

Recomposición ambiental y obra pública: dinámica intrapoderes frente al daño ambiental

Alejandro Rossi

1. Introducción

En el marco de las primeras “Jornadas argentino italianas de derecho público” parece interesante tratar un tema de actualidad y al mismo tiempo de complejidad como es la recomposición del daño ambiental. El esquema clásico del derecho argentino comprendía la posibilidad de accionar en defensa del derecho de propiedad, pero la Constitución de 1994 agrega el deber de recomposición como consecuencia del daño ambiental.

Dicho daño es el irrogado al ambiente como bien público, que trasciende por ello la noción clásica de propiedad. En el pasado, la relación de tutela del acceso de los particulares a un ambiente sano se instrumentó por vía de la noción del “interés difuso” hasta el año 1994, y a partir de allí por vía del denominado “amparo ambiental” como instrumentación de la defensa de derechos de incidencia colectiva, en función de los arts. 41 y 43 de la Constitución, aunque limitándose a las denominadas “acciones de cese”.

La ley general del ambiente 25.675 vino a integrar este esquema abordando la cuestión de la recomposición del daño irrogado al ambiente que, tal como desarrollaremos a continuación, trasunta una especial relación entre los distintos poderes del Estado y los particulares.

En efecto, a partir de la integración del esquema normativo previsto por el art.41 de la Constitución Nacional, las acciones de incidencia colectiva pueden tener por objeto el cese y la restitución de las cosas al estado anterior, pero también la recomposición del daño irrogado al ambiente a través una figura peculiar en materia de financiamiento: el fondo de compensación ambiental.

Es objeto de este trabajo examinar el sentido, naturaleza y régimen jurídico de este fondo, analizando las relaciones que pueden generarse a partir de una sentencia que establece indemnizaciones por recomposición del daño ambiental.

2. El “hecho” de la contaminación

En segundo lugar, pensaba esta mañana en la exposición, y mi plan era comenzar por las normas, como es habitual. Pero después de haber estado en el lugar de ustedes hasta este momento y considerando a nuestros colegas italianos, se me ocurrió cambiar la estrategia y comenzar por algo más interesante. El aforismo latino rezaba “dame un hecho y te daré el derecho”. Así se estructuró el derecho romano. Nuestro **hecho** es la contaminación.

2.1. Dos tipos de problemas asociados a la contaminación

El estado ambiental de nuestro país tiene que ver con dos problemas íntimamente relacionados pero diferentes entre sí. El primero es la falta de control de la contaminación. El segundo es la no exigencia de planes de recomposición ambiental. Ambos problemas comienzan a ser objeto de reclamos de una sociedad que es consciente de que "algo hay que hacer" y esta vez "algo en serio". Este clamor comienza a llegar a los tribunales. Actualmente la Corte Suprema tiene dos casos muy interesantes a resolver: uno es el que abordó el Dr. Mertheikian planteado por la Asociación de Superficiales de la Patagonia. Otro es el planteado por los vecinos de la boca en relación al Riachuelo.

2.2. Dos casos paradigmáticos

En el caso "Superficiales", los propietarios superficiales de la Patagonia solicitaban:

- (a) Realizar las **acciones necesarias para la recomposición del daño ambiental colectivo** causado por la actividad en las áreas de la cuenca, hasta la total desaparición de los agentes contaminantes del suelo, del aire y del agua superficial y subterránea; la reposición a su estado anterior de las áreas deforestadas con el objeto de revertir el proceso de desertificación causado.
- (b) Constituir el **fondo de compensación ambiental** previsto en la ley del ambiente art. 22 y acreditar la contratación del seguro de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente.
- (c) Hacer cesar las acciones dañosas hacia el futuro.
- (d) Reparar de los daños y perjuicios colectivos ocasionados.

En el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo, los vecinos de La Boca demandan al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y cuarenta y cuatro (44) empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río. Y solicitan la **Creación de un "Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental" o "Fondo de Compensación Ambiental"**, de carácter autónomo y de subrogación, mediante la afectación directa de recursos del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, en su calidad de coautores solidariamente responsables, de conformidad con el Artículo 34 de la Ley N° 25.675 General del Ambiente.

2.3. El problema de la recomposición

Nuestro problema es entonces la recomposición ambiental como problema actual, real y judicial. No todos los problemas reales son tratados por la justicia y no todos los problemas tratados por la justicia son reales. De allí la trascendencia de estas cuestiones.

Pero ¿qué es recomponer? Es la acción humana tendiente a rehabilitar las funcionalidades de un determinado componente del ambiente o aún de un ecosistema en su conjunto. Recomponer no es armar un parque nacional donde existe un basural como la Reserva Ecológica de la Ciudad de Buenos Aires, tampoco es hacer una plaza con mucho "verde" donde existía un estacionamiento de autos.

Recomponer es la acción humana que procede en forma subsidiaria ante la imposibilidad de volver las cosas a su estado original, para restituir al ambiente sus funcionalidades existentes de acuerdo a las posibilidades reales.

3. Problemas metajurídicos

Ya aquí aparecen tres problemas meta jurídicos que se relacionan con la recomposición y que vienen reconocidos en declaraciones internacionales tales como la "Agenda 21" o los "Principios de Dublín".

3.1. El análisis "ambiental" del daño

El primero es la necesidad de conocer cabalmente el estado del ambiente para poder recomponerlo. Este conocimiento, mas allá de la información ambiental genérica que siempre resulta indispensable, se denomina técnicamente como la "línea de base ambiental" y es básicamente la *brújula* de las acciones de recomposición. Sin línea de base no hay rumbo para la recomposición, y habrá que "reconstruir" a través de extrapolaciones la información relativa a ese ambiente. Esto último puede ser complejo desde el punto de vista técnico, e incierto desde el punto de vista jurídico.

Pensemos un instante la peculiaridad del daño ambiental. mas allá de su carácter colectivo e intergeneracional, la complejidad de los procesos ecológicos torna a los daños ambientales en hechos generadores de consecuencias que "tienden al infinito".

Veamos el caso del agua. Un tema crítico por la creciente escasez del recurso en términos de cantidad y calidad.

El movimiento del agua subterránea en sentido lateral es muy lento. En el acuífero puelche la velocidad es de unos 20 cm por día y en el acuífero pampeano de unos 5 cm por día. Esto es muy poco comparado con la velocidad de un río como el Paraná que ronda los 2 cm por segundo.

En sentido vertical es mucho menor todavía. Para llegar desde la freática al puelche una partícula puede tardar 5 años.

Esa dinámica hace que los procesos de contaminación se produzcan en forma muy lenta (decenas o centenas de años) y de la misma manera cuando se detecta un daño ya es grande y es muy complicada la recomposición que será tan lenta como la recomposición.

Como ustedes ven este tipo de problemas muy frecuentes amerita una necesidad de repensar la teoría del daño en materia ambiental desde el punto de vista de la prescripción, pero también de la prevención necesaria para diseñar herramientas aptas.

3.2. El análisis "económico" del daño

El segundo aspecto metajurídico es la trascendencia del "costeo" de las acciones de recomposición. La economía tiene mucho para decirnos.

Ustedes dirán: salimos del derecho (por un instante) y entramos en la economía: estamos perdidos. Trataré de que no sea muy largo el sufrimiento.

En efecto sin un esquema claro de recursos económicos la recomposición será una mera declamación. Los americanos tienen muy bien estudiado que las acciones gubernamentales (de todos los poderes) inciden centralmente sobre la economía. Esto pasa, en materia de responsabilidad, con la responsabilidad laboral, la responsabilidad por daño a la salud de ciertas industrias como las tabacaleras y también con el ambiente.

Si la responsabilidad en términos económicos es demasiado leve, las empresas y los responsables en general prefieren continuar contaminando, transfiriendo a la sociedad "la diferencia" entre lo pagado y el costo real. Esto es lo que se llama "externalizar" los costos ambientales de una actividad. Sacárselo de encima y cargárselo a la sociedad que deberá afrontarlo en algún momento ...o quedarse sin todo o parte de un valioso recurso.

Si la carga económica de recomponer es tan grande que todas las empresas, aun responsables, se funden, pues entonces no existirán fondos para recomponer y nuevamente el costo ambiental quedará de hecho externalizado y cargado a la comunidad.

Vale decir que si desde una determinada política gubernativa interesa que la empresas desarrollen su efecto redistributivo de los ingresos a través de salarios, inversiones pero que a su vez no deterioren el ambiente de una comunidad, la "fórmula" de exigencias en términos económicos deberá contemplar esta balance que es en definitiva la mentada fórmula del desarrollo sustentable.

Estos podrían ser los rudimentos de una teoría de la regulación ambiental que insisto de ninguna manera deben ser interpretados como "tomar de rehenes a los trabajadores" para sostener una gestión ambiental no sustentable, lo cual sería una contradicción en los términos.

Este análisis económico es válido tanto respecto de sentencias como de las propias regulaciones que emite el Estado. En Estados Unidos en muchos casos se miden los efectos de estas regulaciones antes y después de emitirlos, aquí nos limitamos a "intuir" cual puede ser una adecuada regulación.

En sentido concordante algunos de los jueces de la Corte Suprema americana son expertos en regulación económica, manejan estos instrumentos. Es que en definitiva, estas cuestiones de "billetera" no pueden resolverse linealmente a partir de principios. O al menos no con el grado de previsibilidad que demanda el derecho de todos los tiempos.

Para finalizar con esta digresión económica recomponer es re-activar un bien del estado, un bien común, un bien del dominio público. De allí que sostengamos que la nota distintiva es la re-funcionalización del componente ambiental afectado.

De allí la necesidad de ir incorporando distintas herramientas económicas, entre las cuales se encuentran los fondos.

3.3. El análisis "social" del daño

Lo tratamos en último lugar, pero no al final en importancia, por cuanto solamente después de entender "qué" hay que hacer y "cuánto cuesta" corresponderá analizar el impacto "distributivo" de esa acción sobre la sociedad.

En efecto, la indemnización del daño ambiental es de inexorable naturaleza "colectiva" en razón de la titularidad de los bienes en cuestión.

Pero además, la relación jurídica de "asignación" que trasunta la acción gubernamental de recomponer, es de naturaleza distributiva, pues supone la posibilidad de que la comunidad vuelva a gozar de un cierto componente del ambiente o ecosistema.

Desde esta perspectiva cobra importancia establecer cuáles son las relaciones de "exclusión social" que determina la irrogación del daño ambiental puesto que ellas son las que podrán aportar elementos indicativos para la gestión de recomposición. En efecto, si antes hablamos de comprender las "funcionalidades" de un determinado componente o sistema de componentes del ambiente, a través de una línea de base o

una extrapolación de la misma, a la hora de la recomposición corresponde volver a mirar dichas funcionalidades para asegurar, precisamente, la rehabilitación de las mismas.

En este sentido, las funciones del ambiente se verifican sobre las personas, las personas que lo habitan. Por eso es que la Constitución nos habla en el artículo 41 de "del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras". Esa es la funcionalidad que debe verificarse o que, llegado el caso debe recomponerse. De esta manera llegamos también a la idea de que debe existir una línea de base "social".

Pero tratándose de recomponer debe tenerse en cuenta que dicha acción sea probablemente imperfecta, sea por las limitaciones que dimanen de los procesos ecológicos, cómo también de las limitaciones económicas para abordar dicho emprendimiento. Por ello es que esta asignación de lo escaso por la Administración esté regida una relación de igualdad proporcional antes que por una relación de igual conmutativa o aritmética. De allí que resulte fundamental que se mantengan las proporciones originales en la relación al uso y goce de un determinado bien colectivo, a posteriori de la recomposición.

Tal vez sea más sencillo pensarlo en concreto. Tengamos presente la situación del Riachuelo donde hay una población "marginada" sometida a una serie de efectos contaminantes sobre el ambiente. Ahora se postula el saneamiento en el marco de una acción colectiva de recomposición. Pues entonces, las acciones de recomposición deberían tener un efecto cierto no solamente sobre el ambiente sino también sobre los incididos negativamente por ese daño ambiental. De lo contrario, si con motivo del saneamiento, y re-"activación" de este bien (ambiental) en sentido económico, los damnificados fueran nuevamente "marginados" a una nueva "zona residual" la justicia de la distribución que importa la recomposición no estaría lograda.

4. Acerca de los fondos como herramientas de gestión ambiental

Los "fondos" –en inglés "trust"-- son una creación del derecho anglosajón para generar seguridad jurídica, confianza (trust) en los operadores jurídicos, logrando que el dinero destinado a un objetivo no se pierda y, al mismo tiempo, evitar que esa asignación de recursos se torne imprevisible en su magnitud.

Esta herramienta fue incorporada a la legislación argentina con la recepción del fideicomiso ley 24.441, con sus luces y sus sombras que no son objeto de esta exposición.

Pero en materia ambiental, es la Constitución Nacional y la Ley Marco del Ambiente 25.675 las que receptan esta necesidad, frente al daño ambiental, de traer "económicamente" al responsable y asegurar que la acción de recomposición se realice efectivamente, creando de esta manera un "patrimonio de afectación".

4.1. La Constitución Nacional y la ley 25.675

Ahora trataremos de abordar sucintamente la cuestión del régimen legal vigente.

La Constitución Nacional se limita a decir sobre este aspecto que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

Aclaro para nuestros colegas italianos que dentro de la lógica del Estado Federal

prevista en el Constitución Nacional y tratada (con un dejo de tristeza) en el día de ayer por el Dr. Plaza, en materia ambiental, le corresponde a la Nación establecer los presupuestos (normas) mínimas de protección ambiental que deben ser luego desarrollados y aplicados localmente.

En ese contexto, la Ley General del Ambiente 25.675 **establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente** y prevé la constitución de fondos para la recomposición del ambiente.

Veamos cuáles son los cinco aspectos clave de esta regulación.

Primero: mecanismos adecuados para la recomposición

Así en el art. 3 inc. "k" dispone como objetivo de la política nacional ambiental "Establecer procedimientos y **mecanismos adecuados** para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y **para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental**"¹

El art. 4 establece dos principios muy interesantes para comprender la naturaleza de estos fondos:

Segundo: responsabilidad frente a las acciones de recomposición

Por un lado, el **principio de responsabilidad** conforme al cual "El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, **es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición**, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan".

Tercero: subsidiariedad

Por el otro, el **principio de subsidiariedad** según el cual "El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales".

Cuarto: administración "local" del Fondo

El art. 34 de la LGA crea el Fondo de Compensación Ambiental "que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará **destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.**"

Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado.

La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial".

Quinto: integración del Fondo

En materia específica del fondo, el art. 28 dispone que "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, **la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente**, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder."

¹ Los fragmentos resaltados en negrita en este y otros artículos de la Ley so del autor de este artículo

4.2. Caracterización de los “fondos”

La norma habla de "un" fondo de compensación, pero de muchas autoridades. Habría por un FCA por cada jurisdicción, sin perjuicio de FCA especiales para los casos de problemas plurijurisdiccionales.

Dichos fondos pueden integrarse de diversas maneras

Los fondos pueden ser de origen judicial o legislativo.

a) Son de **origen judicial** los aportes al fondo generados por sentencias por daño ambiental colectivo.

b) Son de **origen legislativo** los aportes de naturaleza presupuestaria (conforme al principio de subsidiariedad).

El Poder Ejecutivo (local) es el órgano ejecutor del fondo.

De manera que los tres poderes aparecen interactuando a fin de afrontar el problema del daño ambiental.

4.3. Destino de los “fondos”

Está claro que la indemnización fijada por el Poder Judicial va al Fondo, pero no necesariamente para realizar tareas de recomposición del daño identificado. Esto último aparece como una mera "facultad" de la Administración local lo cual es por lo menos delicado.

Puede ser razonable cuando la recomposición no tiene sentido alguno. O cuando hay otras urgencias ambientales que atender. Pero si la indemnización establecida en sede judicial tiene en vista la recomposición ambiental resulta ilógico que la acción no sea encarada por la autoridad de aplicación. Lo que queda claro es que el propósito de la norma es evitar la "afectación" directa e íntegra de los fondos a un daño determinado.

4.4. Naturaleza de los “fondos”

Cuando los fondos son de naturaleza presupuestaria, no cabe duda que se trata de fondos públicos.

Cuando los fondos son de origen judicial, el ingreso al Fondo constituye la "publicación" de los fondos. Es que la indemnización por daño ambiental "repone" el activo público, a partir de la afectación prevista en la ley 25.675.

En los términos del Dr. Barra, a partir de la publicación de los fondos, la relación jurídica será regida por la justicia distributiva y el criterio de reparto será proporcional y no aritmético.

5. Régimen de la obra pública en materia de recomposición ambiental

5.1. Aplicación del régimen de derecho administrativo

Establecida la naturaleza pública de los fondos, resulta claro que el régimen jurídico propio es el del derecho administrativo y en particular el del contrato de obra pública. Ello es consistente con la realidad, los fondos ingresados por vía judicial o legislativa vienen a reponer el valor del activo detruido o deteriorado por la acción de un sujeto

más o menos determinado. Si el sujeto está claramente determinado, repone el activo, si no lo está la Administración podrá desarrollar su labor subsidiaria que será financiada con fondos presupuestarios.

En materia de daño ambiental debe tenerse en cuenta que muchas veces la Administración es por acción o por omisión causante o co-causante del daño. Otras veces resulta difícil evitar áreas de externalización de costos ambientales, sea por el transcurso del tiempo del tiempo, por la desaparición de sujetos contaminantes, por la concurrencia estatal particular, etc. A partir de esta definición resultarán aplicables las normas propias de la Administración con dos particularidades o modulaciones que analizaremos a continuación.

5.2. Peculiaridades de la contratación administrativa en materia de recomposición ambiental

Pero pueden existir modulaciones especiales sobre dicho régimen. Así como el contrato administrativo comporta en razón del cumplimiento de funciones administrativas la existencia de un régimen exorbitante al derecho privado, de la misma manera en materia de derecho ambiental existen singularidades respecto del régimen general de los contratos administrativos.

En relación a la recomposición ambiental tales singularidades tienen que ver con la evaluación del impacto ambiental (EIA) y la participación pública, como elementos condicionantes de la validez de los actos administrativos que sean emitidos.

5.2.1. Evaluación del impacto ambiental

En efecto, por un lado el art.11 de la LGA establece que a nivel del sistema federal "toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución". Por el otro lado, la ley nacional 24.354 dispone en el ámbito nacional que toda obra correspondiente al Sistema Nacional de Inversiones Públicas está sujeta a la realización de estudios de impacto ambiental.

5.2.2. Participación pública

Es que en el daño ambiental colectivo hay un agravio a una comunidad incidida diferencialmente por la irrogación del daño. Y es esa comunidad quien debe tener una participación especial en la consideración de los medios aplicados para la consecución de los fines. La participación se proyecta en las distintas etapas de la aplicación de los fondos. a) En el diseño del proyecto, b) en la evaluación de impacto ambiental y c) en el control de la ejecución del proyecto.

En cambio, la participación tiene limitaciones en cuanto se refiere al objeto de la recomposición y el presupuesto disponible, que son atribuciones privativas del Estado, a través de los distintos poderes.

6. Cuestiones colaterales de interés

6.1. Necesaria articulación del “fondo” con el seguro ambiental

La LGA dispone en su art. 22 que "Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente **para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir**; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

Sobre este aspecto pensamos que si se instrumenta operativamente un fondo, y los jueces empiezan a resolver de manera concreta y positiva los casos de daño ambiental (más allá de la conminación a presentar planes, cumplir competencias, etc) las empresas deberán preocuparse hacia el futuro para "calzar" económicamente sus procesos productivos y políticas de precios con los riesgos ambientales que ahora sí se empezarán (en teoría) a definir económicamente.

De lo contrario, las empresas avizorarán áreas de alta incertidumbre sin contar con instrumentos de protección económico financiera y es altamente posible que ello sea considerado un des-incentivo a las inversiones productivas en el país.

Por ello consideramos que la instrumentación del fondo marchar conjuntamente con la estructuración de un régimen de seguro ambiental que al momento no existe en nuestro país.

6.2. Sumas derivadas del ejercicio de la potestad sancionatoria

Tampoco se indica en la norma la posibilidad que el FCA perciba multas aplicadas en las distintas jurisdicciones como ocurre con el CERCLA americano o el fondo Minamata de Japón.

En definitiva, hay una decisión política pendiente que es el tratamiento presupuestario de las acciones ambientales dentro de cada jurisdicción más allá de su "desglose" en distintas subcategorías, pero evitando como principio general que las sumas percibidas por aplicación de sanciones ambientales se constituya en una fuente de ingresos presupuestarios generales y destinados en consecuencia a acciones no ambientales.

7. Conclusiones

1. El FCA es un instrumento creado para acciones de recomposición ambiental.
2. Está integrado por las indemnizaciones provenientes de sentencias, pero puede complementarse con fondos presupuestarios directos.
3. Los recursos que integran el FCA son fondos públicos que determinan la aplicación del régimen procedimental administrativo en materia de contrataciones.
4. La naturaleza ambiental tipifica modalidades peculiares en el procedimiento administrativo como la participación pública y la ejecución de las evaluaciones de impacto ambiental.
5. El régimen del FCA comporta de suyo una dinámica entre los distintos Poderes del Estado así como la participación de los administrados.
6. El régimen del fondo debe articularse conjuntamente con el de seguro ambiental.