, que por lo general se limita a la autoridad ambiental competente en la jurisdicción en la que se desarrolla un proyecto, obra o actividad que, en caso de estar sometido al licenciamiento ambiental de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, se debe incluir la referencia a dicha autoridad del orden nacional. Sin embargo, al limitar el concepto de autoridad ambiental a esas autoridades se está desconociendo la facultad que tienen otras autoridades gubernamentales de tomar decisiones en materia ambiental (p. ej., los municipios, los distritos, los departamentos), y la fuerza armada de imponer medidas preventivas de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º de la Ley 1333 de 2009. Por lo tanto, es recomendable utilizar una definición extensa y no limitada al momento de establecer el concepto y alcance de autoridad ambiental para la interpretación de los contratos objeto de la transacción.

Finalmente, dependiendo del tipo de proyecto, obra, actividad, propiedad o compañía objeto de la transacción, y del tipo de transacción (compraventa, arriendo, leasing, financiación, crédito, etc.), se incluyen otras definiciones como “costos ambientales”, “sitios remediados”, “remediación ambiental”, “compensación ambiental”, “gravamen ambiental”, “tasa ambiental”, “acciones ambientales” o “parámetros ambientales” también llamados “montos mínimos de reclamación” (*minimis amounts*). En cada caso en concreto las partes deben incluir estas u otras definiciones, las cuales son utilizadas bajo el concepto de “término definido” al momento de incluir las declaraciones,

garantías e indemnidades del contrato; de ahí la importancia de verificar el alcance que ha de dársele a cada una de las definiciones puesto que, dependiendo de él, un vendedor podrá ser responsable en mayor o menor grado en el marco de la transacción.

## 2.2. LAS DECLARACIONES AMBIENTALES

En la negociación de los documentos de la transacción se utiliza el modelo de “declaraciones y garantías” (*representations and warranties*) propias del sistema anglosajón, del cual se toman y se adaptan al ordenamiento jurídico colombiano. Esas provisiones buscan regular la forma como se atenderán y enfrentarán las contingencias, en este caso ambientales, en el evento de que se materialicen. En otras palabras, las declaraciones resultan ser el instrumento de asignación de riesgos del contrato objeto de la transacción. Ahora bien, las llamadas declaraciones y garantías hacen parte de lo que se denomina el “paquete de indemnidad”, el cual incluye igualmente los llamados *covenants* y las indemnidades que se explicarán más adelante.

Mediante la negociación de las declaraciones las partes acuden a dos tipos de mecanismos: el primero consiste en realizar “declaraciones” generales del estado de cumplimiento de la normativa ambiental, y el segundo funciona a través de los denominados “anexos de revelación”, en los que, entre otros asuntos, se lista de forma exhaustiva la existencia o no de incumplimientos ambientales, y los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental con los que cuenta la compañía objeto de la transacción. En relación con los anexos de revelación se suele discutir entre las partes si la responsabilidad del vendedor en materia ambiental recae únicamente sobre las declaraciones y garantías allí incluidas, o si, por el contrario, se presentan únicamente con fines informativos y enunciativos mas no taxativos.

De esa forma las declaraciones y garantías resultan ser afirmaciones sobre la veracidad de la información y del estado de cumplimiento de la normativa ambiental, así como de cualquier circunstancia que implique la existencia (o no) de infracciones ambientales en los términos del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009. Se busca, entonces, establecer los riesgos asociados al cumplimiento ambiental, la existencia de posibles pasivos ambientales y la respectiva asignación de los mismos mediante ese sistema de “revelaciones”, lo cual conlleva conocer el estado de los riesgos ambientales del proyecto, obra, actividad, propiedad o compañía objeto de la transacción.

Ahora bien, típicamente el sistema de declaraciones y garantías no está reglado en el derecho colombiano, de ahí que se asocie al conocimiento del objeto de la transacción en el marco del concepto del “error” contractual de cara a los vicios redhibitorios, tal como lo reconoce el artículo 1915 del Código Civil. De forma que, al conocer el estado actual y real del objeto contratado, el comprador toma una decisión diferente, bien sea porque paga un menor precio, solicita el cumplimiento de ciertas condiciones precedentes antes del momento de realizar el pago o, de materializarse el cierre de la transacción, no celebra el contrato. Es en este punto donde es de vital importancia haber conducido un proceso de debida diligencia en forma correcta, puesto que los artículos 1915 y 1916 del Código Civil reconocen que habrá vicios redhibitorios siempre y cuando no haya negligencia grave del comprador ante el silencio del vendedor en revelar los vicios en cuestión. De ahí que en el acápite del proceso de debida diligencia se señaló que la existencia de las declaraciones y garantías no puede ser la única protección para el comprador, si no se adelanta un adecuado proceso de debida diligencia, por cuanto posteriormente no podrá alegar que se trata de un tercero de buena fe exento de culpa, y por lo mismo, la no existencia de vicios redhibitorios. Se debe analizar la conducta del comprador en el marco del estándar aplicable y lo que cualquier hombre de negocios hubiera verificado para el efecto, lo cual en materia ambiental no puede desconocer llevar actividades propias (al menos) de la fase I y la revisión de los expedientes públicos ambientales.

De acuerdo con lo anterior, en el sistema jurídico colombiano las declaraciones resultan ser manifestaciones que dan origen a la voluntad de las partes para suscribir el contrato en los términos y condiciones que lo pacten. De esa manera las partes reconocen la forma de trasladar los riesgos que trae el conocimiento del proyecto, obra, actividad, propiedad o compañía que es objeto de la transacción en el marco del cumplimiento de la normativa ambiental; las partes reconocen el régimen contractual aplicable al saneamiento por los vicios redhibitorios que se deriven del contrato para efectos de buscar la resolución del contrato (mediante la acción redhibitoria) o la reducción en el precio a través de un régimen de cuantificación y determinación del valor de la contingencia (*quanti minoris*). En cuanto a esto último se debe resaltar lo expuesto en el artículo 1918 del Código Civil, según el cual si el vendedor no reveló los vicios, o los mismos no fueron conocidos por el vendedor, no solo debe restituir el bien (si es posible) o rebajar el precio, sino que además debe responder por los perjuicios que le haya podido causar al comprador.

Es necesario destacar que en importantes laudos arbitrales, como el de *Bancolombia vs. Jaime Gilinsky* (2006), se reconoce que las declaraciones y garantías pueden incluir elementos que trasciendan los que corresponden en estricto sentido a la esencia y naturaleza del acto jurídico que se celebra, en virtud de lo establecido en los artículos 1501 y 1602 del Código Civil y en los artículos 822, 824, 864, y 871 del Código de Comercio. De esa manera, las declaraciones y garantías resultan ser no solamente un mecanismo mediante el cual se administran los riesgos del contrato, sino que además son una forma de instrumentalizar su causa y definir las bases sobre las cuales se entiende la existencia o configuración del error contractual a la luz de la regulación legal y contractual de los vicios redhibitorios. Sin perjuicio de lo anterior, las declaraciones implican igualmente el reconocimiento de una obligación de hacer, no hacer o pagar, según se haya establecido por las partes, en el evento de que una declaración contenida en la cláusula de declaraciones resulte ser imprecisa o no cierta. Así se desprende del artículo 1920 del Código Civil, según el cual en el contrato las partes pueden hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son. De igual forma, es importante resaltar que los compradores suelen reservarse el derecho a solicitar la plena indemnización de perjuicios de los vendedores a partir de los documentos contractuales, en el sentido de señalar que los compradores no se verán afectados por la debida diligencia o por el previo conocimiento que tengan de las eventuales contingencias ambientales del objeto de la transacción, esto es, lo que los contratos anglosajones reconocen como *pro-sandbagging provision*.

En materia ambiental se incluyen como declaraciones asuntos tales como que la compañía objeto de la transacción: i. Ha cumplido con las normas ambientales aplicables; ii. Cuenta con todos los respectivos instrumentos de gestión, control y manejo ambiental, los cuales se pueden listar en los anexos de revelación; iii. No ha sido notificada de ninguna investigación, pleito, demanda, o cualquier otro tipo de documento mediante el cual se impute el incumplimiento de normas ambientales, o la comisión por acción o por omisión de un daño ambiental; iv. No ha sido sancionada o investigada por la autoridad ambiental competente; v. No es responsable por la violación de ninguna ley ambiental o reclamación ambiental por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre de la transacción; vi. Cumple con la normativa ambiental que le es aplicable en relación con sus activos e instalaciones; vii. Tiene vigentes todos los instrumentos de gestión, control

y manejo ambiental y que no existe procedimiento, actual o contingente, que busque la revocación o limitación en cualquier forma de tales permisos ambientales; viii. No ha usado, generado, tratado, conservado, transportado, dispuesto, manejado de cualquier forma ningún residuo peligroso, respecto de cualquier instalación propia, arrendada, operada o usada por la compañía, en violación de la normativa ambiental; ix. No tiene ni ha tenido tanques de almacenamiento subterráneos de residuos peligrosos o sustancias peligrosas localizados en las propiedades de la compañía, y que todos los tanques de almacenamiento subterráneos o sobre la tierra han sido previamente localizados en dicha propiedad y que no resultan ser una amenaza para los recursos naturales, el ambiente o la salud humana, y x. Ha puesto a disposición del comprador copia completa y precisa de todos los reportes, análisis, datos y material investigativo en posesión de la compañía o sus consultores, relativo a las condiciones ambientales de los activos del negocio objeto de la transacción.

Las declaraciones y garantías se predicen en un momento definido en el tiempo, el cual por lo general coincide con la fecha de firma de los documentos contractuales de la transacción. Sin embargo, no siempre esa fecha coincide con las denominadas fechas de cierre en las que se dan los desembolsos, la transferencia de acciones o activos, o se toma el control de las operaciones. De ahí que las partes discutan la fecha para determinar el momento en el cual se establece la representación. Por lo general el vendedor busca que la declaración se tome como una “fotografía ambiental” al momento de la firma del contrato, y a su vez el comprador busca que los efectos de la declaración lleguen hasta el cierre de la transacción con el fin de que se reduzca cualquier riesgo contingente ambiental que se pueda presentar entre una fecha y otra. Al respecto se debe resaltar que por lo general los compradores solicitan de los vendedores que ratifiquen las declaraciones al momento del cierre sin cualificación de materialidad, lo que generalmente se denomina en los contratos anglosajones el *bring down certificate*.

Por último, el vendedor solicita la calificación del conocimiento en relación con cada una de las declaraciones que realiza en virtud del contrato objeto de la transacción. Se trata de una técnica jurídica mediante la cual, al incluir aseveraciones tales como “de acuerdo con el conocimiento”, “bajo mi mejor entendido”, o “según mi entendimiento”, se busca “reducir” el impacto de la declaración al conocimiento general que pueda tener el re-

presentante legal de la compañía que suscribe el contrato, de manera que se deja de lado la información concreta, técnica y/o detallada que pueda haber con respecto a un asunto tan documentado como lo puede ser el ambiental. Así mismo, se califican las declaraciones relacionadas con la existencia de los permisos necesarios para la operación al incluirse términos tales como “material”, “principal” o “contingente”, de manera que no se declara que se cuenta con “todos los permisos”, sino con “todos los permisos materiales” requeridos para la operación, lo cual deja un cierto campo de subjetividad frente a lo que debe entenderse como un “permiso material”, como podría ser una licencia ambiental, mientras que, por ejemplo, la autorización de los bomberos, cuando es aplicable, permite discutir si es o no material para la operación de un proyecto, obra o actividad.

### 2.3. LOS COVENANTS AMBIENTALES

Toda vez que en el mundo de los negocios las transacciones no suelen ocurrir en un único momento en el tiempo, se usan los denominados *covenants*, mediante los cuales el vendedor se obliga con el comprador a conducir sus operaciones y negocios entre la fecha de firma del contrato y la de cierre bajo ciertos estándares. Ello ocurre en la medida en que el comprador ha manifestado su interés y se ha obligado a adquirir unas acciones, operaciones, proyectos, obras o actividades, y que el comprador requiere que se garantice que la “fotografía ambiental” no cambie entre la fecha de la firma y la de cierre, por cuanto no cuenta con el control de los negocios o de la operación.

De acuerdo con lo anterior, en ese tipo de cláusulas las partes del contrato incluyen provisiones según las cuales el vendedor se obliga, entre otros asuntos, a i. Mantener vigentes los permisos, concesiones, autorizaciones, registros y licencias ambientales; ii. Realizar todos los monitoreos y muestreos requeridos en virtud de la normativa ambiental o de los respectivos instrumentos de gestión, control y manejo ambiental; iii. Notificar al comprador cualquier requerimiento, demanda, reclamo, petición, queja o solicitud que provenga de cualquier autoridad ambiental, personas naturales o personas jurídicas en relación con el cumplimiento de la normativa ambiental; iv. Cumplir todas las normas ambientales aplicables a la operación del proyecto, obra o actividad, y v. No realizar acciones u omisión que pueda implicar la comisión de una infracción ambiental en los términos del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009.

#### 2.4. LAS INDEMNIDADES AMBIENTALES

Las indemnidades ambientales son la estocada final del “paquete de indemnidades”. Se trata del régimen contractual pactado entre el vendedor y el comprador mediante el cual el primero se obliga a mantener indemne por todo daño o perjuicio al segundo en el evento en que haya una violación o la falta de veracidad respecto de las declaraciones ambientales contenidas en el contrato. Esta previsión contractual busca establecer un mecanismo para que el vendedor se obligue a reparar todo daño o perjuicio causado al comprador como resultado de la falta de precisión o falsedad en las declaraciones, como también ante el incumplimiento de cualquier obligación contenida en el contrato.

Por lo general, se extiende la obligación de reparación de la cláusula de indemnidades no solamente al comprador, tratándose de una persona natural o jurídica, sino también a los administradores o sucesores del comprador, en particular cuando se trata de personas jurídicas. Así las cosas, el paquete de indemnidades busca no solo que se reparen los daños causados al comprador, sino a su representante legal, revisor fiscal, miembros de junta directiva, e, inclusive, se puede extender hasta sus accionistas o socios, sus sucesores o cesionarios.

Al momento de negociar este tipo de cláusulas las partes discuten si efectivamente debe haber una extensión del régimen de indemnidades contractuales más allá de las personas que intervienen y hacen parte del contrato principal, puesto que, considerando que el efecto de la cláusula de indemnidad es la reparación del daño, ha de probarse que en efecto, en términos de Juan Carlos Henao, se concreta la minoración en el patrimonio de una persona, se reconoce la existencia del daño y la obligación de reparación por el vendedor.

Ahora bien, en el mundo de los negocios también se pactan provisiones contractuales según las cuales la cláusula de indemnidad ambiental únicamente surge cuando el perjuicio o daño es debidamente cuantificado y llega a un valor mínimo como parte del reclamo contractual. Se trata del sistema de *minimis* o *basket*, según el cual las partes fijan un valor en pesos, dólares o en salarios mínimos, de forma que el comprador solo puede elevar el reclamo y solicitar la reparación del daño efectivamente causado cuando los daños y perjuicios ascienden a dicho monto, esto con el fin de que no haya reclamos o que se activen los mecanismos de resolución de conflictos

del contrato por sumas que no resulten significativas o materiales para la operación. Dependiendo de cada tipo de transacción las partes establecen el valor mínimo de reclamo.

No obstante lo anterior, las partes también pueden incluir un tope máximo, que por lo general está asociado a un valor porcentual del contrato, a partir del cual el vendedor indemniza al comprador por cualquier daño o perjuicio que le haya sido causado en el marco del contrato. En ocasiones se utilizan dos tipos de montos: un valor porcentual que no representa la totalidad del valor del negocio respecto de ciertas áreas o aspectos de la transacción, y un monto total cuando existe incumplimiento, falsedad o imprecisión respecto de las declaraciones del contrato. De esa forma las partes anticipan el valor de la indemnización de los perjuicios en los términos del artículo 1592 del Código Civil, al establecerlo como una cláusula penal, lo cual implica que el comprador puede solicitar no solo el pago de la suma acordada, sino también la indemnización general de los perjuicios en el evento de que logre probar que el daño fue mayor a dicho valor estipulado, y/o podrá el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo.

## 2.5. LAS GARANTÍAS FRENTE A LA PROLONGADA CADUCIDAD EN MATERIA AMBIENTAL

Otro aspecto importante asociado a la cláusula de indemnidad está relacionado con las garantías contractuales pactadas por las partes, por medio de las cuales el comprador tiene la certeza de que el vendedor va a honrar el contrato y que cuenta con suficientes recursos para efectos de cubrir y cumplir satisfactoriamente las obligaciones de indemnidad. Por lo general las garantías están asociadas, entre otros mecanismos, a la retención de sumas de dinero que hagan parte del pago del precio del objeto contractual, bien sea depositándolas en fiduciarias a través del sistema de patrimonios autónomos, o instaurando certificados de depósito a término que solo pueden ser liberados al vendedor una vez transcurrido el periodo pactado por las partes; a la constitución de pólizas de cumplimiento, cartas de crédito con entidades financieras, prendas o hipotecas sobre bienes muebles o inmuebles, o al establecimiento de limitaciones a la venta de activos o de acciones de una sociedad en particular.

La mayor dificultad que se enfrenta en materia ambiental en Colombia al momento de establecer las garantías contractuales de cumplimiento está

asociada al extenso término de caducidad establecido en materia ambiental en virtud del artículo 10.º de la Ley 1333 de 2009. En los términos del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009 la acción sancionatoria ambiental caduca a los veinte años de sucedido el hecho u omisión generadora de la infracción ambiental, lo cual significa un periodo demasiado extenso que no soporta el movimiento de los negocios en el país, y mucho menos garantiza la existencia de las sociedades durante dicho término; además, establece altos costos de transacción en el evento en que se opte por un mecanismo de fiducia mercantil, carta-crédito o póliza de cumplimiento que coincida con ese periodo. Antes de la publicación de la Ley 1333 de 2009 la caducidad en materia ambiental estaba restringida a tres años, de manera que las garantías contractuales se ataban a dicho periodo y si, pasado el término desde el cierre de la transacción, no se materializaba ningún riesgo o contingencia ambiental concluía la obligación de indemnidad del vendedor.

Actualmente, con una caducidad de veinte años, resulta prácticamente imposible mantener garantías contractuales por la misma vigencia, de manera que se ha convertido en un riesgo inherente al negocio. Es en este escenario que cobra importancia el proceso de la debida diligencia legal y técnico-ambiental, pues la verificación de las condiciones de operación y de cumplimiento ambiental deben ser identificadas oportunamente de manera que se adopten todas las acciones, medidas y gestiones necesarias para evitar la configuración del riesgo o contingencia por fuera del término de cobertura de la indemnidad contractual. Ante ese escenario las partes han mantenido regímenes de indemnidad y garantías en materia ambiental posteriores al cierre que oscilan entre tres y cinco años, lo cual resulta similar al estándar utilizado en asuntos laborales y tributarios: en materia laboral la caducidad de las acciones es de tres años para las prestaciones sociales y en materia tributaria la caducidad es de cinco años desde la fecha en que se exige la obligación.

## 2.6. OTROS ASUNTOS RELEVANTES CONTRACTUALES EN MATERIA AMBIENTAL

Dada la naturaleza especial de los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones ambientales, por lo general, cuando una transacción implica la transferencia de cualquiera de esos instrumentos de gestión, control y manejo ambiental, surge la necesidad de contar con *covenants* contractuales (previa-

mente explicados) y condiciones precedentes para el cierre de la transacción. Eso se debe a que la transferencia de los instrumentos de gestión, control y manejo están supeditados a que la autoridad ambiental competente que la haya otorgado autorice, mediante acto administrativo en firme, su cesión y transferencia. En esos casos, solo hasta el momento en que se logre la efectiva transferencia del instrumento ambiental se consideran cumplidas las condiciones previas para el cierre, y una vez transferido el instrumento ambiental se lleva a cabo la transferencia de las acciones, el pago del precio acordado y las demás actividades propias del cierre de la transacción (p. ej. capitalización, emisión de acciones, distribución de pagos o utilidades, liberación de garantías, cancelación de prendas o hipotecas, etc.).

Así las cosas, mientras el vendedor espera que se le otorgue la licencia ambiental que transferirá al comprador como parte de una transacción, incluye las obligaciones de debida conducción de los negocios. Al respecto es preciso señalar que en Colombia la cesión de los permisos, concesiones, autorizaciones y licencias ambientales suele tardar alrededor de dos a tres meses, de manera que durante ese periodo puede que el comprador asuma o no la operación del proyecto, obra o actividad. En la medida en que no ha habido una cesión oficial del instrumento de gestión, control y manejo ambiental, el único llamado a utilizar dicho permiso es su beneficiario, de ahí que, mientras se obtiene la cesión del respectivo instrumento ambiental que garantice la operación y control por el comprador, se acuda a la celebración de contratos accesorios a la transacción como, por ejemplo, los de cuentas en participación, los de operación o los de mandato. Si, por el contrario, la operación solo se da al momento de la transferencia del instrumento ambiental, las partes se obligan a que el vendedor no solo garantice dicha cesión, sino a que se mantenga vigente y en cumplimiento el instrumento ambiental.

De acuerdo con lo anterior, en materia ambiental siempre es necesario negociar, redactar e incluir, como parte de los documentos de la transacción, el aviso de cesión ante la autoridad ambiental competente, y el respectivo contrato de cesión. Lo recomendable es que dichos documentos hagan parte del contrato principal de la transacción y que se incluyan en él en calidad de anexos, con lo cual se garantiza que ambas partes, en virtud del contrato, procedan a suscribir dichos documentos a fin de que no haya situaciones contractuales que puedan afectar el negocio cuando no se cuente con la voluntad de una de ellas para suscribir los documentos requeridos que permitan obtener la transferencia del respectivo instrumento ambiental.

### 3. ESQUEMAS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD

#### 3.1. BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES

En el mundo de los negocios y de las transacciones comerciales se proponen estructuras transaccionales que permiten eliminar o mitigar sustancialmente cualquier potencial exposición a riesgos, y a contingencias de cualquier índole (p. ej., laboral, tributaria, regulatoria, ambiental), que pueda enfrentar el llamado *target* respecto de la forma como conduce sus operaciones, o de la forma como históricamente ha venido ejecutando su objeto social y sus actividades económicas. En este escenario se busca que los documentos contractuales identifiquen claramente cuáles son las contingencias o responsabilidades a las que está expuesto el *target*, de manera que se administren los respectivos riesgos entre las partes que intervienen en la transacción comercial; de igual forma, se debe garantizar el cumplimiento de los procesos y trámites correspondientes ante las autoridades, entre ellas las ambientales, previa la transferencia de permisos, concesiones, autorizaciones, registros y/o licencias. Buscando alcanzar los procesos regulatorios más breves y con menor exposición a riesgos se llevan a cabo diferentes tipos de transacciones comerciales como las ventas de activos, las ventas de acciones, las fusiones, las escisiones, la venta de establecimientos de comercio, etc. A continuación se presentan unas breves consideraciones en relación con el papel que juega el régimen de responsabilidad ambiental en dichos escenarios en el marco de las transacciones comerciales.

#### 3.2. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA VENTA DE ACTIVOS: ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Por regla general, al momento de estructurar una transacción se suelen preferir aquellos negocios en los que prime la transferencia de activos sobre la venta de acciones, por cuanto la primera representa una menor exposición al riesgo. Sin embargo, lo anterior se debe analizar en cada caso en concreto, según las consideraciones propias del negocio, las normas aplicables al mismo en materia regulatoria, laboral, tributaria o ambiental. Así las cosas, en la venta de activos se identifican los principales generadores de negocio, de manera que no transfieran a una sociedad, junto con los activos, otros

riesgos asociados a la conducción de los negocios como, por ejemplo, los laborales o tributarios.

En el caso de los negocios comerciales la venta de activos se asocia con la venta de establecimientos de comercio, y en virtud de ella el comprador no queda expuesto a los riesgos, responsabilidades y contingencias del vendedor pues la venta del activo se hace en bloque, es decir, con todos los activos utilizados por el vendedor para el desarrollo de su actividad comercial o empresarial. Ese tipo de negocios está sujeto a ciertas reglas y procedimientos establecidos en la ley, con los cuales buscan proteger a los acreedores de quien realiza la venta, para ello cual se debe garantizar, entre otras cosas, que el establecimiento de comercio está debidamente registrado ante la cámara de comercio de la jurisdicción en la que la haya incorporado y, si incluye bienes inmuebles, suscribir un contrato de compraventa celebrado ante una notaría pública, y si no los incluye, mediante documento privado. Como parte del establecimiento de comercio se incluyen los permisos, las concesiones, las autorizaciones, los registros y las licencias ambientales con las que se viabilizan ciertas actividades, obras o proyectos, de manera que al momento del cierre de la venta el vendedor entrega al comprador un balance con toda la información correspondiente certificada por un contador público. Ahora bien, la normativa comercial señala que a los acreedores del vendedor se les debe notificar de manera previa al cierre de la transacción, por escrito o por radio, o mediante la publicación en un diario de circulación nacional o local, la intención de realizar la venta. Una vez realizada la transacción se debe registrar ante la respectiva cámara de comercio, en cuyo caso los acreedores tendrán hasta dos meses a partir del mencionado registro para objetar la venta y exigir una garantía que ampare las obligaciones que tenía el vendedor para con ellos de forma que asegure su pago. Como consecuencia, si el acreedor no objeta la transacción en dicho periodo no podrá exigir garantías; a su turno, si el vendedor no presenta las respectivas garantías la obligación será exigible de manera inmediata.

Ahora bien, ¿cómo afecta estos procesos comerciales la responsabilidad ambiental? ¿Puede una autoridad ambiental objetar la venta de un establecimiento de comercio cuando existe una deuda pendiente de pago (p. ej., sanciones, tasas retributivas, tasas compensatorias, inversiones forzosas, pago de servicios de evaluación y seguimiento)? ¿Qué ocurre con las investigaciones en curso? ¿Qué ocurre con las infracciones ambientales causadas/

ocasionadas que han no han sido investigadas? Sobre el particular vale la pena realizar las siguientes reflexiones:

Sea lo primero señalar que como regla general en Colombia la responsabilidad ambiental es de quien comete una acción u omisión que implica una o ambas cosas: i. Incumplimiento de una norma, y ii. Generación de un daño ambiental. De manera que solo es responsable quien haya cometido una infracción ambiental (incumplimiento normativo o daño ambiental). De esa forma, en la medida en que haya una compraventa de activos, la responsabilidad ambiental del comprador solo se dará en la medida en que a partir del momento del cierre continúe con una actividad que genera una infracción ambiental (incumplimiento normativo o daño ambiental).

Si a partir del día del cierre de la venta de activos el comprador suspende la actividad que por acción u omisión era considerada una infracción ambiental, no será responsable por las infracciones ambientales que haya cometido el anterior vendedor (a menos que la infracción continúe en el tiempo), contrario a lo que ocurre en la compraventa de acciones, en donde el sujeto al que se le puede imputar la responsabilidad es la misma persona jurídica. De manera que es típico en las ventas de acciones que se “arrastre” la responsabilidad que llevaba la compañía de la cual se adquieren sus acciones.

Veamos dos ejemplos que ilustran la forma como puede darse una eventual responsabilidad en el marco de una venta de activos o de establecimiento de comercio: i. En el marco de una transacción comercial se identifica que un local requiere permiso de vertimientos y que a pesar de ello no lo tiene y aún así opera. Una vez se da el cierre de la venta del establecimiento de comercio el comprador decide *suspender* la actividad del vertimiento hasta tanto se obtenga un permiso de vertimientos. En este caso el comprador no asume responsabilidad por el hecho de que el vendedor haya operado un establecimiento de comercio sin el respectivo permiso, toda vez que quien ejerció la infracción (el vendedor) es una entidad jurídica distinta al comprador, y en este caso no le traslada la responsabilidad al comprador, y ii. El segundo ejemplo identifica que un local requiere permiso de vertimientos y que, a pesar de ello no lo tiene y opera. Una vez se da el cierre de la venta del establecimiento de comercio el comprador decide *continuar* la actividad del vertimiento sin tener el respectivo permiso. En ese caso el comprador es responsable por operar sin permiso de vertimiento desde el momento del cierre, y, conjuntamente, el vendedor es responsable por haber operado el

establecimiento sin permiso desde que empezó la operación y hasta el cierre de la transacción.

De acuerdo con lo anterior, lo que ocurre no es que haya un “traslado” de la responsabilidad entre vendedor y comprador, sino que el comprador es responsable a partir del cierre por estar cometiendo una infracción ambiental, y el vendedor continúa siendo responsable por no haber cumplido con las obligaciones y/o normas ambientales hasta la fecha del cierre. En consideración a lo anterior se recomienda, en el marco de ese tipo de transacciones comerciales, crear e implementar un plan de acción para que el comprador lo ponga en ejecución de manera que para el cierre no haya incumplimiento de la normativa ambiental (como en el caso del ejemplo), y se dé el cierre una vez obtenido el respectivo permiso de vertimientos. De esta forma, por tratarse de la venta de un establecimiento de comercio, no debe haber investigaciones contra el comprador en la medida en que el cierre coincida con el momento en que todos los asuntos ambientales hayan quedado resueltos y el arranque la operación se dé bajo estricto cumplimiento ambiental. Si, por el contrario, se presenta el cierre y hay incumplimientos ambientales que le sobrevienen existe responsabilidad compartida entre el vendedor y el comprador, pero no es una responsabilidad que se derive de la venta del activo, sino del hecho de que se está operando en incumplimiento de las normas ambientales.

De igual forma, no se debe olvidar que el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados por un empresario, de manera que al cambiar de dueño (persona jurídica) se sigue la regla del artículo 528 del Código de Comercio, y en ese sentido se reafirma la posición de que el comprador es responsable por los incumplimientos que estén vigentes al momento del cierre, lo cual no significa que la autoridad ambiental pueda perseguirlo por una infracción que tuvo lugar antes del cierre y que ya ha sido superada. En ese caso el comprador solo responde por el incumplimiento que sobrevenga a partir del cierre, pero no por los que el vendedor generó y que para la fecha han sido superados. La única observación en ese sentido, y que se puede considerar una eventual solidaridad del comprador, es en el evento de que los estados financieros del establecimiento de comercio contengan una nota que indique una posible contingencia o pasivo ambiental, en cuyo caso hay lugar a que se transfiera la responsabilidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 528 del Código de Comercio. En cualquier caso, siempre será recomendable establecer en el contrato de compraventa

de activos un régimen de indemnidades, declaraciones y garantías, que permitan proteger al comprador ante las contingencias y riesgos ambientales causados por el vendedor.

### 3.3. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA VENTA DE ACCIONES

Contrario a lo que ocurre con la venta de activos o de establecimientos de comercio, en la venta de acciones la exposición del comprador a los riesgos es absoluta. En la medida en que no hay cambios en la persona jurídica que conduce los proyectos, obras o actividades, sino que simplemente hay una emisión de acciones a favor de un tercero, o la compraventa de acciones por un tercero, o por un socio que desea aumentar su participación, la responsabilidad en relación con terceros, en este caso la responsabilidad ambiental, se mantiene incólume. Así las cosas, si se presenta la venta de parte o la totalidad de las acciones de una compañía, para la autoridad ambiental será indistinto quién es el dueño de la sociedad, en la medida en que la investigación ambiental se seguirá frente a la sociedad. De manera que si existe una acción u omisión que deba ser considerada como una infracción ambiental, y que se haya presentado previa al cierre de la transacción, la sociedad respecto de la cual se realiza la compraventa de acciones seguirá siendo la responsable por las consecuencias que se deriven de dicha infracción. Como se verá más adelante, el debate se puede presentar respecto de los casos de levantamiento del velo corporativo, puesto que habrá que determinar hasta qué punto se puede perseguir el patrimonio de un socio que no es parte de la sociedad al momento de la comisión por acción o por omisión de la infracción ambiental.

Así mismo, es importante resaltar que, a diferencia de otros casos, como ocurre con ciertos contratos de concesión mineros o petroleros, en asuntos ambientales no hay cláusulas de control; ello significa que si existe un cambio parcial o absoluto en los socios de una sociedad no se requiere que se anuncie a la autoridad ambiental, y tampoco se necesita una autorización previa y por escrito. De igual forma, los registros, concesiones, autorizaciones, permisos y licencias ambientales no se verán afectados por los cambios en la composición societaria de una sociedad que sea beneficiaria de dichos instrumentos de gestión, control y manejo ambiental.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la estructuración de la transacciones comerciales donde se presenta la venta de acciones se debe contar con un

robusto paquete de indemnidades, de manera que haya plena garantía para el comprador de que será indemnizado en el evento en que se presente una contingencia no identificada en el proceso de la debida diligencia, o que no sea revelada por el vendedor. Naturalmente, tratándose de riesgos y contingencias identificadas, las partes deben establecer condiciones precedentes para el cierre con el fin de no castigar el precio, o mecanismos contractuales para cubrir las consecuencias que se deriven de dichos riesgos.

### 3.4. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LAS FUSIONES

Lo primero que debe señalarse es que en la normativa colombiana existen dos grandes tipos de fusiones a saber: por creación y por absorción. La primera ocurre cuando existen varios tipos de sociedades sin liquidar y se fusionan en una nueva entidad jurídica en la que los patrimonios de las fusionadas resultan ser el aporte de capital con el que se crea la nueva sociedad (Reyes, II, 2006, p. 103); la segunda ocurre cuando una o más sociedades deciden extinguirse y transferir su patrimonio a una sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica (Reyes, II, 2006, p. 105).

Ahora bien, en el caso de sociedades con operaciones sujetas a un instrumento de gestión, control y manejo ambiental, se debe analizar cuál es el régimen de responsabilidad que aplica a la sociedad que las asume, ya sea que se trate de una nueva o de una en ejercicio. Sin perjuicio de las actuaciones administrativas a las que haya lugar ante la autoridad ambiental competente para efectos de que el instrumento de gestión, control y manejo ambiental quedé en cabeza de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, es necesario verificar quién responde por la transferencia de responsabilidad de las obligaciones derivadas de dichos instrumentos ambientales y bajo qué condiciones, o inclusive respecto de los pasivos ambientales que pueda haber en inmuebles que sean objeto de aporte en el proceso de fusión.

Al respecto se debe señalar que por regla general la nueva sociedad, o la absorbente, asume todos los pasivos externos de las sociedades fusionadas; ahora bien, en este punto se está ante dos situaciones particulares: por un lado la transmisión de obligaciones, y por otro el cambio en la responsabilidad según sea el tipo de sociedad que se constituya o que absorba. De esa manera, si bien es cierto que existe una transferencia de responsabilidad, la cual resulta indiscutible a la luz de las normas de las fusiones, lo que merece especial atención es lo que puede ocurrir con la alteración en el tipo

de responsabilidad. Así las cosas, se ha señalado que la modificación de la responsabilidad según el tipo societario no afecta las obligaciones adquiridas antes del acto de fusión, de manera que se mantiene el mismo tipo de responsabilidad; mientras que respecto de nuevas obligaciones se puede dar el nuevo tipo de responsabilidad según la sociedad creada o la absorbente (Reyes, II, 2006, 102). En ese sentido se pronuncia la Superintendencia de Sociedades cuando señala que las variaciones en los tipos y grados de responsabilidad se presentan hacia el futuro sin tener la virtualidad de modificar las obligaciones contraídas con anterioridad al momento de la fusión y su inscripción en el Registro Mercantil (Reyes, II, 2006, 103).

Tratándose de actividades sujetas a instrumentos de gestión, control y manejo ambiental se considera que el nuevo beneficiario adquiere el instrumento en los mismos términos en los que le fue transferido o cedido. De esa forma, en caso de fusiones por nueva creación o por absorción, ambas sociedades se hacen responsables en su totalidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos y/o de la normativa ambiental causadas antes de la fecha del cierre de la transacción, de manera que responden en su calidad de beneficiarios del instrumento ambiental por las obligaciones no cumplidas tanto antes como después del cierre.

Esa responsabilidad se presenta no solo en el marco de la regla general aplicable a las fusiones, sino, sobre todo, en razón de la naturaleza especial de las normas de contenido ambiental. Teniendo en cuenta las condiciones y la naturaleza propias del derecho al ambiente sano y demás derechos colectivos asociados a la protección del ambiente, se requiere que haya un doliente y un responsable por cualquier infracción ambiental, afectación a los recursos naturales o incumplimiento ambiental. Ahora bien, en relación con el alcance del tipo de la responsabilidad, como se verá más adelante, en materia ambiental se está construyendo un nuevo modelo según el cual puede levantarse el velo corporativo y, si es necesario, ir detrás del patrimonio de los socios de las compañías para garantizar la protección ambiental. De manera que, al tratarse de un fenómeno jurídico particular, se está ante una excepción a la norma general, pues es indiferente el tipo societario de las entidades fusionadas, de la nueva entidad o de la absorbente, ya que el actual beneficiario del instrumento ambiental, o de la operación o actividad que ha causado un daño ambiental, es responsable por él, y en ciertos casos sus socios también lo pueden ser, dejando sin efecto el principio de separación patrimonial.

Dicho lo anterior, en los casos de transacción comercial que impliquen fusiones por creación o fusiones por absorción, más allá del efecto de la responsabilidad ante la autoridad ambiental y/o ante terceros, se debe regular en los contratos de transacción la forma como las entidades y socios participantes en la fusión deben responder ante eventuales investigaciones que recaigan en la nueva sociedad o en la absorbente por hechos ocurridos antes del cierre. Ahora bien, puede haber casos en los que ocurren hechos constitutivos de responsabilidad ambiental en los términos del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009, que no solo se han presentado antes de la fecha de cierre sino que pueden continuar en el tiempo; de ahí la importancia de identificar, durante el proceso de debida diligencia, los hechos u omisiones que pueden ser considerados una infracción ambiental; además, en la medida en que se puedan controlar antes del cierre, se deben incluir las actividades de control como condiciones precedentes, o en su defecto contar con un plan de acción a implementar después del cierre de la transacción.

### 3.5. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LAS ESCISIONES

La escisión es una figura jurídica en virtud de la cual se divide el patrimonio de una sociedad en dos o más segmentos con el fin de traspasar en bloque una o varias partes resultantes de la división de una o más sociedades preexistentes o nuevas que se constituyen como consecuencia de la escisión. Por regla general, en el caso de la escisión la responsabilidad está reglada por el amparo de la solidaridad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.º de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, es preciso señalar que dicha solidaridad se desprende de la existencia de la obligación, mas no del fuero de responsabilidad, en este caso en materia sancionatoria ambiental.

Así las cosas, cualquier remota responsabilidad que se genere a partir de un proceso sancionatorio ambiental solo puede predicarse de la sociedad escindida (no de la sociedad escidente). Cosa distinta es que, en la medida en que haya una declaratoria de responsabilidad ambiental frente a la escindida, esta no cumpla con la sanción impuesta, y por ende, sea necesario llamar (por fuera del proceso sancionatorio ambiental, y solo en el marco del proceso coactivo) a la escidente a responder por la sanción hasta la concurrencia de su aporte en la sociedad escindida. Así se desprende de la doctrina presentada por Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades, quien señaló:

El artículo 10.º de la Ley 222 de 1995 es cuidadoso en definir precisas características para la aplicación de esta responsabilidad. Dentro de estos rasgos específicos pueden resaltarse los siguientes: a) es una responsabilidad solidaria, puesto que los acreedores pueden demandar indistintamente a todas las sociedades participantes o a alguna o algunas de ellas, a su elección, por la totalidad de la obligación respectiva; b) es, además, una responsabilidad subsidiaria, porque la ley es muy clara cuando se refiere a los casos de incumplimiento por parte de algunas de las sociedades (escidente o beneficiaria). De suerte que la ley distingue entre un deudor principalmente obligado, que es la compañía en la cual se radicó la obligación incumplida, y unos obligados subsidiarios, que son las otras compañías que participan en la operación. Esto quiere decir que es indispensable requerir vanamente al deudor principal para el pago. Tan solo después que se cumpla ese requerimiento, podrá acudirse, en subsidio, contra los demás deudores solidarios. Por tanto, estos últimos cuentan con un beneficio de excusión, para exigir que se intente el cobro al deudor principal antes de acudir contra ellos; y c) la responsabilidad es limitada, vale decir, se restringe hasta el monto del activo neto recibido por efecto de la operación.

De acuerdo con lo anterior, cualquier juicio de responsabilidad debe dirigirse única y exclusivamente a la sociedad escindida en su calidad de titular del instrumento de gestión, control y manejo ambiental, y no a la sociedad escidente. De forma que quien goza de los derechos derivados de los instrumentos ambientales, de igual manera tiene la carga de responder por las obligaciones derivadas de ellos, aun cuando, por ejemplo, el supuesto incumplimiento se haya dado inclusive antes de la existencia de la sociedad escindida en el evento en que la misma se constituya a raíz de la escisión. Aquí ocurre el mismo fenómeno jurídico que se presenta en el caso de cualquier cesión de un instrumento ambiental, como ocurre, por ejemplo, con las licencias ambientales cuando son cedidas de una sociedad a otra al momento de ceder el instrumento de gestión, control y manejo ambiental; o, así como se transfiere la totalidad de los derechos al cesionario, de igual manera se asumen las obligaciones y responsabilidades que se han causado antes de la cesión. De conformidad con lo anterior, es evidente que en materia de responsabilidad ambiental la entidad llamada a responder y a ser vinculada a un proceso es la sociedad escindida y no la sociedad escidente.

En caso de que se presenten transacciones comerciales que impliquen la escisión se debe considerar la inclusión de un régimen de responsabilidad entre las partes, de manera que quede claro el régimen de indemnidades que se presenta ante las diferentes entidades que participan en el proceso

de escisión, máxime si se comparte la postura mencionada de que la única llamada a responder es la sociedad escindida en su calidad de beneficiaria del instrumento de gestión, control y manejo ambiental. Así las cosas, los documentos contractuales de la transacción deben contemplar los mecanismos contractuales, las garantías y las respectivas indemnidades para efectos de que garantizar la debida admiración de los riesgos ambientales que se presenten en el marco de la transacción.

### 3.6. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL CASO DE GRUPOS EMPRESARIALES

Como se ha señalado en el presente documento, por regla general la responsabilidad ambiental debe recaer en quien ha causado la infracción, de forma que en cualquier investigación se deben analizar los hechos constitutivos y sus autores, con el fin de que resulte responsable únicamente quien lo cometió (Henaó, 2000, p. 129). De hecho, la prueba de que la separación de sociedades sirve para limitar la responsabilidad es el reconocimiento que hace el numeral 2 del artículo 8.º de la Ley 1333 de 2009 del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad. Sin embargo, esa regla general ha venido enfrentándose a situaciones especiales como la de los grupos empresariales y la del levantamiento del velo corporativo, como se explicará más adelante.

En relación con la responsabilidad de los grupos empresariales por daños ambientales existen algunos precedentes en materia constitucional en acciones de tutela, tal como lo relata Camilo Cubillos Garzón al referirse a los casos Prodeco, Propal y Papelsa (Cubillos, 2009, pp. 17 a 19); sin embargo, se debe reconocer que el Caso Drummond, en sede administrativa ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, se ha convertido en el precedente y el más reciente caso en virtud del cual se declararon responsables por daños ambientales varias compañías relacionadas entre sí, a pesar de que no figuraban (y no figuran actualmente) como un grupo empresarial debidamente registrado. Es decir, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales estableció una responsabilidad colectiva pero individualizada respecto de varias sociedades vinculadas a un mismo proyecto económico sin que existiera certeza respecto de su configuración como un grupo empresarial, de ahí que inclusive es posible cuestionar, en gracia de discusión, la legitimidad de la autoridad ambiental y de su decisión de

declarar la existencia de un grupo empresarial usurpando las competencias propias de la Superintendencia de Sociedades.

A partir de la decisión del caso Drummond se creó un precedente que debe ser tenido en cuenta en el marco de las operaciones comerciales en Colombia, toda vez que por tratarse de la compra venta de sociedades y de la constitución de vehículos de inversión que buscan garantizar el principio de separación y divisibilidad patrimonial entre entidades de un mismo proyecto, pueden estar en cierto riesgo a la luz de la decisión del referido caso.

El caso Drummond es uno de los procesos sancionatorios más sonados de los últimos años en el país; en él se investigaron los hechos que tuvieron lugar por el volcamiento de la Barcaza TS-115 los días 12 y 13 de enero de 2014, en los cuales fueron declaradas responsables por el daño ambiental causado, la American Port Company Inc., la Drummond Ltd., la Drummond Coal Mining LLC, y Transport Services LLC. Muchas cosas han llamado la atención de este caso, sin embargo, una de sus particularidades es que se haya declarado responsable a todas las compañías con base en dos elementos fundamentales, a saber: i. La consideración del carbón como una sustancia peligrosa, y ii. La existencia de un grupo empresarial entre esas sociedades.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales fue la encargada de investigar y sancionar el caso, lo cual hizo en primera instancia a partir de la Resolución 1309 del 18 de diciembre de 2013 y confirmó su decisión mediante la Resolución 0763 del 14 de julio de 2014. Son varios los apartados en los que se hace referencia a la existencia del Grupo Empresarial, sin embargo se destaca el siguiente fragmento:

Al respecto, es preciso indicar que lo que hizo esta Autoridad tanto en el auto de formulación de cargos como en la Resolución sancionatoria, no se funda en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues no se basa simplemente en el hecho objetivo de la propiedad de las empresas, por un lado, de la barcaza, y por el otro, del carbón vertido al mar. Visto así parecería que esta Autoridad no profundizó en el nexo que existe entre las empresas investigadas y los daños causados. Al revisar nuevamente el material probatorio existente, existe suficientes elementos fácticos y jurídicos para vincular a las empresas a la investigación, y si bien estuvo relacionada con la propiedad sobre la barcaza y sobre el carbón, también lo es que a lo largo del proceso lo que se evidenció fue la existencia de un verdadero grupo empresarial, organizado bajo una cadena de mando que responde a un mismo fin, el cual, aunque legal (exportación de carbón), al ser una cadena compleja de actividades peligrosas, lleva intrínseca la asunción del riesgo por parte de cada uno de los actos de la cadena causal [...] esta conclusión de que el puerto marítimo de American Port Company

Inc., solo sirve o es utilizada su infraestructura para exportar el carbón de propiedad de las empresas Drummond Ltd., Drummond Coal Mining LLC., y haciendo uso del equipo marítimo de propiedad de Transport Services LLC., justifica el motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto por el *in fine* del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009, fueron vinculadas dichas empresas a la investigación sancionatoria ambiental, pues la comisión del daño medioambiental que se le imputó en el auto de cargos, es plural en la causa del hecho dañino, pero individual en la infracción, por cuanto se trata de un grupo empresarial que pertenece a unos mismos dueños y funciona con la misma organización administrativa [...] lo anterior demuestra que la operación y manejo de la infraestructura de APCI (Cargue de carbón a través de barcazas), es una actividad única que se realiza por cuatro personas jurídicas aparentemente distintas, pero bajo un solo grupo empresarial, la cual a su vez suministra su propio personal contratado, desde sus representantes, directivos, gerentes y demás operarios, para atender las operaciones que se desarrollan en todas las empresas.

Fue así como la Autoridad Nacional de Licencias Ambiental abrió un nuevo capítulo en el régimen de la responsabilidad ambiental en Colombia al condenar a cuatro compañías por un mismo hecho, por cuanto consideró que todas hacían parte de un grupo empresarial, situación que a la fecha no aparece reflejada en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. Este caso invita a reflexionar acerca de la estructuración de las transacciones comerciales, en la medida en que el mercado suele constituir diversos vehículos de inversión, por lo general bajo la figura de las Sociedades por Acciones Simplificadas –SAS–, con el fin de regular y administrar los diferentes riesgos asociados a los proyectos. Ahora bien, la existencia de grupos empresariales no solo genera las consecuencias comúnmente conocidas en materia laboral y tributaria, sino que tiene un impacto en la responsabilidad ambiental. Así, a partir del precedente Drummond, las autoridades ambientales pueden empezar a vincular a los diferentes procesos sancionatorios ambientales aquellas sociedades vinculadas económicamente con los proyectos en los que se investigan infracciones ambientales, aun en el caso en que la autoridad competente no haya registrado o declarado la existencia de un grupo empresarial. De acuerdo con esto, se recomienda analizar las diferentes estructuras y esquemas societarios que se proponen en el marco de las transacciones comerciales con el fin de evitar, en la medida de lo posible, la consolidación de grupos empresariales y/o la existencia de relaciones económicas entre diferentes sociedades en un mismo proyecto,

de forma que las infracciones ambientales cometidas por una sociedad pueden contaminar a las demás bajo la aplicación extendida del referido caso Drummond.

### 3.7. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

El levantamiento del velo corporativo ha sido ampliamente estudiado por Camilo Cubillos Garzón, por lo tanto no se pretende en este acápite resumir las discusiones que se han dado, sino invitar a la lectura y discusión de los diversos textos del autor, y resaltar algunos elementos fundamentales de este espinoso tema aplicado al ámbito ambiental.

Sea lo primero señalar que en el marco del derecho comercial y societario existe una regla general que establece el principio de separación y divisibilidad del patrimonio, y que pone límites a la responsabilidad entre los socios de las sociedades comerciales y las sociedades mismas. Por lo general la responsabilidad de los accionistas de las sociedades comerciales abarca únicamente el monto de su aporte. Así, en caso de presentarse un juicio de responsabilidad por daños ambientales causados por una sociedad, esta responde con su propio patrimonio, de manera que el de los socios solo se expone hasta el valor de su aporte. Lo que ocurre justamente con el levantamiento del velo corporativo es que se desdibuja esa línea divisoria entre el patrimonio del socio y su aporte a la sociedad, evidenciándose una ruptura en relación con el referido principio de separación y divisibilidad patrimonial al convocar la solidaridad de parte del primero –socio– respecto del segundo –sociedad– (Cubillos, 2009, p. 12).

De esa forma, el levantamiento del velo corporativo aparece como un fenómeno jurídico excepcional mediante el cual el juzgador desconoce el hermetismo de la persona jurídica y extiende la responsabilidad de sus socios más allá del monto de sus aportes, de manera que impacta directamente su patrimonio personal. Naturalmente, siendo una decisión excepcional solo debe darse en aquellos casos en que hay suficiente evidencia de actos defraudatorios que buscan burlar la ley o causar perjuicio a terceros, con el fin de extender la responsabilidad a sus socios para proteger un bien jurídico superior y de mayor rango al de la protección patrimonial. Tal situación genera efectos inmediatos, respecto de los cuales se resaltan los señalados por Cubillos: i. Poner al descubierto a la persona o a los sujetos que actúan ocultos detrás de la persona jurídica; ii. Unir la personalidad de los socios

con la de la persona jurídica; iii. Ampliar la responsabilidad de los socios controladores a toda la actuación de la persona jurídica; iv. Que los socios responsables del manejo de la sociedad que hayan concurrido a la participación del acto ilícito respondan de manera solidaria ante terceros; v. Que los responsables de la comisión del acto que causa la responsabilidad respondan ante los socios que no han estado involucrados en el ilícito, y vi. Consolidar una nueva relación jurídica entre los socios no responsables del ilícito y los acreedores de la sociedad, de manera que la responsabilidad no recaiga en aquéllos sino en quienes cometieron el acto ilícito, en este caso la infracción ambiental (Cubillos, 2009, p. 12).

Por el momento no se conocen antecedentes o precedentes en sede administrativa o judicial en los que las autoridades ambientales hayan hecho responsables a los socios por las infracciones ambientales cometidas por las sociedades donde tienen participación. Hasta la fecha no se ha dado la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad en materia ambiental, lo cual, sin embargo, no significa que no pueda ocurrir y que las autoridades ambientales empiecen a considerar la aplicación del levantamiento del velo corporativo en sede administrativa con el fin de buscar que los socios de las sociedades infractoras respondan por los daños ambientales causados, máxime si se trata de reparar el daño ambiental. Es decir que la responsabilidad no solo se puede extender al pago de la sanción en el evento en que sea una pena pecuniaria, sino al pago de los diferentes costos y gastos que representan las acciones y gestiones necesarias para reparar el daño ambiental de acuerdo con lo establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009. Por supuesto que la aplicación del levantamiento del velo corporativo solo se puede dar de forma excepcional y en los eventos en que se pruebe que las sociedades fueron utilizadas de forma ilícita por sus socios para llevar a cabo la infracción ambiental. Sin embargo, ello implica una pregunta de fondo: ¿hasta qué punto se puede separar la desestimación de la personalidad jurídica en materia ambiental cuando la sola existencia de la declaración de la infracción ambiental puede ser considerada como un fraude a la ley o un perjuicio a un tercero? De igual forma, subsiste la duda de si las autoridades ambientales son competentes para realizar dicho levantamiento del velo corporativo por cuanto no existe una facultad establecida expresamente en la ley para esos efectos, como sí ocurre por ejemplo en materia tributaria en el artículo 794 del Estatuto Tributario al establecer que en todos los casos los socios, copartícipes, asociados, coo-

perados, comuneros y consorciados deben responder solidariamente por los impuestos, la actualización y los intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual son miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas, y del tiempo durante el cual los han poseído en el respectivo período gravable; o en materia de sociedades en el artículo 24, numeral 5, literal d del Código General del Proceso al facultar a la Superintendencia de Sociedades para que declare la nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad para fraudar a la ley o en perjuicio de terceros; así, los accionistas y los administradores que hayan realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, deben responder solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

Sin perjuicio de lo anterior, y en línea con lo ocurrido en el caso Drummond, existe la posibilidad (y el riesgo) de que las autoridades ambientales se atribuyan la capacidad de declarar la solidaridad de los socios cuando las sociedades sean utilizadas para incumplir las normas ambientales o causar un daño ambiental. Hasta la fecha no se han presentado casos de solidaridad entre socios y sociedades en materia ambiental en sede administrativa en el marco de los procesos sancionatorios ambientales. De todas maneras, siempre se debe analizar el momento en el que cada uno de los socios tomó participación en la sociedad, así como su participación activa o pasiva en la infracción ambiental, de manera que se los pueda desligar del eventual levantamiento del velo corporativo en materia ambiental en la medida en que demuestren que no eran socios al momento de la comisión de la infracción ambiental o que no participaron en la misma. Así mismo, queda la duda de si las autoridades ambientales perseguirán el patrimonio de los ex socios de sociedades que sean declaradas administrativamente responsables bajo la Ley 1333 de 2009 por la comisión de una infracción ambiental, bien sea por acción o por omisión.

De acuerdo con lo anterior, en el proceso de debida diligencia es preciso verificar en cada caso la existencia de riesgos o contingencias ambientales que puedan terminar en un proceso sancionatorio ambiental, con el fin de que se establezcan todas las garantías contractuales para evitar la contaminación de los nuevos socios frente a los hechos u omisiones que se hayan causado en el pasado.

### 3.8. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LOS PRESTAMISTAS EN EL FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS

Uno de los temas que más curiosidad despierta hoy en día en el marco de los negocios, en particular en los proyectos que requieren grandes inversiones, es el de la responsabilidad ambiental del prestamista. Existe poca literatura en el país en relación con este asunto, y tampoco se han presentado decisiones de las autoridades ambientales o de los jueces de la República mediante las cuales se haya condenado a prestamistas, en especial a entidades financieras, para que respondan por las infracciones ambientales causadas por sus deudores en los proyectos, obras o actividades que han financiado (Del Valle, 2014, p. 469).

Como regla general cada persona natural o jurídica responde por sus acciones u omisiones y, salvo contadas excepciones, se puede predicar la responsabilidad –ambiental– de una persona natural o jurídica en relación con la infracción ambiental cometida por un tercero. Por regla general el prestamista simplemente presta unos recursos para financiar un proyecto sin tener mayor injerencia, poder o influencia en las decisiones adoptadas. Sin embargo, en el marco de los contratos de préstamo o de crédito, a veces se establecen esquemas contractuales, societarios u operativos que terminan por involucrar al prestamista como responsable en la toma de las decisiones que pueden repercutir en la comisión de infracciones ambientales por acción u omisión. Así las cosas, y en reconocimiento de que bajo la ley colombiana la responsabilidad solo es predicable de quien comete la infracción ambiental, es necesario identificar los posibles escenarios en los que, de forma excepcional, los prestamistas pueden ser responsables por las acciones u omisiones de sus deudores y/o por las acciones u omisiones generadoras de infracciones ambientales en los proyectos, obras o actividades que financian (Del Valle, 2014, p. 470).

Hipótesis I: el prestamista está directamente relacionado en la acción u omisión que causó la infracción ambiental pues interviene y participa activamente en todas las fases del proyecto financiado, entre ellas, en la toma de las decisiones adoptadas en cuanto al diseño, la construcción y la puesta en marcha del proyecto, es decir que interviene en las acciones u omisiones que constituyen la infracción ambiental. En este caso, en su condición de partícipe directo el prestamista resulta responsable en la comisión de la infracción

ambiental, pero no en su condición de prestamista. Es decir que lo que en este escenario activa la responsabilidad del prestamista es su participación e intervención en el proyecto, pero no la existencia y ejecución del contrato de crédito (Del Valle, 2014, p. 470).

Hipótesis 2: aunque no ejecuta directamente la acción u omisión que la genera, el prestamista es quien toma la decisión de que se cometa una infracción ambiental. Ahora bien, quien ejecuta la acción determinante de la infracción es una persona natural o jurídica que sigue las instrucciones del prestamista. Esta hipótesis se presenta en aquellos casos en que los deudores por sí, o a través de los vehículos de inversión utilizados con ocasión del proyecto financiado, llevan a cabo las acciones que desatan la responsabilidad ambiental. En ese escenario las autoridades ambientales o los jueces de la República pueden aplicar las reglas de la responsabilidad civil extracontractual establecidas en el Código Civil, de forma que el prestamista responde por las acciones u omisiones que ejecuta quien está bajo su cuidado, custodia, guarda o instrucción. Si el prestamista se dedica únicamente a proveer fondos para el proyecto y no participa activamente en él existe un riesgo reducido o mínimo de que se derive una conducta de control frente a su deudor; *contrario sensu*, si el prestamista, además de proveer los fondos, da instrucciones respecto de la conducción del proyecto financiado, termina por asumir un poder en la toma de las decisiones, lo cual implica una responsabilidad. Como se señaló, aunque este tipo de responsabilidad no tiene antecedentes en Colombia, es preciso verificar en cada caso hasta dónde llega la participación e intervención del prestamista respecto del proyecto al momento de fondearlo, y hacer un seguimiento al cumplimiento del cronograma de actividades en el marco del proyecto financiado (Del Valle, 2014, p. 471).

Hipótesis 3: el prestamista tiene conocimiento de que el deudor incumple la normativa, o causa un daño ambiental y, sin embargo, no hace nada para prevenir la situación y continúa financiando el proyecto bajo la provisión de los fondos y desembolsos. Como se señaló, la participación del prestamista en el proyecto es crucial para efectos de determinar su responsabilidad en la infracción ambiental, de forma que si tiene el poder de controlar y/o tomar decisiones asociadas a la comisión de la infracción, en ese caso el prestamista podrá estar expuesto a una responsabilidad. Sin embargo se debe que analizar cada caso separadamente para definir si el prestamista tenía conocimiento de la infracción ambiental o si, además, participó activa o pasivamente en la misma (Del Valle, 2014, p. 471).

Hipótesis 4: el prestamista tiene conocimiento de la infracción ambiental causada por el deudor, y en consideración a ello intenta realizar todas las acciones y gestiones necesarias para evitar su continuación o la reducción de los impactos. En ese caso, al tener conocimiento de la infracción ambiental, el prestamista asume un poder y control especial dando órdenes e instrucciones a partir del contrato de crédito para mitigar, eliminar o reducir el riesgo expuesto ante la infracción cometida por el deudor. Sin embargo, en la medida en que demuestre buena fe y diligencia al momento de tomar cierto tipo de control para efectos de enfrentar la infracción ambiental identificada, el prestamista se puede exonerar de responsabilidad si demuestra que se trata del hecho de un tercero o un evento de fuerza mayor o caso fortuito (Del Valle, 2014, p. 471).

Hipótesis 5: el prestamista forma parte de los órganos de administración del deudor o de su vehículo de inversión por ocupar un asiento en la junta directiva, ser el representante legal o asumir otro tipo de control dentro de los órganos de administración de la sociedad que comete la infracción ambiental. De esa manera, según el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, el prestamista es administrador de la sociedad en la medida en que es miembro de la junta o consejo, representante legal, liquidador o revisor fiscal. Nótese que la sociedad no tiene que ser administrada directamente por el prestamista bajo las figuras antes expuestas, sino que lo puede hacer a través de otra sociedad. Por supuesto que por tratarse de prestamistas que hagan parte del sistema financiero deben cumplir con las estrictas condiciones y requisitos que les permiten funcionar en Colombia, y por lo tanto, están restringidos para ser socios de sociedades que ejerzan este tipo de actividades sobre sus deudores. Sin embargo, como se mencionó, se debe analizar en cada caso si existe una condición de administrador por quien fondea un proyecto y la sociedad que ejecuta el proyecto. En ese caso la responsabilidad no se da propiamente por la existencia del contrato de crédito *per se*, sino por su condición de administrador de la sociedad que cometió la infracción ambiental (Del Valle, 2014, p. 472).

Hipótesis 6: el prestamista es controlante de la sociedad deudora que cometió la infracción ambiental. De conformidad con lo establecido en el Código de Comercio, una sociedad es subordinada o es controlada por otra cuando el poder de decisión se somete a la voluntad de una o más personas que son su matriz o controlante, bien sea directamente o con el concurso o por intermedio de otras subordinadas de la matriz. En la medida en que

el prestamista ejerce control sobre la sociedad ejecutora del proyecto que comete la infracción ambiental es responsable de la infracción en la medida en que la controlante no puede responder a la sanción, a las órdenes de compensación ambiental o a cualquier otra consecuencia que se derive de la infracción ambiental (Del Valle, 2014, p. 472).

Hipótesis 7: en razón al principio de función ecológica de la propiedad el prestamista se hace responsable por financiar proyectos que generen afectación a los recursos naturales, el ambiente, la salud humana y/o el paisaje. Si bien es cierto que la Constitución Política establece la libertad de empresa y económica de los agentes que concurren y participan en el mercado, ello no significa que no deba hacerlo en línea con los principios de protección ambiental. Así las cosas, bajo el principio de que la empresa tiene una función ecológica, los proyectos que financie un prestamista deben buscar el cumplimiento de la normativa ambiental, así como garantizar que no haya daños ambientales. Por lo tanto, bajo el referido principio de la función ecológica de la propiedad, un juez de la República o una autoridad ambiental puede llamar a los prestamistas a que concurren en la responsabilidad por las acciones u omisiones causadas por sus deudores, en cuyo caso solo hay lugar a la exoneración de la responsabilidad del prestamista en la medida en que demuestre la existencia de un eximente de responsabilidad y su condición de ser un tercero de buena fe exento de culpa.

## CONCLUSIONES

En el presente artículo se analizaron varios temas de gran importancia desde la órbita del derecho ambiental frente a los principales tipos de operaciones comerciales que se realizan en el país cuando se trata de ventas de acciones, ventas de activos, fusiones o escisiones. De igual forma, se estudió el caso de la responsabilidad ambiental de los grupos empresariales, el levantamiento del velo corporativo en materia ambiental y la potencial responsabilidad de los prestamistas en los proyectos de financiación respecto de las infracciones ambientales causadas por sus deudores. Varias son las conclusiones que se expusieron a lo largo del artículo, sin embargo se resaltan las siguientes:

1. Los procesos de debida diligencia legal ambiental deben ser conducidos no solo por los compradores sino también por los vendedores. De esa manera los vendedores se pueden anticipar a las garantías, indemnidades,

condiciones antecedentes o precedentes del negocio que serán solicitadas por los compradores.

2. Al conducir los procesos de debida diligencia ambiental no solo se debe vincular un equipo técnico, sino que también resulta relevante y necesario contar con el soporte jurídico. Se recomienda, entonces, consolidar equipos interdisciplinarios que analicen los proyectos, obras, actividades o sociedades objeto de las transacciones comerciales a la luz del cumplimiento legal ambiental.

3. Una vez identificadas las principales contingencias ambientales se deben negociar los términos y condiciones con los cuales se acepta el acuerdo comercial, para lo cual es necesario contar con un robusto paquete de indemnidad que incluya, entre otros, las garantías contractuales, las garantías personales y/o reales, las condiciones precedentes para el cierre financiero de las operaciones, las indemnidades temporales y las condiciones para la conducción de los negocios entre la fecha de la firma de los documentos contractuales y la fecha de cierre de la transacción.

4. Siempre que haya instrumentos de gestión, control y manejo ambiental, no solo se debe extender la debida diligencia ambiental al análisis de la información que obre en los respectivos expedientes públicos, sino también contemplar el impacto de la transacción comercial frente a dichos instrumentos, de forma que se negocien los contratos accesorios que sean necesarios para mantener la operación sin mayor traumatismo, como los de operación y los de cesión de los permisos, concesiones, autorizaciones, registros y/o licencias ambientales.

5. En la estructuración de negocios que impliquen la constitución de vehículos de inversión, la emisión de acciones o la transferencia de acciones o activos, se deben considerar los impactos de la estructura propuesta de cara a los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental que amparan un proyecto, obra o actividad, así como la cadena de responsabilidad que se genera con ocasión de la transacción comercial.

6. Cada vez toman mayor fuerza en Colombia fenómenos como la responsabilidad ambiental de los grupos empresariales y el levantamiento del velo corporativo. Ya existen precedentes en materia de responsabilidad compartida de sociedades que hacen parte de un mismo grupo empresarial o de un proyecto específico. De igual forma, se plantea la posibilidad de hacer solidariamente responsables a los socios por las infracciones ambientales cometidas por las sociedades en las que tienen participación, siempre que

el uso de dichas sociedades se preste para actos fraudulentos que busquen incumplir la ley o causar daños a terceros. Ante esa situación es recomendable analizar los impactos de los negocios comerciales y su estructuración societaria en el marco del ámbito de la responsabilidad compartida.

7. Aunque no existen precedentes respecto de la declaratoria de responsabilidad de los prestamistas por las infracciones ambientales causadas por sus deudores, y no hay una norma expresa que así lo señale, lo cierto es que en ciertos casos (hipótesis) los prestamistas pueden resultar “contaminados” por las acciones u omisiones que generan responsabilidad ambiental de sus deudores o de los proyectos que financian. En ese sentido, se recomienda identificar muy bien hasta dónde llega la participación del prestamista en la ejecución, seguimiento y control del proyecto financiado, de manera que se evite concurrir en cualquiera de las siete hipótesis explicadas desde las cuales puede ser responsable por dichas infracciones ambientales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA NAVAS, Ó. y A. AMAYA ARIAS. *Banca y medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- AMAYA NAVAS, Ó. “La Constitucionalidad del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovable y de Protección al Medio ambiente”, en AA.VV. *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- AMAYA NAVAS, Ó. *La Constitución Ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- ARAGÓN-CORREA, J. A. y S. SHARMA. “A Contingent Resource-Based View of Proactive Corporate Environmental Strategy”, *The Academy of Management Review*, 28(1), 2003, 71-88.
- BERRONE, P. y L. R. GÓMEZ-MEJÍA. “Environmental Performance and Executive Compensation: An Integrated Agency-Institutional Perspective”, *The Academy of Management Journal*, 52(1), 2009, 103-126.
- CUBILLOS GARZÓN, C. “Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, 2009.

- CUBILLOS GARZÓN, C. et ál. “Comentarios. Directrices del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, 2009.
- CUBILLOS GARZÓN, C. “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, 2008.
- GARZÓN, C. “Comentarios. Aproximación a la regulación de los grupos empresariales en los ámbitos fiscal, penal y ambiental”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, 2008.
- DECKER, C. S. “Corporate Environmentalism and Environmental Statutory Permitting”, *The Journal of Law & Economics*, 46(1), 2003, 103-129.
- DEL VALLE MORA, E. *Colombian Environmental Law*, Capítulo ambiental en publicación internacional sobre derecho ambiental, American Bar Association, 2014.
- DEL VALLE MORA, E. “La reparación del daño ambiental en los procesos sancionatorios ambientales”, en AA.VV. *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- DEL VALLE MORA, E. *Los principios constitucionales y legales en el régimen sancionatorio ambiental colombiano (Ley 1333 de 2009)*, Brigard & Urrutia Abogados SAS, Colegio Corporativo, Bogotá, 2014.
- DOWELL, G.; S. HART y B. YEUNG. “Do Corporate Global Environmental Standards Create or Destroy Market Value?”, *Management Science*, 46(8), 2000, 1059-1074.
- DUFAULT, R.; E. ABELQUIST, S. CROOKS, D. DEMERS, L. DiBERARDINIS, T. FRANKLIN y G. STURCHIO. “Reducing Environmental Risk Associated with Laboratory Decommissioning and Property Transfer”, *Environmental Health Perspectives*, 108, 2000, 1015-1022.
- FRIEDMAN, F. B. “Corporate Environmental Programs and Litigation: The Role of Lawyer-Managers in Environmental Management”, *Public Administration Review*, 45, 1985, 766-770.
- GARCÍA PACHÓN, M. “Responsabilidad social empresarial y gestión integrada de los desechos peligrosos”, en *Régimen jurídico y ambiental de los residuos peligrosos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- GARROU, D. M. “The Potentially Responsible Trustee: Probable Target for CERCLA Liability”, *Virginia Law Review*, 77(1), 1991, 113-148.

- GREENBERG, M. I. y D. M. SHAW. "To Lend or Not to Lend: That Should Not Be the Question: The Uncertainties of Lender Liability under CERCLA", *Duke Law Journal*, 41(5), 1992, 1211-1266.
- GUNNINGHAM, N.; R. A. KAGAN y D. THORNTON. "Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go beyond Compliance", *Law & Social Inquiry*, 29(2), 2004, 307-341.
- HANLON, J. "‘Illegitimate’ Loans: Lenders, Not Borrowers, Are Responsible", *Third World Quarterly*, 27(2), 2006, 211-226.
- HANSMANN, H. y R. KRAAKMAN. "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal*, 100(7), 1991, 1879-1934.
- HENAO, J. C. *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- HINESTROSA, F. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, enero-junio de 2014, 2014, 5-39.
- KEHL, F. "Approach to Environmental Problems", *Social Scientist*, 5(10/11), 98-113, 1977.
- KING, A. "The Common Interest Doctrine and Disclosures during Negotiations for Substantial Transactions", *The University of Chicago Law Review*, 74(4), 2007, 1411-1442.
- LEWIS, T. R. y DAVID E. M. SAPPINGTON. "How Liable Should a Lender Be? The Case of Judgment-Proof Firms and Environmental Risk: Comment", *The American Economic Review*, 91(3), 2001, 724-730.
- MAURER, B. "Due Diligence and ‘Reasonable Man’ Offshore", *Cultural Anthropology*, 20(4), 2005, 474-505.
- PÉREZ, O.; Y. AMICHAH-HAMBERGER y T. SHTERENTAL. "The Dynamic of Corporate Self-Regulation: ISO 14001, Environmental Commitment, and Organizational Citizenship Behavior", *Law & Society Review*, 43(3), 2009, 593-629.
- PITCHFORD, R. "How Liable Should a Lender Be? The Case of Judgment-Proof Firms and Environmental Risk", *The American Economic Review*, 85(5), 1995, 1171-1186.
- REYES VILLAMIZAR, F. *Derecho Societario*, tt. I y II, Bogotá, Temis, 2006.

RUGMAN, A. M. y A. VERBEKE. "Corporate Strategy and International Environmental Policy", *Journal of International Business Studies*, 29(4), 1998, 819-833.

SHARMA, S. y H. VREDENBURG. "Proactive Corporate Environmental Strategy and the Development of Competitively Valuable Organizational Capabilities", *Strategic Management Journal*, 19(8), 1998, 729-753.

SCHNAPF, L. *Environmental issues in Business Transactions*, American Bar Association, 2014.

THOMAS, P. "Review of Corporate Environmental Responsibility: Law and Practice", *The International and Comparative Law Quarterly*, 41(4), 1992, 959-959.

TOM, R. "Interpreting the Meaning of Lender Management Participation under Section 101(20)(A) of CERCLA", *The Yale Law Journal*, 98(5), 1989, 925-944.