



Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Graduación

Fondo de Compensación Ambiental:
Necesidad de su reglamentación

Propuesta para su regulación legal

Alumna: Sandra Cúneo – ABG 278

Carrera: Abogacía

Índice

PRÓLOGO	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO PRIMERO	3
Ambiente y Externalidades	3
1. Externalización de los costos ambientales	3
2. Los fondos ambientales como instrumentos económicos de gestión ambiental	6
CAPÍTULO SEGUNDO	9
Fondos Ambientales	9
1. Fondos de Conservación Ambiental	9
2. Fondos de Compensación Ambiental	16
2.1 Principales fondos existentes	25
2.1.1 Fondo Internacional de Daños debido a la Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC)	25
2.1.2 El SUPERFUND norteamericano	30
2.1.3 Fondo de Restauración de Espacios Degradados de Galicia	34
CAPÍTULO TERCERO	36
Los fondos de compensación ambiental y la socialización de la responsabilidad por daño ambiental	36

1. Daño ambiental y responsabilidad ambiental	36
2. El rol de los fondos de compensación ambiental frente al daño Ambiental	44
2.1 Requisitos	46
2.2 Los pros y los contras de la implementación de fondos de compensación	47
CAPÍTULO CUARTO	50
El Fondo de Compensación Argentino	50
1. Análisis del Fondo de Compensación Ambiental previsto en el art. 34 de la LGA	50
2. Propuesta para la instrumentación del Fondo de Compensación Argentino como complemento al régimen de responsabilidad y seguros en materia ambiental	57
BIBLIOGRAFIA	63

Prólogo

En el presente trabajo abordaremos la temática de los Fondos Ambientales, desarrollando especialmente aquellos que se dedican a compensar los daños al ambiente y a otorgar indemnización a las víctimas, con el objetivo de formular una propuesta para instrumentar el Fondo de Compensación Ambiental previsto en el art 34 de ley 25.675, que sirva como complemento al régimen de responsabilidad y seguros en materia ambiental.

Así, en el capítulo primero analizaremos las externalidades ambientales y los diversos instrumentos existentes diseñados para abordarlas. En el capítulo dos, describiremos los diferentes tipos de fondos ambientales según los objetivos que persiguen: la conservación o la compensación del Ambiente. A continuación, en el capítulo tres veremos cómo los fondos de restauración pueden servir como complemento del régimen de responsabilidad ambiental y, por último, en el capítulo cuatro nos avocaremos al Fondo de Compensación Ambiental argentino.

Introducción

Dentro de las ramas del Derecho, el Derecho Ambiental es una de las más recientes, encontrándose en un periodo de formación y elaboración doctrinaria, legislativa y jurisprudencial. Su creación obedece a la toma de conciencia global acerca del deterioro que sufre el medio ambiente por la gestión no sustentable de sus recursos y por las consecuencias, en muchos casos irremediables, de las actividades antrópicas y la necesidad de dotar a los Estados de un marco jurídico que recepte, como un nuevo bien jurídico protegido, al Ambiente.

Se caracteriza por nutrirse con principios aceptados mundialmente y por su gran tendencia a convertirse en una herramienta de prevención frente a las agresiones ambientales causadas por el Hombre. No obstante, es preciso señalar que también ha desarrollado importantes mecanismos de reparación del medio ambiente cuando el mismo ha sido dañado.

Dentro de dichos mecanismos o modos de reparar el ambiente encontramos en la mayoría de las legislaciones mundiales coincidencia respecto a que el prioritario es la Recomposición del ambiente, en líneas generales, volver las cosas al estado anterior a la producción del daño; asimismo, la creación de seguros ambientales y de Fondos de restauración o compensación del ambiente. Estos últimos son de creación reciente, siendo pioneros países del primer mundo, como EUA y Japón.

Es claro que la magnitud y las especiales características del Daño Ambiental hacen que en muchas oportunidades los sistemas de responsabilidad ambiental y los seguros no cubran totalmente su reparación, por lo que dichos Fondos se han convertido en un instrumento esencial a la hora de planificar una política ambiental sólida por parte del Estado.

CAPÍTULO PRIMERO

AMBIENTE Y EXTERNALIDADES

1. La externalización de los costos ambientales.

En la actualidad, el cuidado del medio ambiente ha logrado un avance significativo proveniente de diversos sectores de la sociedad conscientes del alto precio que pagarán las generaciones futuras si no cambiamos nuestras acciones y, sobre todo, nuestros procesos productivos y de consumo en pos de un desarrollo sostenible en el tiempo. Dicho desarrollo empieza comprendiendo que los problemas ambientales que enfrentamos, desde una perspectiva económica, son considerados como *externalidades*, concepto acuñado por Pigou (1920). Una externalidad es un efecto colateral de una actividad, que puede ser negativa o positiva. Si es negativa, representa un coste para la colectividad, como ejemplo de ésta tenemos al propietario de un vehículo automotor el cual produce emisiones de dióxido de carbono (CO₂) que contamina y genera daños a la salud de terceros contribuyendo con el efecto invernadero. Si es positiva, (v.gr. el propietario de un inmueble con un bosque, cuyos árboles secuestran el CO₂, sin que perciba un precio por la función descontaminante que genera su inmueble) es un beneficio para la colectividad (Peña Chacón, 2005). El **deterioro ambiental** puede considerarse una **externalidad negativa** que la mayoría del sector productivo deja fuera de su ecuación económica con el objeto de abaratar costos ya que se piensa que adoptar mecanismos de producción limpia resulta más “oneroso” en términos económicos que seguir utilizando el medio ambiente como receptor gratuito de efluentes, emisiones y demás derivados de la actividad industrial.

Ahora bien, surge la necesidad de lograr que los agentes económicos internalicen los costes ambientales: hacer que cada industria se encargue de la depuración o eliminación de sus propios residuos, se hagan cargo de absorber los daños

ambientales que generan evitando la injusta transferencia de éstos costes hacia la sociedad y cumplir con un principio propio del Derecho Ambiental, *el que contamina – paga*¹ porque ninguna contaminación es gratuita. El interrogante que surge es ¿de qué instrumentos disponemos para diseñar políticas orientadas a reducir la contaminación?

Tradicionalmente, se han señalado dos soluciones públicas (es el Estado el encargado de llevarlas a cabo) para resolver las externalidades negativas:

- **Los sistemas de comando y control (command and control):** se centran en prevenir problemas ambientales especificando cómo las empresas deben manejar sus niveles de contaminación para estar dentro de la normatividad.

En líneas generales, se hace referencia a los sistemas de regulación jurídica ambiental ya que a través de normas legales se fijan niveles de emisiones. Dichas normas implican tres secuencias de acción:

- 1) Identificación de una actividad que genera un daño al medio ambiente;
- 2) Establecimiento de determinadas condiciones o estándares para el desarrollo de la mencionada actividad;
- 3) Prohibición de exceder los estándares o condiciones impuestas para el desarrollo de la misma.

Este enfoque se caracteriza por detalladas regulaciones seguidas de planes de inspección y control por parte de la autoridad. Un ejemplo de éste sistema lo podemos encontrar en la *Resource Conservation and Recovery Act (RCRA)* de los Estados Unidos.

Actualmente, la implementación de regulaciones ambientales de éste tipo ha decaído debido a la poca efectividad que demostrado en el plano de su cumplimiento por parte de los agentes contaminantes y por los costes elevados que involucran, dando a paso a nuevas herramientas que intentan influir la

¹ Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992): “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”

conducta de los sujetos pasivos a partir de otras motivaciones.

- **Los instrumentos económicos ambientales (IEA):** son todos aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a los cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes a través de señales de mercado, promoviendo la internalización de los costos ambientales.

Ellos típicamente involucran ya sean transferencias financieras entre los contaminadores y la comunidad (por ejemplo, tasas retributivas de servicios ambientales) o la creación real de nuevos mercados (v. gr. mercados de permisos transables), tal como lo indica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Señala Raúl A. Tolmos (2004) que *“la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, que tiene un programa ambicioso sobre instrumentos de mercado para la gestión ambiental en los Estados Unidos, incluye dentro de su definición de instrumentos económicos cualquier mecanismo que hace cada unidad de contaminación costosa para la firma.”*(p.25). El mismo autor, siguiendo la misma línea de pensamiento, destaca que los requerimientos para reportar la contaminación, programas voluntarios para reducción de la contaminación, bonos de desempeño ambiental, subsidios para el control de la contaminación, **cualquier responsabilidad civil por el daño causado por la contaminación** también crea un efecto de incentivo que afecta el desempeño económico. Ellos imponen costos sobre el contaminador (aunque sólo indirectamente en algunos casos) como una función positiva del monto del contaminante liberado.

El potencial de éste tipo de instrumentos radica en su **efecto inductivo** sobre los agentes contaminantes ya que el mismo viene dado por el propio mercado y aquellos reaccionan libremente ante ellos, sin necesidad de un sistema coercitivo de aplicación, ésta es una de las razones por las que se señala el bajo costo de su implementación.²

² Los IEA actúan en un doble sentido: como premio y castigo. Así, a través de ellos se promueven aquellas actividades ambientalmente sostenibles, otorgándoles beneficios (por ejemplo, exenciones fiscales) que

Por otra parte, de manera indirecta, a través de los mismos se obtienen fondos que pueden ser aplicados para una finalidad específica: la financiación de actividades ambientales, es decir, tienen un **efecto recaudatorio**³ (Valls, 2002) de no menor importancia. Generalmente, con ese fin se ha implementado su uso en los países de América Latina ya que los organismos públicos encargados de la agenda ambiental no cuentan, la mayoría de las veces, con asignaciones presupuestarias suficientes para llevar a cabo su gestión; no obstante, es necesario destacar que afortunadamente ésta tendencia se está revirtiendo, en gran parte gracias a estudios financiados por organismos multilaterales internacionales (v. gr. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente) que advierten a los gobiernos de países en vías de desarrollo de sus beneficios y de la conveniencia de utilizarlos de manera complementaria a los tradicionales esquemas de regulación directa. Para lo cual, se requieren acciones que logren incorporar los objetivos ambientales dentro de las políticas económicas y fiscales de cada país y alcanzar un desarrollo institucional acorde, que garantice la implementación de dichos objetivos a largo plazo, más allá de los cambios políticos que pudieran haber de por medio.

Con respecto a los tipos de instrumentos económicos de carácter ambiental, los mismos pueden ser agrupados dentro de tres categorías (Morales Lamberti & Novak, 2005): **fiscales**, como lo son los impuestos, tasas y contribuciones, **económicos** (v. gr. concesiones, autorizaciones, licencias, entre otros) y **financieros**.

2. Los fondos ambientales como instrumentos económicos de gestión ambiental.

Un **Fondo Ambiental** es un instrumento económico de carácter financiero,

impactan en sus costos de realización y cargan de manera más gravosa aquellas actividades que tienen un impacto negativo sobre el Ambiente.

³ No se debe confundir la finalidad recaudatoria de los IEA con aquellos instrumentos financieros strictu sensu. Estos se utilizan con el deliberado propósito de “canalizar fondos”, mientras que la función

entendiendo por tal **aquellos instrumentos destinados a la captación y canalización de fondos. Por consiguiente, facilitan el acceso a recursos financieros que son aplicados con un destino específico: el desarrollo de actividades de preservación, restauración o aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y el Ambiente.** Dentro de los mismos también podemos mencionar los seguros ambientales, las fianzas, los fondos sectoriales, los “créditos verdes”⁴, subsidios, etc.

En cuanto a su estructura financiera (Norris, ed., 2000), los fondos pueden clasificarse en:

- 1- **Fondo de capital:** fondo que utiliza únicamente los intereses generados por la inversión del capital principal, manteniendo éste último como activo permanente.
- 2- **Fondo extingible:** fondo que gasta tanto su capital como los intereses generados en un período determinado de tiempo.
- 3- **Fondo revolvente:** fondo que recibe nuevos ingresos sobre una base regular (tales como ingresos por impuestos especiales para ser aplicados a actividades ambientales, multas, etc.) para regenerar o aumentar el capital original.

Los fondos pueden adoptar alguna de éstas estructuras o una combinación de ellas.

Por otra parte, como instrumento de gestión ambiental, un Fondo Ambiental Nacional (en adelante FAN) puede perseguir diferentes objetivos globales:

- ❖ **Preservación** de la biodiversidad y el uso sustentable de los recursos naturales o,
- ❖ **Compensación** de daños generados al medio ambiente.

La distinción en cuanto a los objetivos impacta directamente tanto en la dinámica

recaudatoria es un efecto secundario e indirecto de todos los IEA.

⁴ Es una línea de financiamiento para mejorar el desempeño ambiental del sector productivo. Tienen como objetivo disminuir la contaminación ambiental, mediante un crédito que le permita a las empresas acceder a bienes de infraestructura y/o capital. Así pueden emprender acciones tendientes a optimizar el uso de

de acción de un FAN como en la estructura organizacional, legal y financiera del mismo, por lo que analizaremos éstas estructuras económicas de manera diferenciada.

recursos y minimizar residuos, efluentes y emisiones, que resultan dañino para nuestro ambiente.

CAPITULO 2

FONDOS AMBIENTALES

1. Fondo Ambiental Nacional con fines de *preservación*.

Los fondos ambientales como práctica de conservación y desarrollo sustentable son mecanismos innovadores de financiamiento orientados a la **inversión de capital** con una finalidad ambiental **preventiva** (principio básico en materia ambiental): la conservación de la biodiversidad.

A comienzos de los noventa surgen los primeros fondos y el auge de los mismos se produce a partir de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992 ya que los estados firmantes de la “**Convención sobre la Diversidad Biológica**” (principal instrumento político internacional que establece la estrategia global de conservación de la biodiversidad y el uso sustentable de los recursos naturales) adoptaron el compromiso de diseñar e implementar planes de conservación nacional, los cuales se ven muy favorecidos por la actuación de éste tipo de fondos a nivel local.

Se han establecido en Asia, África y, sobre todo, en América Latina y el Caribe.⁵ Esto se debe probablemente a que éstas últimas constituyen la región con mayor diversidad de especies y ecoregiones del planeta, lo cual convierte a la biodiversidad en un recurso estratégico (Oleas & Barragán, 2003).

Respecto a la función que cumplen, se sostiene que son efectivos cuando es necesario proveer de fondos estables para situaciones a largo plazo, v.gr. para cubrir gastos recurrentes en áreas protegidas y/o parques nacionales, por lo que es preciso la ausencia de amenazas importantes que requieran la urgente movilización de grandes sumas de dinero (no cuentan con capacidad financiera para atender emergencias ambientales, por consiguiente). También fortalecen la

⁵ V. gr. Mgabinda Bwindi Impenetrable Forest Conservation Trust (Uganda, África), Buthan Trust Fund for Environmental Conservation (Asia), Fondo Nacional para el Medio Ambiente, FONAMA (Bolivia).

labor que realizan organizaciones no gubernamentales locales dedicadas a la gestión ambiental y favorecen la participación social en proyectos ambientales, en consecuencia, dejan de ser meras herramientas financieras (tal como lo señala Alain Lambert, 2002) para convertirse en verdaderas instituciones que acercan al sector público y privado para desarrollar una estrategia conjunta de conservación de la biodiversidad; en definitiva, se posicionan como actores claves capaces de influir en la agenda ambiental de cada región a la cual dedican su actividad.

Adentrándonos en el análisis de éstas figuras podemos señalar **tres componentes básicos** de ellas:

- 1) **Activos de capital:** hacemos referencia a los recursos que se invierten para generar nuevos ingresos. La captación de los mismos es un tema clave para asegurar la continuidad de los proyectos ambientales financiados por los fondos.

En relación a las fuentes de aprovisionamiento, podemos distinguir diferentes tipos de donantes: **agencias donantes multilaterales**, como el BID (Banco Interamericano de Desarrollo), la UE (Unión Europea), el Banco Mundial, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP), el GEF (Facilidad para el Ambiente Global), siendo éste último uno de los principales. Es de destacar que, en general, el acceso a la financiación de un FAN por parte de estos actores exigen ciertas condiciones sine qua non: los recursos a invertir sólo están disponibles para los gobiernos o para proyectos del sector privado expresamente respaldados por el gobierno (Norris, ed., 2000), inclusive en algunos casos se exige que los países donde se procura la creación del FAN hayan firmado la Convención sobre Diversidad Biológica (Río, 1992). Por ejemplo, el BID ha financiado una gran parte de las actividades del Fondo Nacional del Medio Ambiente de Brasil (FNMA), unidad del Ministerio de Medio Ambiente, con dos préstamos por un total de 46 millones de dólares, permitiendo que desde su

creación en el año 1989 el fondo venga realizando más de 2000 proyectos en todo el país. La decisión de éste organismo multilateral de seguir colaborando con las actividades del fondo se debe a la confianza que éste ha logrado despertar en sus socios, respaldada por la seriedad con que se maneja los fondos públicos, la autonomía de sus operaciones y la libertad de actuación que le ha permitido no sufrir intromisiones políticas.

De la misma forma, otros donantes son las **agencias bilaterales**, tales como Canadá, Suiza, Alemania, Estados Unidos. Éste último lanzó en 1991 la “Iniciativa para las Américas”, un programa oficial para la conversión de deuda de países de América Latina y el Caribe, para lo cual los países beneficiarios firman un acuerdo con el gobierno de Estados Unidos, llamado *Americas Framework Agreement*. Éste programa permitió desarrollar la figura de “Canje de Deuda por Naturaleza”. El canje es un mecanismo según el cual el gobierno de Estados Unidos asigna recursos provenientes del pago de deuda para una inversión privada con objetivos de desarrollo en el país deudor. A cambio, el gobierno del país deudor se compromete a apoyar los objetivos acordados entre las partes del canje. Los recursos generados a partir de ésta transacción pueden ser administrados y canalizados a través de un FAN. En enero de 1993, se estableció el programa en nuestro país a través de un acuerdo bilateral de reducción de deuda con los Estados Unidos. El acuerdo reduce casi 4 millones de dólares que Argentina debía a USAID.⁶

Por último, encontramos a los **donantes privados** y las **organizaciones no gubernamentales (ONG’s)**. Generalmente, el volumen de activos que pueden proporcionar a un FAN es mucho menor en relación a otros donantes. No obstante, son muy útiles para financiar proyectos de pequeña o mediana envergadura ya que los grandes donantes prefieren focalizar su

⁶ US Agency for International Development (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional).

ayuda a macro programas de conservación, como anteriormente señalábamos. También hay que resaltar que existe menos burocracia a la hora de aprobar un proyecto de financiación, es decir, poseen mecanismos más expeditos de selección.

Podemos mencionar dentro de ésta categoría a la fundación John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, la Summit Foundation Wildlife Conservation Society y The Nature Conservancy, entre otras.

Por último, un estudio de relevamiento de los fondos existentes en América (Oleas & Barragán, 2003) ha advertido la necesidad de reducir la dependencia a un solo donante: la clave de la sustentabilidad financiera de un FAN se encuentra en la diversificación de sus fuentes de financiación.

- 2) **Estructuras legales:** tienen el propósito de diseñar la figura del FAN ya que a través de las mismas se establece las metas y objetivos del fondo, su estructura de administración y el mecanismo de captación de recursos. La figura legal de creación escogida para el FAN depende directamente del sistema jurídico adoptado por el país donde se establecerá el fondo.

En Derecho Comparado hay dos grandes grupos o sistemas jurídicos: el continental europeo y el anglosajón. El primero se caracteriza porque su principal fuente formal es la ley, expresada a través de la *codificación*, tarea que se inicia con los Códigos de Napoleón en Francia en 1804. En tanto que el sistema anglosajón no se funda en Códigos sino en lo que se conoce como Common Law (literalmente, Derecho Común) y es judge – made law (Derecho Judicial). Su base son las sentencias fundadas en *precedentes*, de los cuales no pueden apartarse los Tribunales. Conforme lo señala Llambías (1995), “(...) para dar la adecuada solución al caso que se presenta, luego de precisar los hechos referentes al mismo y comprobarlos en justicia, es menester revisar los repertorios de jurisprudencia para encontrar el caso similar y conocer la solución que se le haya dado, pues esa será la que

corresponda al caso actual. (...)” (p.182). Se trata del “*stare decisis et quia non movere*”, que significa estar a lo decidido y no variar lo que tenga firmeza. Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos (salvo Luisiana), Canadá (excepto Quebec), Nueva Zelanda, Australia y Sudáfrica integran el sistema del Common Law. En ellos, los FAN se crean como **Trust funds**; el trust es uno de los mayores aportes del Common Law al Derecho, siendo muy utilizado en dichos países y consiste en un acuerdo por el cual una persona (o un grupo u organización) adquiere la propiedad de un bien y lo administra en beneficio de otra. El trust es creado por el *settlor* quien entrega todo o parte de su patrimonio a una persona de su elección o a una pluralidad de ellas (denominados trustees). Los *trustees* son los dueños legales de dicha propiedad (trust property) y están obligados a mantenerla y administrarla para el beneficio de una o más personas. Los trustees contraen un deber fiduciario frente a los *beneficiarios*, quienes son los dueños de la propiedad fiduciaria, una vez finalizado el trust.

Ésta institución se originó en Inglaterra durante los siglos doce y trece con las Cruzadas ya que a raíz de las mismas los caballeros ingleses antes de partir hacia Tierra Santa encargaban la administración de sus bienes y negocios a personas de confianza: amigos o parientes, por ejemplo.

Cuando retornaban, el conflicto se originaba porque las personas encargadas de administrar eran ahora los “nuevos dueños” y se negaban a retornar la propiedad de los bienes. Como consecuencia de numerosos reclamos planteados ante el Rey, se establece la obligación de devolver la propiedad de los bienes, dando origen al trust.

Al presente, es tal el grado de desarrollo de ésta institución que en Reino Unido hay cinco tipos genéricos de trust. Uno de ellos es el llamado *charitable trust*, que se establece con fines benéficos, gozando de ciertos privilegios, como ser la exención de impuestos. Un fondo ambiental

constituido a través de un trust encuadra dentro de éste tipo ya que persigue satisfacer una necesidad pública.

Así, tenemos al *The Green Trust* en Sudáfrica como ejemplo de los antes expuesto.

En tanto que, en los países que adoptaron el sistema continental europeo los FAN se establecen como fundaciones (v. gr. Indonesian Biodiversity Foundation, Indonesia), fondos en fideicomiso (por ejemplo, el Fideicomiso para la Conservación en Guatemala), asociaciones sin fines de lucro (Fundación Hondureña de Ambiente y Desarrollo "Vida", Honduras) o mediante acuerdos bilaterales (v. gr. Iniciativa para las Américas o el Fondo Nacional del El Salvador).

- 3) **Estructura administrativa:** se encarga de llevar a cabo la gestión del fondo. Dentro de ésta estructura podemos distinguir dos niveles de acción: el manejo y administración diaria de las actividades del fondo llevadas a cabo por una "*junta de administración*" encabezada por el director ejecutivo y responsable ante el comité de supervisión por el manejo de los recursos del FAN y la ejecución de programas de concesión de donaciones. Por lo general, se recomienda que la junta de administración tenga una composición mixta, es decir, integrada por miembros que representen los diversos sectores de la sociedad (gobierno, sector académico y productivo, organizaciones no gubernamentales, entre otros) a fin de enriquecer la discusión (en el sentido de intercambio de ideas sobre la toma de decisiones y procedimientos internos) aunando los diferentes criterios que pueden aportar cada miembro, por lo que la diversidad en la composición de la junta también debe ser asegurada para lograr el compromiso y apoyo al fondo por parte de la comunidad.

El segundo nivel de acción es ejercido por la "*junta de supervisión*" que, por lo común, se constituye como un comité directivo que tiene a su cargo la

decisión de cómo utilizar los fondos. En éste nivel de acción tienen mucha injerencia los donantes ya que los mismos condicionan sus aportes a la aprobación de determinados proyectos. Esto, en cierta parte, condiciona el libre accionar del FAN por lo que se debe encontrar el equilibrio justo que satisfaga a los donantes en lo que respecta a prioridades de financiamiento y permita al fondo avocarse a los proyectos aprobados por él mismo.

Asimismo, el comité controla directamente el desempeño de la institución con base en los resultados obtenidos por los proyectos financiados, lo que impacta sobre la labor de la junta. Ella debe ceñirse en su actuar a lo establecido en el *manual de operaciones* ya que contiene los procedimientos para todas las operaciones, con esto se pretende normalizar la gestión del fondo, adoptando un cuerpo que brinde instrucciones claras a los miembros y que refleje la misión, valores y objetivos del FAN. El manual, generalmente, es creado junto con los documentos fundantes del fondo.

En otro orden de cosas, el éxito de un fondo de conservación ambiental está condicionado por diversos factores: tener un personal altamente calificado que trabaje estrechamente con la comunidad, seriedad en el manejo de los fondos, si se trata de un fondo público tiene que demostrar independencia en sus operaciones y conseguir mantener la estabilidad de políticas y de personal cuando cambia el gobierno, en otras palabras, se debe alcanzar *confianza y credibilidad* frente a los socios y la sociedad.

Además, siempre debe incentivarse la participación local en éstas instituciones ya que la misma permite conocer de manera más acabada la realidad y la problemática ambiental de la región en la cual se basan, identificando y definiendo las prioridades de financiamiento. Se trata de comprometer a los ciudadanos en la gestión del medio ambiente porque como bien lo indica la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992) en su principio 10: *“el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los*

ciudadanos interesados (...)."

Por otra parte, un punto clave a la hora de planificar un FAN es contar con el apoyo activo del gobierno, lo que implica no sólo el reconocimiento del fondo sino que inclusive líderes políticos de todos los niveles se involucren en la gestión del FAN, contribuyendo de manera conjunta en la articulación de políticas y estrategias ambientales del país (Conservation Finance Guide, 2003).

Por último, la experiencia con FAN ha demostrado que aquellos que alcanzaron resultados exitosos han logrado ser más que meras herramientas financieras convirtiéndose a largo plazo en verdaderas instituciones que fortalecen las instituciones locales involucradas en la conservación y el desarrollo, favoreciendo la creación de conciencia frente a los problemas ambientales locales y constituyéndose en un punto de encuentro y concertación de voluntades y acciones que apoyan la gestión ambiental y la conservación en el marco de un desarrollo sustentable.

2. Fondo de Compensación Ambiental

Como anteriormente señalábamos los fondos de compensación son instrumentos económicos de carácter financiero que se distinguen por su finalidad: *compensar los daños causados al medio ambiente*, por lo que se encuadran dentro de la temática de responsabilidad ambiental. Junto con los fondos mutuales⁷, los retroplanes⁸ y los fondos de autoseguro⁹ son mecanismos idóneos para hacer frente económicamente la responsabilidad por daños ambientales.

Conforme lo señala Valls (1999), se trata de sistemas de indemnización conjunta que nacen como respuesta a las restricciones que existen en materia de responsabilidad y la estrechez del mercado tradicional de seguros ya que si bien toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas

⁷ Dentro de estos se destacan las asociaciones llamadas Risk Retention Group, similares a los pools (agrupación de entidades de seguro) europeos.

⁸ Consisten en una mezcla de seguro con la propia participación de la empresa.

⁹ Es una reserva de dinero que efectúa el creador de un riesgo, como una alternativa o, incluso, complemento

para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos debe contratar un seguro ambiental según lo establecido en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente (en adelante LGA), todavía no se logra su efectiva implementación, quedando sin efectivizarse, en muchos casos, la plena indemnización a las víctimas y el financiamiento de la recomposición del daño.

Los primeros fondos surgen a principio de la década de los setenta, siendo pioneros en la materia el Fondo Internacional de Indemnización de daños debido a la contaminación por hidrocarburos (Convenio del Fondo, 1971) y el fondo de Minamata que data del año 1973 y se constituyó a raíz del desastre ambiental que se produjo en la bahía de la cual toma el nombre el fondo, en Japón. De creación más reciente tenemos el Superfund norteamericano (1980) para financiar el saneamiento de vertederos tóxicos, dependiente de la Agencia de Protección Ambiental (EPA).

Estas estructuras económicas surgen como una herramienta práctica que ayuda a resolver dos de los problemas más obstinados de la protección ambiental:

- A) Asegurar que el causante de daños al medio ambiente responda por la reparación de tales daños y que la víctima obtenga una indemnización plena por el menoscabo de sus derechos;
- B) Que la respuesta del contaminador sea lo más cercana temporalmente al momento de detección del detrimento al medio ambiente. La presencia de fondos de compensación, en determinados supuestos, evita la promoción de procesos judiciales prolongados y costosos que condicionan la reparación a una respuesta definitiva de la justicia.

El abordaje de estos problemas se realiza a través de la implementación conjunta o separada de distintas funciones que los fondos pueden desempeñar (Vargas Pimentel, 2005):

- 1- **Función de garantía:** actúan independientemente del régimen de

del seguro ambiental. (Valls, 1998)

responsabilidad o de solvencia del responsable, cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica a un responsable o éste resulta insolvente.

- 2- **Función complementaria:** en éste caso son fondos que intervienen cuando habiendo un límite máximo de responsabilidad, éste es sobrepasado por la reparación efectiva que se debe, por lo que los fondos responden por el exceso. O bien cuando existe insolvencia del responsable, complementariamente al sistema de responsabilidad.
- 3- **Función subrogatoria:** el fondo repara automáticamente el daño provocado y luego se subroga en los derechos de la víctima para perseguir judicialmente al responsable y recuperar la cantidad desembolsada.
- 4- **Función indemnizatoria autónoma:** éstos fondos actúan con irrelevancia del sujeto agente, dicho de otra manera, no es necesario probar la responsabilidad de nadie sino solamente que se ha sufrido un daño resarcible.

La esencia y razón de ser de todo fondo es proveer a las víctimas de un daño ambiental de un derecho a la reparación frente al propio fondo, asegurando de ésta manera que nadie quede sin recibir una compensación por el daño sufrido (Vargas Pimentel, 2005). Esto se basa en que "(...) ocurrido el daño es preciso que alguien lo soporte y la práctica exige que aquellos que obtienen provecho soporten las cargas como una equiparación justa a realizar, es así que el creador del riesgo debe responder por los resultados nocivos o dañosos que ocasione a terceros. (...) En éste marco conceptual se ha puesto el acento en el interés económico, pues quien crea para los demás un riesgo está creando para sí una fuente de riqueza, y por ende debería afrontar las reparaciones (...)." ¹⁰ Prever un fondo de compensación ambiental implica incorporar una institución jurídica que, a través de cualquiera de las técnicas de reparación adoptadas (función de garantía, complementaria, etc.), asegure la efectiva indemnización del daño ambiental cuando el régimen de reparación ambiental no puede responder de

¹⁰ "Arroyo, Ricardo Arturo c/ IRSA inversiones y representaciones s/ Daños y Perjuicios" CNCiv – Sala M – 10/07/01.

manera eficaz.

Así pues, estos fondos pueden estar organizados tanto por el sector público como por el privado e inclusive una opción muy efectiva es lograr una sinergia entre ambos sectores que permita la iniciativa y gestión compartida de la institución.

En el primer supuesto, el gobierno dispone la creación del fondo y lleva la administración del mismo. En éste caso, adopta la naturaleza de un ente público, cuyo órgano de gobierno (generalmente, un directorio) es compuesto por representantes de distintas reparticiones del Estado (Ministerio de Medio Ambiente, Economía, entre otros). La mayoría de los fondos existentes en América Latina son entes jurídicos dependientes de la Presidencia de la Nación o del Ministerio o Secretaría de Medio Ambiente, como organismo de administración descentralizada, con personería jurídica propia y autonomía de gestión, tal es el caso del Fondo Nacional Boliviano (Ley 1333, art. 87), el Fondo Nacional del Ambiente de Nicaragua (Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, art 48) o el Fondo Nacional Ambiental de República Dominicana (Ley General del Medio Ambiente, art 719).

Por el contrario, la constitución de fondos de restauración por el sector privado es totalmente voluntaria y surge como iniciativa de los sectores económicos más directamente involucrados en el tipo de daño que hace necesaria la reparación.

En efecto, a través de los fondos se produce un reparto equitativo de la carga financiera entre todos aquellos cuyas actividades son o pueden ser causante del daño ambiental (González Márquez, 2003). Se crean para posibilitar la instrumentación de acciones de reparación ya que, por lo general, se trata de actividades económicas que por su naturaleza importan graves riesgos de daño al ambiente que de materializarse, las magnitudes de estos y el costo de las acciones de reparación son muy elevadas.

Las empresas advierten la necesidad de asociarse con ésta finalidad porque es más beneficioso económicamente, tornando operativo el *principio de cooperación*

plasmado en la Declaración de Río de 1992 y llevándolo a una realidad específica. Así, se persigue la optimización de la gestión del medio ambiente, el intercambio de información, buscar la armonización de políticas ambientales teniendo en cuenta la realidad de cada una de los miembros (Jiménez, 2004).

Hay que hacer notar que estos fondos atienden a una clase de daño en particular, es decir, el presupuesto objetivo (hecho dañoso) se encuentra limitado con antelación.

Habitualmente, estos fondos cumplen una *función complementaria* ya que se constituyen como sistemas para indemnizar a las víctimas cuando es insuficiente la indemnización debida por el responsable, dicho de otra forma, sólo actúan cuando el total de los daños rebasa la cuantía a la que el contaminador puede limitar la responsabilidad o no se puede identificar al autor del daño.

Como ejemplo de estos regímenes voluntarios de la industria privada tenemos los **TOVALOP** (Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution, 1969) y **CRISTAL** (Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution, 1971) que indemnizan los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. Estos regímenes fueron acordados por las empresas petroleras y se crearon mientras se negociaban los convenios internacionales que actualmente establecen el sistema de indemnización para dichos daños. Tienen como finalidad ofrecer una compensación comparable a la que se concede en virtud de los mencionados convenios en Estados que no los han ratificado. Tanto TOVALOP como CRISTAL surgieron como soluciones transitorias hasta que los convenios internacionales gozaran de aplicación universal.

Asimismo, el art. 22 de la LGA contempla la instauración de estos fondos con las siguientes características:

- 1- Amplitud de sujeto activo: cualquier persona física o jurídica, pública o privada puede constituirlos.

- 2- Que realice actividades que sean riesgosas para el medio ambiente.
- 3- Con la finalidad de facilitar la instrumentación de acciones de reparación.

Con ésta norma se introduce éstos regímenes dentro de la política ambiental de nuestro país.

Ahora bien, cualquiera sea la naturaleza del fondo (público, privado o mixto) siempre debe asegurarse la participación pública dentro de su estructura. La comprensión de que la intervención ciudadana es indispensable para el éxito de la gestión ambiental desarrollada por ésta clase de instituciones debe estar presente en todo el sector público y en el ámbito privado (Pérez Araujo, 2004) ya que incorpora en la toma de decisiones las opiniones de la comunidad de manera que ellas en su conjunto puedan contribuir en la prevención y resolución de conflictos ambientales.

Además, aporta credibilidad y transparencia a las medidas adoptadas, haciéndolas sustentables en el tiempo.

Por lo que se refiere a los recursos económicos que constituyen un fondo, los mismos también están en directa relación con la naturaleza del mismo. Así, en el caso de un fondo público es el Estado el que decide las vías de financiación del mismo, para lo cual cuenta con la posibilidad de asociar diversos instrumentos económicos ambientales (IEA): **impuestos sobre la contaminación**, con una finalidad *redistributiva* ya que, (...) complementariamente, y aplicando el principio contaminador – pagador, opera una redistribución de fondos, cobrándole más a aquel que realiza la actividad contaminante y aplicando lo recaudado a sanear el recurso, beneficiando así al que sufrió los efectos de la referida contaminación "(Valls, 1999, p.281); **tasas**¹¹, posiblemente sea uno de los IEA más empleado por la autoridad pública puesto que se crearon primordialmente para obtener fondos necesarios para el tratamiento de efluentes o recolección y eliminación de residuos. Con una tasa lo suficientemente alta la

¹¹ "Son las prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la autoridad pública en carácter de contraprestación por un servicio público divisible que dicha autoridad le presta al sujeto o está en

industria debe enfrentarse a adoptar paulatinamente tecnologías limpias o dedicarse a una actividad más rentable. Si las tasas no son importantes, al menos brindan recursos para la conformación de fondos de compensación (Ogas Mendes, 2004); **contribuciones especiales**.

A la hora de fijar impuestos, tasas y contribuciones que engrosen un fondo, el Estado debe tener en cuenta la capacidad financiera de las empresas, de modo de no paralizar la economía, y la internalización de los costos de reparación. No obstante, la mayoría de las veces es mejor antes que crear nuevas cargas para los contribuyentes redireccionar o reorganizar los sistemas de percepción tributaria ya existentes con la finalidad de reducir el costo de gestión de los fondos.

También es factible la asignación de capital a través de partidas presupuestarias especiales, conminaciones pecuniarias (multas) impuestas por la autoridad, aplicación de derechos o concesiones. Incluso, los importes resultantes de las indemnizaciones sustitutivas otorgadas cuando no es posible la reparación in natura o en especie y lo obtenido a través del ejercicio de la acción de regreso que puede ejercer el Estado contra el verdadero responsable de los daños pueden integrar la composición financiera de un fondo. De hecho, éstos últimos se encuentran especialmente contemplados en la legislación que crea éste tipo de instituciones a nivel provincial.¹²

Del mismo modo, el derecho latinoamericano muestra que varios países han recurrido a la constitución de fondos de reparación, cuyos recursos pueden provenir del cobro de un tributo por una actividad que se considera en sí misma contaminante, como es el caso de Ecuador, de las indemnizaciones obtenidas en sentencias por daño ambiental, como ocurre en Bolivia, o de las sanciones administrativas impuestas por violaciones a la ley, como puede ser el caso de México y Nicaragua (González Márquez, 2003).

En cambio, los fondos privados están financiados, principalmente, por los aportes

condiciones de prestarle” (Morales Lamberti y Novak, 2005, p. 274)

¹² Es el caso de la Ley N° 1352 de la Provincia de La Pampa, art. 28 y la Ley N° 3.911 de la Provincia de

y contribuciones que los propios operadores económicos acuerdan tomando en consideración distintos parámetros (magnitud de los daños, volumen de contaminación generado, etc.). Se ha señalado que, en éste tipo de fondo, es necesario establecer un método de financiación que permita alcanzar un equilibrio difícil entre el mantenimiento de los principios de equidad y eficacia y la instauración de una base de financiación simple y amplia (Comisión Europea, 2000).

Más allá de las distinciones supra reseñadas, siempre es posible aumentar el volumen de activos manejados por el fondo como consecuencia de la admisión de donaciones, legados y cualquier otra liberalidad, aportes de organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales y, ciertamente, por el rendimiento financiero devengado por el propio fondo.

Los fondos de reparación pueden ser organizados a nivel local, nacional o internacional, de acuerdo a distintas consideraciones de carácter administrativo y financiero. Cuando la financiación procede de una base local o nacional resulta de mayor aceptación por parte de los contribuyentes porque resulta más equitativa y los beneficios son perceptibles de manera más concreta en la realidad local donde trabaja el fondo, por lo que la tendencia actual es hacia fondos con una base de financiación de éstas características (Comisión Europea, 2000).

Una cuestión que merece especial énfasis a la hora de diseñar un fondo de compensación es la de asegurar la sustentabilidad financiera de la institución, es decir, la paulatina suficiencia económica de la misma para satisfacer las reparaciones con los fondos disponibles. Esto se logra desarrollando una *estrategia de sostenibilidad financiera* que incluya:

- 1) Planificación financiera y estratégica;
- 2) Diversificación de fuentes de ingreso;
- 3) Adecuado sistema de administración y finanzas: suficientemente eficiente

en el soporte de administración del fondo, de modo que funcione como insumo para la tarea de decisiones, que maximice el aprovechamiento de los recursos y que asegure el eficiente y transparente manejo del capital.

- 4) Generación de ingresos propios;
- 5) Capacidad para generar alianzas estratégicas y de cooperación fuertes y perdurables.

Además, la experiencia con fondos señala la conveniencia de adoptar la estructura de un **fondo revolvante** ya que permite utilizar los fondos disponibles y luego reponer la cantidad utilizada con el constante flujo de activos, sin dejar al descubierto ninguna reclamación. Esto permite que el fondo tenga una eficiente capacidad de respuesta en congruencia con los objetivos que se propone.

Por otra parte, una cuestión que debe ser establecida de antemano es el monto de la indemnización a otorgar a las víctimas en caso de ser necesario puesto que la dificultad de prever la envergadura de los siniestros obliga a definir previamente si la indemnización tendrá un tope (en otras palabras, será limitada) o no.

A modo de conclusión, la técnica de los fondos de compensación ni es reciente ni es exclusiva de la materia ambiental, pero parece especialmente útil en éste campo puesto que el sistema brinda un fundamento de uniformidad y previsibilidad en situaciones que suelen estar cargadas de imprevisibilidad. Justamente a raíz de esto la utilidad y eficacia de los fondos radica en derribar las barreras que impiden una respuesta eficaz y adecuada frente a la problemática que encierra el daño ambiental: determinación del responsable, establecer el nexo de causalidad y su prueba, valorar económicamente los daños, etc.

Paulatinamente, los fondos de reparación van adquiriendo un lugar destacado en el campo ambiental siendo acogidos por la legislación de numerosos países (Estados Unidos, Francia, Japón, Países Bajos, República Dominicana, Brasil, son sólo algunos) y por importantes sectores industriales. Para hacerse eco de las necesidades cambiantes de la sociedad, tendrán que seguir evolucionando, y las

comunidades donde se insertan también deberán llevar a término nuevas iniciativas para abordar las cuestiones más amplias a las que no se puede esperar que hagan frente los fondos.

2.1. Principales fondos existentes

2.1.1 Fondo Internacional de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC)

La indemnización de los daños causados por derrames de hidrocarburos procedentes de buques tanques cargados se rige por dos convenios internacionales: el *Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debido a la contaminación por hidrocarburos, 1969* (Convenio de responsabilidad civil) y el *Convenio internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1971* (Convenio del Fondo). Estos convenios entraron en vigor en 1975 y 1978 respectivamente. Ambos fueron modificados por protocolos en 1976, 1984 y 1992. Las enmiendas de 1976 fueron esencialmente de forma. Los protocolos de 1984 y 1992, por el contrario, introdujeron modificaciones fundamentales en los mismos.

El siniestro del *Torrey Canyon* en 1969, frente a la costa sur de Inglaterra, demostró la falta de dispositivos eficaces de responsabilidad e indemnización para los que sufrieron las consecuencias de la contaminación por hidrocarburos. Esto indujo a la comunidad marítima internacional a establecer un régimen de responsabilidad bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI).

Los Convenios de responsabilidad civil rigen la responsabilidad de los propietarios de buques por los daños de contaminación por hidrocarburos. Establecen el principio de responsabilidad objetiva de los propietarios de buques y crean un sistema de seguro obligatorio para quienes desarrollen las actividades comprendidas dentro de los supuestos de responsabilidad (FIDAC, 2003).

Los Convenios del Fondo, que son complementarios de los Convenios de

Responsabilidad Civil de 1969 y 1992, establecen un sistema para indemnizar a las víctimas cuando es insuficiente la indemnización en virtud del Convenio de Responsabilidad aplicable.

Cada uno de los Convenios del Fondo estableció una organización intergubernamental para administrar el régimen de indemnización que creó, conocida como los **Fondos Internacionales de Indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1971 y 1992 (FIDAC)** o los Fondos de 1971 y 1992.

Características del régimen

Las funciones principales del Fondo son proporcionar *indemnización complementaria* a quienes no pueden obtener una indemnización plena de los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos siguiendo lo estipulado en el Convenio de Responsabilidad civil y *resarcir al propietario* de parte de su responsabilidad en virtud de dicho Convenio.

Como el Convenio del Fondo es un convenio complementario del de responsabilidad civil, sólo los Estados que son Partes en el Convenio de responsabilidad Civil pueden constituirse en Partes en el Convenio del Fondo y convertirse, por tanto, en Miembros del FIDAC.

El FIDAC indemniza a los que sufren daños debidos a la contaminación por hidrocarburos en un Estado Parte en el Convenio del Fondo, que no obtienen indemnización plena en virtud del Convenio de responsabilidad civil, en los siguientes casos:

- a- El propietario del buque está exento de responsabilidad conforme lo establecido en el Convenio de responsabilidad civil porque puede acogerse a una de las causas de exención previstas en dicho instrumento.
- b- El propietario del buque es financieramente insolvente para cumplir plenamente con sus obligaciones en virtud del Convenio de responsabilidad civil y su seguro es insuficiente para satisfacer las

reclamaciones de indemnización de los daños por contaminación.

c- La cuantía de los daños rebasa la responsabilidad del propietario.

El FIDAC no paga indemnización si:

- Los daños ocurrieron en un Estado que no era miembro del Fondo, o
- Los daños por contaminación fueron consecuencia de un acto de guerra u ocasionados por un derrame procedente de un buque de guerra, o
- El demandante no puede demostrar que los daños fueron consecuencia de un siniestro relacionado con uno o más buques tal como quedan definidos.

Es de destacar que la indemnización brindada por el FIDAC tiene un monto limitado que asciende hasta un total de 93 millones de dólares, cifra que incluye la suma pagada por el propietario (o por su asegurador) en virtud del convenio de responsabilidad civil.

Asimismo, el FIDAC resarce a los propietarios de buque matriculados en un Estado Parte en el Convenio del Fondo o que enarbolan su pabellón, en una parte de la cuantía total de su responsabilidad. La cuantía pagadera se establece en función de las toneladas de arqueado del buque.

Los fondos quedan exentos de su obligación de pagar una indemnización si prueban que los daños se debieron a la conducta dolosa del propietario. También quedan exonerados de sus obligaciones si prueba que, como resultado de la falta personal del propietario, los daños se debieron al incumplimiento de las prescripciones establecidas en determinados instrumentos internacionales (por ejemplo, MARPOL 73/78).

Régimen financiero

Los pagos de indemnizaciones y resarcimientos, así como los gastos administrativos del FIDAC, se financian mediante las contribuciones que se exige a toda persona que durante un año civil haya recibido más de 150.000 toneladas de petróleo crudo y fueloil pesado (hidrocarburos sujetos a contribución) después del transporte marítimo en un Estado Parte en el Convenio del Fondo.

Existen dos tipos de contribuciones: iniciales y anuales.

- a) **Contribuciones iniciales:** son pagaderas cuando un Estado pasa a ser miembro del FIDAC.
- b) **Contribuciones anuales:** están destinadas a hacer frente el pago de los montos de indemnización y resarcimiento que se prevea haya de efectuar el FIDAC, así como los gastos de administración de éste, durante el año siguiente. Cada contribuyente paga una suma fija por tonelada de hidrocarburos sujetos a contribución recibida.

Reclamaciones admisibles

Los fondos pueden aceptar solamente las reclamaciones que quedan comprendidas en las definiciones de *daños ocasionados por contaminación y medidas preventivas*, estipuladas en los convenios que los rigen.

Las operaciones de limpieza en tierra y en el mar se considerarían en la mayoría de los casos como medidas preventivas, es decir, medidas para prevenir o reducir al mínimo los daños ocasionados por la contaminación.

El FIDAC indemniza el coste de medidas razonables adoptadas para combatir los hidrocarburos en el mar, proteger los recursos sensibles y limpiar las playas y las instalaciones costeras.

Las pérdidas o daños ocasionados por las medidas para prevenir o reducir al mínimo la contaminación se indemnizan también. Por ejemplo, si las medidas de limpieza tienen como resultado daños a radas, muelles y diques, el coste de las reparaciones necesarias resultantes es admisible. Sin embargo, no se aceptan las reclamaciones por trabajos que entrañan mejoras más bien que la reparación de los daños resultantes de un derrame.

Los siniestros que ocasionan contaminación tienen a menudo como **resultado daños a los bienes:** los hidrocarburos pueden contaminar botes, yates y artes de pesca. El FIDAC acepta los costes de limpieza de los bienes contaminados.

Si no es posible limpiarlos, el FIDAC indemniza el coste de su sustitución, a

reserva de una deducción en concepto de depreciación.

Los fondos aceptan, en principio, las reclamaciones por pérdidas de ingresos sufridos por los propietarios o usuarios de los bienes contaminados como resultado de un derrame (**pérdidas indirectas**). Un ejemplo de pérdida indirecta es la pérdida de ingresos de un pescador como resultado de la contaminación de sus redes.

También, un importante grupo de reclamaciones es el relativo a las **pérdidas puramente económicas**, es decir, pérdidas de ingresos sufridas por personas cuyos bienes no han sido contaminados. Un pescador cuyo bote y cuyas redes no han sido contaminados puede verse impedido a pescar porque la zona del mar en la que faena normalmente está contaminada y no puede pescar en otra parte.

Las reclamaciones de indemnización de pérdidas puramente económicas son admisibles solamente si se refieren a pérdidas o daños causados por la contaminación. El punto de partida es la contaminación y no el propio siniestro.

El FIDAC no indemniza los costes en que se incurra como resultado de las **medidas preventivas previas al derrame**. Las pérdidas **que no sean consecuencia directa** de un siniestro no se indemnizan.

Las reclamaciones relativas al **deterioro del medio ambiente** se aceptan solamente si el demandante ha sufrido una pérdida económica cuantificable en términos monetarios.

En resumen, el FIDAC es uno de los más logrados regímenes de indemnización que existen y esto se debe, sin lugar a dudas, a la claridad con que se lo ha establecido y desarrollado sus mecanismos y a la voluntad de sus integrantes de aunar criterios y encauzar la visión de la institución hacia el logro de sus objetivos. Con todo, hay características que lo destacan y hacen que se lo tome de referencia para la creación de fondos similares y aspectos sobre los que se debe seguir trabajando. En primer término, es de destacar la amplitud de cobertura que se alcanza con su implementación. Así, cualquier persona o empresa, además de las

comunidades o administraciones locales puede reclamar indemnización del propietario del buque, el asegurador y los fondos. En segundo lugar, al ser un fondo complementario asume un papel garantista, es decir, se propone garantizar que se disponga indemnización suficiente para cubrir siniestros importantes de contaminación.

Finalmente, se señaló que la tarea del FIDAC se centra en la indemnización de las víctimas de un daño en particular: el causado por la contaminación de hidrocarburos, o sea en las consecuencias económicas de los derrames de dichas sustancias para las personas, empresas, Estados y otros organismos públicos. No obstante, siempre es importante recordar que un derrame considerable tiene también una repercusión diferente que puede ser también tan grave como las consecuencias económicas, a saber el impacto desde un punto de vista humano y ambiental. Sin embargo, los daños ambientales como tales no están cubiertos por el convenio o los fondos (FIDAC, 2003). Trabajar sobre la inclusión de los mismos es quizás uno de los mayores retos a los que se enfrenta el régimen, en otras palabras, obtener una visión más allá del mercado.

2.1.2 El SUPERFUND norteamericano

El 11 de Diciembre de 1980 el Congreso de Estados Unidos sancionó la **Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act** (CERCLA, por sus siglas en inglés), conocida generalmente como la legislación del SUPERFUND.

CERCLA se ocupa de tres cuestiones principales:

- 1- Establece requisitos y prohibiciones sobre sitios o lugares contaminados con desperdicios peligrosos abandonados o vertidos sin control.
- 2- Prevé la responsabilidad de las personas que permitieron la liberación descontroladas de dichos desperdicios y su posterior abandono.
- 3- Instituye un fondo público (trust fund) destinado a remediar éstos sitios

contaminados y abandonados cuando no se puede identificar al autor responsable de los mismos.

Esta legislación es producto de la toma de conciencia de la ciudadanía respecto a cómo la disposición de desperdicios químicos podía afectar la salud de las personas y el medio ambiente, tal como lo había demostrado el desastre de Love Canal. En ese entonces, había miles de propiedades en donde el manejo y la disposición de desechos peligrosos era continua e intensa. Como resultado de ese manejo inadecuado, estos sitios se convirtieron en vertederos clandestinos y almacenes abandonados.

Con el fin de identificar, investigar, limpiar y restaurar sitios que contienen ese tipo de desperdicios que provienen o fueron dejados por plantas manufactureras, maquiladoras, industrias químicas, vertederos o basureros públicos se diseñó un programa denominado SUPERFUND que adopta como estructura la figura de un fondo público (García López, 2007). Este provee recursos económicos que se utilizan para las tareas supra enumeradas. Su financiamiento proviene de impuestos obtenidos de la industria del petróleo y química, del cobro de tributos ambientales y de su propio rendimiento. La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (U.S Environmental Protection Agency, EPA) es la autoridad de aplicación de la ley, con la cooperación de los gobiernos estatales, gobiernos territoriales y los gobiernos nativos americanos.

El SUPERFUND financia las tareas de remediación cuando no se puede determinar la persona o empresa responsable por la contaminación en el área identificada por la Oficina de Remediación e Innovación Tecnológica del fondo o cuando esa persona o empresa no puede pagar por el trabajo para limpiar, mejorar o restaurar el área afectada. CERCLA distingue cuatro clases de agentes denominadas “partes potencialmente responsables”:

- a- El actual dueño o encargado del sitio;
- b- El dueño o encargado del área al tiempo del vertido incontrolado de

sustancias tóxicas;

- c- La persona que dispuso el volcado de los desechos peligrosos en el lugar;
- d- El transportista de las sustancias o desechos contaminantes. Asimismo, éste debió haber escogido el lugar para arrojar los desechos.

CERCLA es una norma que persigue en primer lugar al potencial responsable de la contaminación, en un marco de responsabilidad solidaria, y que opera en forma retroactiva. Ésta última característica significa que, si bien la misma fue sancionada en 1980, es aplicable a aquella contaminación que hubiera sido provocada con anterioridad. Si bien la responsabilidad marcada por CERCLA es solidaria, existe la posibilidad de una acción de repetición de quien afronte los costos de la remediación respecto de los potenciales responsables del hecho que produce el daño (Sabsay & Di Paola, 2003)

El área o sitio afectado por los desperdicios peligrosos es conocido como "SUPERFUND site". Como tal, el lugar contaminado fue identificado por el fondo para restaurarlo a niveles que protejan a la comunidad y el medio ambiente e incluido dentro de lo que se conoce como Superfund National Priority List (es una base de datos que contiene todos los lugares identificados como vertederos tóxicos cuya remediación está a cargo del SUPERFUND). Esta última es actualizada periódicamente, conteniendo hoy en día más de 1.240 SUPERFUND sites.

Con más de 25 años de experiencia, éste fondo ha desarrollado un procedimiento de restauración sencillo y eficaz que comienza con el descubrimiento o notificación a la Agencia de Protección Ambiental de posibles escapes o derrames de sustancias peligrosas en un lugar. Los lugares son descubiertos por ciudadanos, agencias de los estados, y oficinas regionales de la EPA. Una vez confirmado que hay un sitio con un escape o derrame de la sustancia peligrosa, éste entra en CERCLIS, conocido en español como el Sistema de Información de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental, (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Information System,

CERCLIS, por sus siglas en inglés), el cual es un inventario de los sitios que tienen escapes de sustancias peligrosas. A continuación, enumeramos los pasos del proceso de restauración de Superfund mediante los cuales la EPA evalúa el riesgo de escape de la sustancia peligrosa en el sitio, a saber:

- Evaluación Preliminar/ Investigación del Sitio (Preliminary Assessment/Site Inspection (PA/SI)) - Investiga las condiciones del sitio o lugar.
- Sistema de Clasificación de Peligro (Hazard Ranking System (HRS)) - Método de investigación usado para evaluar el riesgo que representa el área y para evaluar la inclusión de un área, sitio o lugar en la Lista de Prioridades Nacionales (National Priorities List (NPL)).
- Lista de Prioridades Nacionales (National Priorities List (NPL)) - Lista de sitios o lugares seriamente contaminados y que pueden requerir de un largo tiempo para restaurar o mejorar.
- Investigación de Tecnologías/ Estudio de Viabilidad (Remedial Investigation/Feasibility Study (RI/FS)) - Determina el origen y la extensión de la contaminación.
- Documentos de Decisión (Records of Decision (ROD)) - Documento que enumera las alternativas de mecanismos de restauración que serán usadas en el sitio listado en el NPL.
- Diseño de la Tecnología/Implementación de la Tecnología (Remedial Design/Remedial Action (RD/RA)) - Preparación e implementación de los planos y especificaciones, para aplicar los mecanismos a utilizarse para mejorar, restaurar o limpiar el área, sitio o lugar que esta contaminado.
- Construcción Concluida (Construction Completion (CC)) - Identifica la terminación de la construcción de los mecanismos o procesos de restauración.
- Periodo Post Fin de la Construcción Concluida (Post Construction Completion) - Asegura que las implementaciones de las tecnologías de

restauración provean protección a largo plazo a la salud humana y al ambiente, esto incluye: implementación de la tecnología de restauración a largo plazo, controles institucionales, revisión de la tecnología para la restauración de cada cinco años, optimización de la tecnología y suprimir el sitio o lugar de la Lista de Prioridades Nacionales.

Cabe destacar que el fondo lleva a cabo una incansable tarea promoviendo la participación comunitaria en todo el proceso anteriormente reseñado.

En síntesis, el SUPERFUND ha sabido aprovechar los beneficios de adoptar instrumentos económicos ambientales para llevar a cabo sus objetivos.

Por otra parte, el fondo está contemplado dentro de una legislación nacional que lo desarrolla y contempla todo lo relacionado con su actuación, lo que contribuye a consolidarlo como una verdadera institución y refleja el compromiso del gobierno con el cuidado del medio ambiente.

2.1.3 Fondo de Restauración de Espacios Degradados de Galicia.

En 1997, se sancionó la Ley de Gestión de residuos sólidos urbanos (Ley 10/1997) de la Comunidad Autónoma de Galicia. Como anticipa la Exposición de Motivos de la misma, su objeto prioritario es la regeneración de espacios degradados como consecuencia de un inadecuado vertido de residuos sólidos urbanos, problema de especial incidencia en Galicia por la proliferación de vertederos incontrolados.

Así, dentro del Plan de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia se establece un programa de regeneración de espacios degradados con el objeto de culminar la protección medioambiental derivada de dicho Plan ya que se sostiene que la acción del mismo quedaría incompleta si, una vez suprimidas las causas de la contaminación, no se corrigiesen los efectos causados por un largo periodo de deficiente gestión de los residuos.

El encargado de financiar las operaciones necesarias para regenerar el terreno afectado por vertidos incontrolados o por depósito inadecuado de residuos sólidos

urbanos es el Fondo de Restauración de Espacios Degradados, previsto en el art. 35 del citado cuerpo normativo. Éste se organiza como una forma de colaboración económica de la Junta con los Municipios Gallegos con la finalidad de participar a través de él en inversiones para la reparación de los daños causados con ésta especial forma de contaminación y degradación del medio ambiente.

Los recursos del Fondo están formados por:

- Las aportaciones procedentes del presupuesto de la Comunidad Autónoma Gallega;
- Las participaciones que correspondan a la Comunidad Autónoma en la legislación estatal de residuos y embalajes;
- Las subvenciones y ayudas otorgadas por otros organismos de la Administración del Estado o de la Unión Europea;
- Las donaciones o aportaciones que, con destino específico al Fondo, dispongan los particulares o las empresas;
- El importe recaudado de las sanciones impuestas por la Administración de la Junta como consecuencia de infracciones de la normativa sobre residuos sólidos urbanos, una vez deducidos los gastos de gestión.
- Un porcentaje por determinar del canon de gestión de los recursos sólidos urbanos.

CAPITULO TRES

LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y LA SOCIALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

1. Daño ambiental y responsabilidad ambiental

Las actividades antrópicas constantemente influyen sobre el medio ambiente en el que se desarrollan. En algunas ocasiones, los efectos de las mismas pueden ser soportados por el medio gracias a sus propiedades autorregenerativas y su capacidad de absorción. En otras, el impacto que generan es negativo¹³, siendo el propio agente contaminante el encargado de remediar el menoscabo generado al medio ambiente.

El “daño ambiental” es un concepto jurídico que surge al mismo tiempo que el Ambiente es elevado a la categoría de bien jurídico protegido por el Derecho. Antes de que fuera así sólo se contemplaba dentro del derecho clásico de Daños un concepto aproximado: el **daño a los individuos a través del ambiente**, “se refiere a las diversas hipótesis de daño (...) a las personas o las cosas, por una alteración del medio ambiente, a causa del obrar humano. Dentro de ésta noción cabe la suma de daños individuales, o sea los daños sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo, la contaminación del ambiente.”¹⁴ En éste supuesto, el énfasis está puesto en la protección de las personas o sus cosas, no en el Ambiente per se. Así, a la hora de reparar éste tipo de daño se aplica lo preceptuado en el art. 1083 de nuestro Código Civil: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. Asimismo, son de plena

¹³ Con **impacto negativo** hacemos referencia a que se genera un daño al medio ambiente. La alteración que se le produce es de una magnitud tal que el propio Ambiente no puede soportarla.

¹⁴ “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios” – Cámara Primera de Apelación Civil y Comercial de La Plata – Sala III – 28/03/2006

aplicación los art. 1.109, 1.113 y 2.618 del C.C.

Cuando se advierte que la acción u omisión humana que llega a degradar o contaminar el medio ambiente puede dar lugar a un daño resarcible autónomo, se incorpora en la legislación una nueva categoría de daño: **el daño ambiental de incidencia colectiva o daño ambiental puro** (está dentro del régimen creado por la Constitución Nacional en su art. 41 párrafo 1° y en la LGA, art. 27, 28, 29, 30 y 31).

Jurisprudencialmente ha sido caracterizado como “el perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, sin afectar a las personas o cosas bajo una tutela jurídica específica”¹⁵, “es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos como vecinos o colectividad, a que no se altere de un modo perjudicial, sus condiciones naturales de vida; se trata en definitiva de una lesión al entorno o hábitat, conformado por el aire, el suelo, la vegetación y el agua; por tanto, la lesión a alguno o varios de estos elementos que lo componen genera y provoca el daño ambiental en razón que menoscaba el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado que sea además apto para el desarrollo humano tal como lo declara la Constitución Nacional”.¹⁶

Por su parte, destacada doctrina sostiene que “en el caso del daño al ambiente, nos encontramos con un daño al medio, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente” (Sabsay & Di Paola, 2003, p.1)

En tanto que, la LGA en su art. 27 se ocupa del Daño Ambiental diciendo que es “toda alteración *relevante* que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.” El daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que ingresa dentro de la categoría de intolerable (por ende no permitido), por lo tanto no es cualquier daño el que le interesa al derecho ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud o

¹⁵ Fallo ut supra citado.

¹⁶ “Maceroni, Francisco y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Daños y Perjuicios” –

importancia es tal, que viene a afectar necesariamente su objeto de tutela: la vida, la salud y el equilibrio ecológico (Kálnay, 2002). Sobre esta característica consideramos que el legislador debió operacionalizar el concepto brindado, en otras palabras, especificar indicadores de la realidad que permitan concretizarlo, de manera tal que los encargados de determinar si se trata de una alteración relevante o no lo hagan dentro un rango predeterminado.

A la luz de las definiciones supra expuestas, se desprende que el daño ambiental afecta al ambiente considerado como un patrimonio colectivo o a alguno de sus componentes, por lo que su alteración perturba a la ciudadanía en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella, sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares por haber sufrido un daño en sus personas o en sus patrimonios. Es así, que a raíz de un mismo hecho lesivo pueden generarse ambos tipos de daños (al ambiente per se y a las personas y sus cosas a través de una afección medioambiental), distinción que no siempre es sencilla de realizar debido a las características propias de la materia ambiental pero de vital importancia a la hora de determinar el encuadre jurídico de los mismos (v. gr. plexo normativo aplicable, legitimación activa, acciones de responsabilidad, prescripción, etc.).

Es necesario hacer notar que no se trata de la suma de daños individuales, ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos sino una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. En síntesis, se trata de un daño supraindividual o colectivo, tal como lo señala el destacado jurista Néstor Caferatta (2005), ya que lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. Ergo, siendo el Ambiente un bien jurídico colectivo (está relacionado con la forma de disfrutar y aprovechar el bien y su titularidad) el daño infringido al mismo comparte tal característica. De manera

Cámara Federal de La Plata- Sala I – 03/09/1996 , JA 1998 –III-262.

tal que habitualmente está presente un interés social en la reparación del mismo.

La noción de daño al medio ambiente va lógicamente acompañada de la idea de la determinación de la responsabilidad y la exigencia de la reparación correspondiente. Para lo cual, el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa.

En América Latina la legislación en materia de responsabilidad ambiental se encuentra en incipiente tratamiento, no presentando un desarrollo homogéneo en la región (González Márquez, 2003). Al punto que, ningún país cuenta con un sistema estrictamente ambiental y comprensivo de toda la temática. En consecuencia, es necesario reunir todos los principios y reglas propias que la distinguen de otros tipos de responsabilidad (administrativa, penal, civil) en un cuerpo normativo independiente.

Por **responsabilidad ambiental** entendemos aquella responsabilidad que “tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de tales daños”, tal como lo señala el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental.¹⁷

Todo sistema de responsabilidad ambiental se estructura sobre la base de una serie de principios ambientales que se desprenden del Derecho Internacional Público y son fruto de numerosas declaraciones y convenciones ambientales: **principio de cautela,¹⁸ acción preventiva,¹⁹ corrección de los atentados al medio ambiente²⁰**

¹⁷ El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental es un documento preparatorio de una Directiva Europea, publicado por la Comisión y presentado al Parlamento Europeo el 9 de Febrero de 2000, con el que se pretende sentar las bases comunes de las legislaciones nacionales en ésta materia.

¹⁸Receptado formalmente en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en el Principio 15: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Sin embargo, su implementación se remonta al año 1974 en la Ley contra la Contaminación Atmosférica de la República Federal Alemana.

Este principio está ligado al desarrollo de las ciencias y sus evidencias. Básicamente, establece que se deben tomar acciones para prevenir daños al medio ambiente o a la salud humana, aún cuando la evidencia científica sea incierta. Se traduce en la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquel.

¹⁹ La Ley General del Ambiente (LGA) establece diez principios de política ambiental (art. 4), entre ellos, el principio de prevención: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán de forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.

(preferentemente en la fuente misma) y, especialmente, **principio de “quien contamina paga”**²¹. El origen de éste último en el derecho internacional lo encontramos en los principios 22 de la Declaración de Estocolmo y 13 de la Declaración de Río de Janeiro. En Estocolmo se establecía: *“Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de sus jurisdicción.”*

En la Declaración de Río el principio se expresa de la siguiente manera: *“Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas bajo su jurisdicción.”*

Este principio evolucionó a través de tres fases: primero, significaba que el contaminador tenía que pagar los costes de aplicar leyes y reglamentos estatales para proteger el medio ambiente; segundo, fue utilizado para exigir que los contaminadores pagaran los costes de la respuesta en casos de emergencia por daños ambientales que hubiesen causado, y tercero, se ha aplicado como regla que exige que los contaminadores paguen indemnización a las víctimas perjudicadas por la contaminación que hayan ocasionado (FIDAC, 2003).

En síntesis, tanto el principio de “el que contamina paga” como la responsabilidad ambiental persiguen un objetivo en común: declarar legalmente responsables a quienes ocasionan daños ambientales.

Si asumimos que cada persona es responsable de las consecuencias de sus acciones

Este principio genera un conjunto de medidas de protección ambiental muy eficaces como la necesidad de autorizaciones para actividades industriales contaminantes, la realización de estudios de impacto ambiental, etc.

²⁰ Se encuentra contenido en el apartado segundo del art. 174 del Tratado de la Comunidad Europea.

sobre el bien común (el Ambiente), la aplicación del principio en cuestión permite a la sociedad responsabilizar al que contaminó y asegurar con ello detener el deterioro al medio ambiente.

Frecuentemente, éste principio ha dado lugar a discusiones doctrinarias debido a su interpretación ya que, en ocasiones, ha sido visto como el derecho a contaminar el ambiente a cambio del pago de una suerte de permiso, siguiendo lo expresado por Valls o bien como “una servidumbre de contaminación” al decir de Ogas Mendes (2004). Por el contrario, no se trata de ponerle un precio a la contaminación, ni que aquel que paga puede seguir contaminando o que cuanto mayor pague mayor es la contaminación permitida sino que el costo de la contaminación debe ser asumido por quien se beneficia con ella, ya sea tomando las medidas para impedirlo o reducirla, o minimizando o reparando sus efectos una vez ocurrida.

El principio “quien contamina paga” forma parte del campo de la responsabilidad ambiental, como anteriormente señalamos e implica cuatro obligaciones complejas para el empresario contaminador: pagar las multas, cesar en sus emisiones o acciones contaminantes o cambiar su política ambiental, costear las medidas preventivas y correctoras y, finalmente, reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados (Sánchez Sáez, 1999).

En relación a la responsabilidad ambiental, ella se propone otorgar una compensación a las personas afectadas por un daño producido al ambiente, a través de la restauración total o parcial del área afectada. Cuando el infractor se ve obligado a reparar el daño provocado, es probable que éste modifique o suspenda las actividades que provocaron lesiones al bien común, invirtiendo en tecnologías o sistemas de disminución de contaminantes, cuyo costo resulte menor de lo que tendría que cumplir por las sanciones impuestas por transgredir la norma.

Además, entre los argumentos que justifican la creación de un régimen de

²¹ También conocido como PPP, por sus siglas en inglés: Pay Polluter Principle.

responsabilidad de éstas características se han indicado la mejora de la aplicación de los cuatro principios ambientales básicos citados supra y de la legislación nacional vigente en la materia, la necesidad de garantizar la descontaminación y la restauración del medio ambiente, la mayor integración de los aspectos ambientales en las demás políticas y la mejora del funcionamiento del mercado interior (González Márquez, 2003).

Por otra parte, los sistemas de responsabilidad ambiental pueden brindar las siguientes ventajas:

- Pueden servir de incentivo para prevenir o corregir daños ecológicos que no se pueden combatir actualmente con otros instrumentos, con el objetivo de generar un comportamiento más responsable por parte de los agentes económicos.
- Permiten indemnizar directamente a los perjudicados;
- Sirven para poner en práctica el principio de “quien contamina paga”;
- En algunas circunstancias, son más eficaces desde el punto de vista económico que las disposiciones normativas (de regulación o control) o los instrumentos económicos (IEA).

La tarea de individualización e imputación de la obligación de responder por el daño causado requiere que se verifique previamente el cumplimiento de cada uno de los presupuestos de atribución de responsabilidad. Respecto de los cuales, la doctrina es conteste en identificar cuestiones procesales (determinación del nexo causal, la prueba del daño, entre otros) que dificultan el desencadenamiento de los efectos propios de éste mecanismo jurídico, por más que se fuerce la interpretación extensiva de algunos principios.

Para que el sistema sea efectivo tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores), el daño tiene que ser concreto y cuantificable y se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores. Por consiguiente, no todas las formas de daño ambiental pueden

cubrirse a través de un régimen de responsabilidad. Este aplica, por ejemplo, en los casos en que el daño ha sido provocado por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables (Comisión Europea, 2000).

En tanto que, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso²², en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales (v. gr. la muerte del bosque como consecuencia de la lluvia ácida), cuando hay muchos contaminadores y múltiples daños y cuando es difícil probar la causalidad (Jordano Fraga, 2005). En estos supuestos se genera una situación de incertidumbre en relación con el eventual grado de responsabilidad de cada contaminador. La incertidumbre será mayor cuanto menos claro sea el nexo causal y cuanto más dificultosa sea la evaluación de la magnitud y el valor de los daños. De tal forma que, cuando en ciertas circunstancias es imposible la determinación, individualización y valoración del daño acontecido surge la necesidad de recurrir a otros tipos de instrumentos alternativos de tipo normativo o económico que permitan la restauración e indemnización del daño ambiental. Lo que se apunta con éstos es garantizar que el ambiente pueda ser efectivamente reparado y también, en su caso, los daños a los particulares que sean consecuencia de dicho deterioro, mediante un sistema que actúe en aquellos supuestos en que no son aplicables los mecanismos legales de responsabilidad ambiental o en los que, una vez establecidas las responsabilidades, no es posible hacerlas efectivas por desaparición o insolvencia del responsable (Cafferata, 2002).

Dentro de estas alternativas cobran vigencia los seguros por daños ambientales y los fondos de compensación ambiental, como complementos del sistema de responsabilidad ambiental ya que, conforme lo desarrollado, ningún instrumento es por sí sólo eficaz para dar respuesta a todos los tipos de contaminación.

²² Desde luego, esto no puede entenderse excluyendo la responsabilidad cuando se pueda establecer el nexo causal entre una pluralidad de agentes causantes aunque no pueda determinarse el alcance del impacto

2. El rol de los fondos de compensación ambiental frente al daño ambiental.

Los fondos de compensación son un instituto ambiental para el resarcimiento de los daños una vez producidos estos, cuyas estructuras entran en funcionamiento cuando los demás instrumentos normativos y/o económicos no pueden brindar una respuesta integral y eficaz frente al daño acontecido. Esto quiere decir que una vez detectado el menoscabo ambiental, en primer lugar, se debe proceder a individualizar al responsable del mismo aplicando el régimen de responsabilidad ambiental. Cuando no es posible identificar al responsable ya que no se puede establecer alguno (o todos) de los presupuestos de la responsabilidad ambiental, los fondos de compensación se hacen cargo de reparar el daño ambiental y de ofrecer compensación a las víctimas.

En relación con la reparación de los daños, cuando la compensación supera la capacidad financiera de la empresa pueden emplearse los seguros, fianzas y autoseguros, entre otros, como una manera de revertir en los responsables el coste del daño que producen en el medio ambiente. No obstante, en ocasiones la magnitud que suelen alcanzar en términos financieros los daños al ambiente provoca que aquellos instrumentos no brinden una respuesta suficiente, siendo necesario acudir a los fondos de compensación para salvar los obstáculos atinentes a la insolvencia del agente, la aseguradora y los daños superiores a la póliza.

En conclusión, los fondos se emplearían como una solución destinada a llenar o reducir las lagunas de los sistemas de responsabilidad y aseguradores, que siempre tenderán a garantizar la seguridad, la solvencia y el afianzamiento de las responsabilidades de las empresas, evitando situaciones de insolvencia o irresponsabilidad.

Parte de la doctrina ha señalado que los fondos de compensación producen una socialización o colectivización indeseable de la responsabilidad del daño ya que su consecuente restauración y recomposición será asumida por un grupo que se

concreto de cada operador individualizado. En éste caso debe aplicarse la responsabilidad solidaria.

acuerpa en un fondo en el que han contribuido sin que el verdadero contaminador cargue con la totalidad de la responsabilidad de sus actos, generándose una situación contraria al principio “quien contamina paga”. En realidad, este argumento no contempla que la naturaleza de los fondos es **subsidiaria**, es decir, su actuación está prevista cuando por cualquier motivo el causante es desconocido o insolvente. En efecto, a través de los fondos se produce un reparto equitativo de la carga financiera entre todos aquellos cuyas actividades son o pueden ser causa del daño ambiental, basándose en el principio de solidaridad (González Márquez, 2003).

Con esto, está claro que el régimen de responsabilidad ambiental fracasó en su objetivo de atribuir la carga de reparar al agente dañino, en primera instancia. Así las cosas, estaríamos frente a un daño no cubierto si no empleamos alguna otra herramienta que nos permita su compensación ya que el Derecho debe proporcionar mecanismos a través de los cuales se llegue siempre a la reparación integral.

Señala González Márquez (2003) que *“el paso de un sistema tradicional de reparación del daño ambiental, basado en el principio clásico de la responsabilidad individual, a un sistema moderno de reparación anclado en el principio de responsabilidad compartida, tiene su máximo exponente en la creación de los fondos de reparación”* (p. 104). Los cuales pueden estar legitimados para entablar las denominadas “acciones de regreso” dirigidas a exigir responsabilidades indemnizatorias a los causantes que posteriormente se identifiquen.

Por otra parte, el sistema de fondos es ideal (Peña Chacón, 2005):

- Para casos de contaminación difusa y parajes contaminados aislados, donde no es posible atribuirle responsabilidad a un determinado sujeto;
- Cuando las fuentes de emisiones contaminantes son múltiples y no es posible darle seguimiento a las emisiones.
- Cuando la recomposición resulta claramente desproporcionada y poco

razonable.

En estos supuestos los fondos pueden adelantar la reparación cuando sea difícil demostrar las responsabilidades recuperando después lo satisfecho, mediante el ejercicio de las acciones de subrogación correspondientes, conforme a las normas de responsabilidad vigentes y soportando su costo de no tener éxito con dichas acciones.²³ Igualmente, pueden cubrir los daños que, siendo responsabilidad de aquellos que hayan contribuido al fondo, sean conocidos después que la actividad ha cesado y, en consecuencia, la empresa no pueda responder y, de haber contratado un seguro ambiental, la póliza correspondiente haya sido anulada.

2.1. Requisitos

Hay ciertos requisitos que deben estar presentes en el diseño y gestión de un fondo de compensación para garantizar el éxito de su establecimiento:

- 1- Asignar las cargas contributivas equitativamente, en proporción a los riesgos generados para el Fondo, a fin de evitar agravios comparativos entre las empresas que se esfuerzan por mejorar su gestión medioambiental y los que no lo hacen. Por lo que es necesario establecer un mecanismo de financiación que permita alcanzar un equilibrio difícil entre el mantenimiento de los principios de equidad y eficacia y la instauración de una base de financiación simple y amplia.
- 2- Contar con mecanismos de evaluación de los riesgos a los que hacer frente para poder garantizar el cálculo de los recursos suficientes para evitar situaciones de déficit. Esta tarea de evaluación es compleja y se han propuesto diversas metodologías para determinar económicamente los riesgos.²⁴
- 3- Respetar el principio de aleatoriedad de los eventos cubiertos ya que si la

²³ Como es el caso del SUPERFUND, que lleva a cabo medidas urgentes de limpieza para tratar sustancias peligrosas que presenten un peligro inminente y sustancial para la salud y el bienestar haciéndose cargo del coste de las mismas y, posteriormente, repite contra los eventuales responsables.

²⁴ Cuando la reparación **in natura** no es posible resulta muy difícil determinar el valor del bien dañado y con

generación de siniestros depende de la voluntad (v. gr. daños causados intencionadamente) es probable que el fondo pase en seguida a ser deficitario.

- 4- El fondo debe responder de la optimización del costo de la gestión y la eficacia e idoneidad de las acciones y soluciones adoptadas, para evitar el encarecimiento innecesario de su funcionamiento.
- 5- Incentivar la diligencia y la tendencia a la reducción del riesgo, así como, en caso de producirse un siniestro, el interés del causante en la aminoración de las consecuencias. Con ello se evita que el respaldo otorgado por el fondo sea un elemento que invite al abandono de la mejora progresiva de la gestión ambiental, convirtiéndolo en un mecanismo poco preventivo.
- 6- El fondo sólo puede servir como garantía para aquellas consecuencias dañosas de actividades lícitas, es decir, respecto de aquellas que la ley no ha prohibido por contaminantes, pero que aún siendo admitidas generan un daño. Por lo que será necesario coordinar los criterios de control y evaluación por parte de las distintas Administraciones públicas con competencia en la materia, cuyos administrados participen en el fondo, para que no haya desequilibrios territoriales en el reparto de las cargas.
- 7- Sería conveniente la actuación coordinada con distintas instituciones funcionales de apoyo (por ejemplo, bancarias, auditoras y contratistas).

2.2. Los pros y los contras de la implementación de fondos de compensación.

Ventajas

- Garantizan la solvencia, en especial si la Administración respalda con su propio patrimonio los déficits.
- Aún en el caso de que el responsable sea solvente, pueden agilizar la

ella, el monto de la indemnización.

reparación de los daños y el cobro de las indemnizaciones por parte de las víctimas. Posteriormente, pueden ejercer las acciones de regreso correspondientes.

- El poder coercitivo de la Administración garantiza la participación en el fondo de todos aquellos que tienen la obligación de contribuir.
- Puede actuar cuando se trata de evitar litigios complejos entre un número múltiple de responsables y víctimas, en especial cuando la determinación de la responsabilidad es complicada (establecimiento del nexo causal, contribución al daño de los diversos contaminadores, etc.).

Desventajas

- ❖ Para asegurar la suficiencia de recursos del fondo, la cuantía de las contribuciones fijadas debe ser suficiente para cubrir las consecuencias de los riesgos cubiertos, con lo que se produce un costo inevitable que encarece la producción de determinados bienes.
- ❖ Difícil determinación de las cuotas a pagar por las contribuciones para la conformación del fondo.
- ❖ Los costes burocráticos de su funcionamiento.
- ❖ Las empresas son poco propicias a reparar la contaminación causada por otras empresas con las que compiten en el mercado.
- ❖ La dificultad de prever la envergadura de los siniestros así como la capacidad para satisfacer las reparaciones con los fondos disponibles.

Más allá de las críticas realizadas a ésta institución, la opinión global sobre la misma es positiva, como complemento del instituto de responsabilidad, tal como lo sostiene Alicia Morales Lamberti (2005). Asimismo, los fondos de compensación encuentran su utilidad y eficacia en que la ciudadanía en muchas ocasiones no es consciente de que se ha producido un daño al medio ambiente, que inclusive

puede repercutir en sus personas o bienes, o encuentran dificultades en la identificación de la fuente del daño, en determinar quién o quiénes deben hacerse cargo del coste de saneamiento de los lugares contaminados y de la reparación e indemnización de los daños causados, en el establecimiento de la prueba de la relación de causalidad, la valoración económica de los daños o fijar la responsabilidad de cada contaminador cuando son ellos son varios, etc.

Por otra parte, sucede que a menudo las víctimas carecen de fondos económicos para solventar un proceso judicial o sienten miedo de luchar contra contaminadores poderosos económicamente. Los fondos ambientales superan esas barreras (Vargas Pimentel, 2005).

De esta manera, cumplen una importante labor en la restauración del ambiente y la indemnización de las víctimas que de otra manera verían negados sus derechos a ser recompensados.

CAPITULO CUATRO

EL FONDO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL ARGENTINO

1. Análisis del Fondo de Compensación Ambiental previsto en el art. 34 de la Ley General del Ambiente.

El art. 34 de la ley 25.675 establece: **“Del Fondo de Compensación Ambiental. Créase 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.”

Con la introducción de éste artículo casi al finalizar la Ley General del Ambiente de nuestro país el legislador dispone la creación de un fondo de compensación ambiental **público**, por lo tanto, la administración del mismo va a estar a cargo de la autoridad, como es el caso del Superfund norteamericano. A continuación, se debe definir la *estructura jurídica* que asumirá el fondo para llevar a cabo sus funciones. Señala Sabsay – Di Paola (2003) que el fondo “(...) basándose en la figura del Estado como tutor o curador del ambiente (trustee, en los términos de la doctrina del Fideicomiso Público o Public Trust) debe no sólo cuidar el ambiente, sino velar por su protección y su restauración a favor del beneficiario de la fiducia, que es el público en general.” Los autores sugieren la figura del **Fideicomiso Público** como posible vía de instrumentación del fondo, siguiendo el modelo adoptado por otros países (v. gr. México).

El fideicomiso es un negocio jurídico celebrado entre dos partes, un contrato, que ha sido regulado por la ley 24.441 “De Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”. Dicha ley contempla sólo los fideicomisos privados, definiendo el instituto en el art. 1: *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo a cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”*. En esencia, se trata de un negocio de confianza que permite aislar bienes, flujos de fondos o derechos en un patrimonio independiente y separado con diferentes finalidades.²⁵ Por consiguiente, “con la constitución de un fideicomiso se crea un patrimonio de afectación, ya que los bienes destinados al mismo, serán sólo objeto del contrato celebrado y quedarán exentos de la acción de los acreedores del fiduciante o fiduciario.” (Geler, Hafford & Sánchez De Bustamante, 2007, p. 5)

En la actualidad, la figura prácticamente desconocida ha adquirido un desarrollo y una trascendencia poco frecuentes para un instituto sin raigambre en nuestra cultura jurídica debido a que es posible su utilización en infinitas actividades. Garantiza la inversión y los resultados emergentes que de ella se esperan a partir de un proceso transparente, operaciones previsibles y pautas claras.

El Estado, haciéndose eco del éxito del fideicomiso en el ámbito de los negocios entre particulares, decidió aprovechar las ventajas de aquel. Así a partir del año 1995, a través de leyes, decretos (sobre todo de necesidad y urgencia), reglamentos o acuerdos de cooperación técnica se crearon numerosos “fideicomisos públicos” o también denominados como “fondos fiduciarios públicos”.²⁶

Lisoprawski (2007) define al fideicomiso público como “(...) un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias,

²⁵ Es un patrimonio de afectación que, sin ser una persona física ni jurídica, es sin embargo un “sujeto imponible” desde el enfoque fiscal.

²⁶ Como ejemplo de ellos tenemos: el Fondo para la Promoción y Fomento de la Innovación (Ley n° 23.877, 1990), el Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial (Ley n° 24.623, 1995), el Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas (Decreto n° 342, 2000) y el Fondo Fiduciario para atender Inversiones en Transporte y Distribución de Gas (Decreto n° 180, 2004).

en carácter de fiduciante, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario para realizar un fin de interés público” (p. 2). El hecho de que sea público se produce porque una de las partes del contrato es el Estado (o Administración Pública), dándole al vínculo que se genera características especiales. Esta figura nace al amparo de la ley 24.441, adoptando algunos elementos esenciales del fideicomiso privado (por ejemplo, la creación de un patrimonio de afectación o la existencia de una relación fiduciaria). No obstante, en la realidad se alejan bastante del tipo legal. En efecto, se trata de una figura atípica dentro de nuestro sistema normativo, frente a la cual gran parte de la doctrina (Lisoprawski, Geler, Hafford, Sanchez de Bustamante, Barboza Peñalva, Torrecillas) ha demostrado su rechazo. En rigor de verdad, nadie desconoce el gran valor que la adopción de éste instituto ha tenido para el Estado y la realización de sus fines, así como lo positivo que su aprovechamiento es para la comunidad. Pero al no estar regulado se han identificado una serie de factores que podrían afectar la transparencia en la constitución y funcionamiento de los fideicomisos públicos (Geler et al., 2007):

- La normativa aplicable existente en materia de fideicomiso público resulta incompleta en relación a los estándares de transparencia deseables.
- No existen criterios objetivos de conveniencia en la utilización de la figura del fideicomiso.
- Confusión del fiduciante y fiduciario.
- Posibilidad de modificación del objeto inicialmente tenido en cuenta para la constitución del fideicomiso público.
- Inexistencia de criterios contables comunes en los fondos fiduciarios públicos.
- Ausencia de rendición de cuentas.

Sin dudas, éstos “defectos” de los fideicomisos públicos son producto de un crecimiento desordenado, en ocasiones anárquicos, sin normas que lo ordenen y

sin controles adecuados dentro de la estructura administrativa, tal como lo sostiene Barboza Peñalva (2005). En consecuencia, urge el dictado de una ley que contemple ésta nueva especie de fideicomiso para aclarar todos estos aspectos y así poder aprovechar los beneficios del mismo (estabilidad, seguridad, solvencia y confianza a la administración de fondos públicos), tal como lo hacen países como México, Perú, Costa Rica, etc. que adoptaron la figura del fideicomiso público como estructura jurídica de sus fondos de restauración ambiental nacionales.

Así las cosas, consideramos que lo más apropiado es que el Fondo de Compensación Ambiental previsto en la LGA se constituya como una entidad de derecho público descentralizada, con autonomía en la administración de su patrimonio y en el ejercicio de sus funciones con personalidad jurídica propia, dependiente de la Secretaría de Ambiente u organismo afín encargado de la gestión ambiental de cada jurisdicción. Por ende, no estamos en presencia de un Fondo "nacional"²⁷ integrado por las provincias, Nación y Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino de diversos fondos en cada nivel jurisdiccional ya que, coincidiendo con Valls (2005), en la ley se establece que es la Autoridad Local la encargada de integrarlo, regularlo y administrarlo, en todo de acuerdo con el clásico adagio ambiental "piense global, actúe local" y perfectamente de acuerdo con el reparto jurisdiccional propio de los presupuestos mínimos reglamentados por la LGA.

En relación al *objeto* del Fondo de Compensación, creemos necesario realizar una serie de precisiones. El art. 34 de la citada ley establece que el fondo "estará destinado a garantizar la calidad ambiental, 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*

²⁷ Desde diversos sectores empresarios surgieron diferentes propuestas de reglamentación del art. 34 de la LGA, en los cuales proponen estudiar un mecanismo apropiado para que el Fondo pueda ser uno sólo y tener jurisdicción en todo el país ya que consideran que resultará extremadamente difícil que el Fondo de Compensación Ambiental sea administrado por cada autoridad competente de cada jurisdicción. (Argañaraz Luque, 2005).

ecológicos y el ambiente.” La redacción del artículo en ésta parte del mismo no ha sido feliz ya que da lugar a dudas originadas por la incorporación de dos acciones antagónicas: ¿el fondo se dedicará a la preservación del Medio Ambiente llevando a cabo tareas de conservación o a la recomposición del daño causado y resarcimiento de las víctimas, como complemento del sistema de responsabilidad ambiental? Consideramos que el legislador se inclinó por la segunda interpretación en virtud de los siguientes argumentos:

- 1) El nombre de la figura (Fondo de **Compensación** Ambiental): ésta es la máxima expresión de la intención del legislador. El nombre de una institución jurídica es el medio de identificación de ella dentro de un sistema normativo. En éste supuesto nos indica el objeto del fondo.
- 2) La ubicación del artículo que establece la creación del Fondo Ambiental dentro de la ley: se ubica a posteriori de la regulación de todos los aspectos relacionados al Daño Ambiental (art. 27 a 33) e inclusive dentro de éste apartado se prevé la actuación del Fondo como receptor de las indemnizaciones sustitutivas (art. 28) en caso de no ser técnicamente factible la recomposición del daño ambiental.

Esto nos permite concluir que la principal razón que inspira la creación del Fondo es garantizar la reparación del daño generado al Ambiente. Este último presenta ciertas particularidades que lleva a que en determinados supuestos (autor desconocido o insolvente, por ejemplo) quede sin ser reparado ni indemnizado de no existir ésta institución.

Ahora bien, esclarecido éste punto podemos analizar cuáles serían las *funciones* asignadas al Fondo, es decir, cómo actuaría frente al daño ambiental.

Así, producido el daño al medio ambiente se genera automáticamente la obligación prioritaria de recomponerlo, en virtud de lo previsto en el art. 41 de nuestra Constitución Nacional²⁸. La LGA precisó el concepto de

²⁸ Art 41 C.N.: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin

“recomposición” (Art. 28): se trata del restablecimiento de las cosas al estado anterior a su producción, también conocida en doctrina como **reparación in natura**. Pero, de no ser técnicamente posible la misma, el juez dispondrá la indemnización sustitutiva, cuyo destino es el Fondo en cuestión. El causante de un daño ambiental responde de ésta manera cuando es prontamente identificado y cuenta con los recursos necesarios para cumplir con su obligación. Si estos presupuestos no se verifican en la realidad estaríamos en presencia de daños no cubiertos. Es aquí cuando entra en juego el Fondo de Compensación Ambiental como complemento del sistema de responsabilidad y seguros en materia ambiental (en el sentido de que completa, perfecciona), ejerciendo una:

- ❖ **Función de garantía:** actúa cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica a un responsable o este insolvente;
- ❖ **Función de subrogación:** reparando inmediatamente el daño producido, para luego tramitar la repetición frente a los verdaderos responsables. El fondo podrá ejercer ésta función siempre que la víctima lo solicite o cuando él lo considere necesario teniendo en cuenta la magnitud e importancia de los daños causados.

En cuanto al *tipo de daño* que atiende, la LGA no especifica ninguno en particular por lo que *contrario sensu* cabe interpretar que actúa frente a todo tipo de daño ambiental, como lo hace su par brasilero.²⁹

Por último, con respecto al *financiamiento* del Fondo, la LGA ya estableció una de

comprometer las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. *El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.* (La cursiva es nuestra)

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.”

²⁹ La ley 7347/85 crea el “**Fundo Estadual para Reparacao de Interesses Difusos Lesados**” destinado al resarcimiento de la comunidad por los daños provocados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico del estado brasilero.

las partidas que integrarán el fondo: la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente (art. 28). A la que se pueden agregar lo percibido en concepto de multas por infracciones ambientales, el cobro tasas, cánones u otro tipo de tributo ambiental, entre otros, aplicados principalmente al sector privado generador de contaminación. Lo importante es que se asegure una diversificación de fuentes de recursos para asegurar la sostenibilidad financiera de la institución. Sin duda alguna, el Fondo es una figura necesaria y de vital importancia en la Argentina de hoy, que permitiría dar una respuesta adecuada y eficaz frente al daño ambiental por lo que urge su reglamentación por parte del Congreso de la Nación (López Herrera, 2006).

La creación de un Fondo Ambiental requiere de una inversión en tiempo y recursos y el compromiso a largo plazo de crear una nueva institución, en donde la labor mancomunada del sector público, privado y la ciudadanía en general confluya en un solo centro: el cuidado de nuestra morada.

2. Propuesta para la instrumentación de un fondo de compensación como complemento al régimen de responsabilidad y seguros en materia ambiental.

PROYECTO DE LEY DEL FONDO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL ARGENTINO

CAPITULO I

OBJETO Y FUNCIONES

Creación

Art. 1.- Créase el Fondo de Compensación Ambiental, como una entidad de derecho público descentralizada, con autonomía en la administración de su patrimonio y en el ejercicio de sus funciones con personalidad jurídica propia y duración indefinida adscrita a la Secretaría de Ambiente o al organismo con competencia específica en materia de Ambiente de cada jurisdicción.

inc. 1.- En el texto de la presente ley podrá denominarse al Fondo como "FONDO" o "FOCOMA".

Objeto

Art. 2.- El objeto del FOCOMA será la captación de recursos financieros y la administración de los mismos, para el financiamiento de planes, programa, proyectos y cualquier actividad tendiente a la recomposición del daño ambiental y la indemnización a las víctimas del mismo, de conformidad con las prioridades establecidas en la Ley General del Ambiente.

Funciones

Art. 3.- Son funciones de FOCOMA:

a) Negociar y contratar cooperación financiera nacional e internacional en

coordinación con la autoridad local ambiental;

- b) Captar recursos nacionales e internacionales provenientes del canje de deuda, préstamos, donaciones, aportes específicos del Gobierno o de cualquier otra fuente, destinada financiar actividades de restauración del daño ambiental provocado y la indemnización de las víctimas del mismo;
- c) Atender a los efectos de los deterioros ambientales cuya magnitud supere la capacidad financiera de los responsables de aquellos, cuando los montos recuperados de las compañías aseguradoras u otras instituciones financieras no sean suficiente para reparar en especie el daño ambiental, o para el pago de la indemnización a las víctimas, la diferencia podrá ser cubierto con cargo al fondo;
- d) Adelanto de la reparación en los casos en los que no se pueda demostrar prima facie las responsabilidades recuperando después lo satisfecho, mediante el ejercicio de las acciones de subrogación correspondientes, conforme a las normas de responsabilidad vigentes, y soportando su costo en caso de que no se tenga éxito en dichas acciones; y
- e) Administrar los fondos captados respetando los principios generales que gobiernan la disponibilidad y administración de los recursos públicos, procurándose la determinación contable de montos que permitan la clara individualización de las fuentes de los recursos y el manejo de los mismos .

CAPITULO II

ORGANIZACION Y ADMINISTRACION

Órganos de Administración

Art. 4.- Para el Cumplimiento de sus funciones, FOCOMA contará con los siguientes organismos de dirección y administración:

- a) Junta Directiva;
- b) Junta de Administración;

- c) Director Ejecutivo; y
- d) Unidades Operativas que sean necesarias.

Junta Directiva

Art. 5.- La Junta Directiva estará integrada por:

- a) Un Presidente, nombrado por la máxima autoridad local;
- b) Un miembro designado por la Secretaría de Ambiente o el organismo con competencia específica en materia de Ambiente de cada jurisdicción a la que se encuentre adscrito el FOCOMA;
- c) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas;
- d) Un representante vocal de cada uno de los sectores educativos de nivel superior, ambiental, organizaciones empresariales con personalidad jurídica y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente, con personalidad jurídica propia.

Atribuciones de la Junta Directiva

Art. 6.- Son atribuciones de la Junta Directiva:

- a) Determinar la política general de operación del FOCOMA, dentro de los lineamientos generales establecidos en la Ley General del Ambiente;
- b) Evaluar y coordinar los planes de inversión de las cuentas que integran el FOCOMA;
- c) Aprobar los Estados Financieros;
- d) Nombrar al Director Ejecutivo;
- e) Aprobar la estructura organizativa y operativa y el Reglamento Interno;
- f) Velar por el cumplimiento de los reglamentos operativos y financieros del Fondo;
- g) Proponer y aprobar el Proyecto de su Presupuesto Especial de Funcionamiento e Inversión, que deberá ser presentado al Ministerio de Economía y Finanzas y

será aprobado por la Asamblea Legislativa;

h) Nombrar el Auditor Externo;

i) Las demás que esta Ley y su Reglamento le señale.

Atribuciones del Presidente

Art. 7.- Son Atribuciones del Presidente:

a) Ejercer la representación legal del Fondo pudiendo delegar su representación en otro u otros funcionarios del Fondo y otorgar poderes a nombre de ésta, previa autorización de la Junta Directiva;

b) Convocar y presidir las sesiones de la Junta Directiva; y

c) Las demás que esta Ley y su Reglamento le señale.

Prohibiciones

Art. 8.- Los Directores no podrán participar ni votar en la deliberación de asuntos en lo que tuvieren interés personal, así como sus cónyuges, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y sus asociados en todo tipo de empresas mercantiles o profesionales.

Atribuciones al Director Ejecutivo

Art. 9.- Son atribuciones del Director Ejecutivo:

a) Ejecutar las decisiones emanadas de la Junta Directiva;

b) Dirigir y ejecutar las acciones conducentes al cumplimiento de las funciones previstas para el Fondo en esta ley;

c) Elaborar la Memoria Anual de Labores de la Institución;

d) Nombrar, contratar, aprender, despedir, destituir, ascender, trasladar, conceder licencias y remover al personal de FOCOMA conforme la Ley;

e) Elaborar el Reglamento Interno y presentarlo a la Junta Directiva;

f) Actuar como Secretario en las reuniones de Junta Directiva, con voz pero sin

voto;

g) Presentar los informes técnicos y financieros a la Junta Directiva; e

h) Las demás atribuciones que esta Ley y su Reglamento le señale, así como, otras que le asigne la Junta Directiva y el Presidente.

CAPITULO III

REGIMEN FINANCIERO

Recursos del Fondo

Art. 10.- El Fondo estará integrado por recursos provenientes de:

a) Las partidas presupuestarias,

b) Los provenientes de la aplicación de derechos, tasas, multas, concesiones y contribuciones del Tesoro Nacional o Provincial,

c) Los fondos que en calidad de donación, herencia, legado o cualquier otro concepto reciba FOCOMA,

d) Los ingresos que perciba en concepto de intereses o a cualquier otro título, de las inversiones que haga el Fondo;

e) Lo recaudado en calidad de indemnización sustitutiva prevista en el art. 28 de la Ley 25.675.

f) Todo aquello recaudado por la aplicación de la presente ley.

Reserva Técnica

Art. 11.- Con el objeto de garantizar el cumplimiento del objeto del FOCOMA, de cada aporte que reciba se destinará un porcentaje de dichos fondos, con el que se creará una reserva técnica.

Los recursos que constituyan la reserva técnica se colocarán en el mercado financiero, conforme el programa de inversión anual que apruebe la Junta Directiva, a fin de percibir rendimientos que sean invertidos en el objeto del fondo.

Del Presupuesto

Art. 12.- EL FOCOMA contará con un Presupuesto Especial.

Gastos de Funcionamiento

Art. 13.- Los gastos para la adecuada y eficiente administración de FOCOMA serán cubiertos con los fondos que perciba y no podrá asignarse a dichos costos operativos un porcentaje mayor del siete por ciento de la totalidad.

Auditoría

Art. 14.- EL FOCOMA implantará los controles financieros que sean necesarios, para garantizar el adecuado uso de los recursos que le sean asignados, para cuyo efecto contará con una auditoría interna y con las auditorías externas que sean necesarias.

Información

Art. 15.- La aplicación de los fondos deberá ser ampliamente publicada y el acceso a toda la información al respecto será libre.

Art. 16.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

Bibliografía

Argañaraz Luque, Martín, “¿Es operativa la norma que establece el seguro obligatorio?”, 2005, fuente: El Dial

<http://www.eldial.com/suplementos/seguros/doctrina/se050217-a.asp>

Barboza Peñalba, Claudio, “Primeras reflexiones sobre el Fideicomiso Público”, 2005, fuente:

http://www.ucu.edu.uy/.../trabajos_online/Primeras_reflexiones_sobre_el_fideicomiso_público.pdf

Bustamante Alsina, Jorge, “Derecho Ambiental- Fundamentación y Normativa”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

Cafferata, Néstor A., “Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo”, Conferencia presentada en el “Congreso Internacional de Derecho Ambiental – Año VIII” realizada por el Centro de Estudios Judiciarios, Foz do Iguacu, 2005.

- “La obligación constitucional de recomponer el Ambiente: alcances, modalidades, control y fiscalización”, Jurisprudencia anotada, JA 2002-III-384.

Comisión Europea, “Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000.

Conservation Finance Guide, “Fondos para el Medio Ambiente”, 2003, fuente:

http://www.conservationfinance.org/Guide_Spanish/Translation/Guia_EnvFunds_Aug_2003.pdf

Fondos Internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (FIDAC), “Los FIDAC: 25 años indemnizando a las víctimas de los siniestros de contaminación por hidrocarburos”, Reino Unido, 2003, fuente:

http://www.sp.iopcfund.org/npdf/jub_sp.pdf

García López, Tania, "El principio de la reparación del daño ambiental en el Derecho Internacional Público. Una aproximación a su recepción por parte del Derecho Mexicano", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2007.

Geler, Laura, **Hafford**, Deborah y **Sánchez de Bustamante**, Marcela, "Riesgos de corrupción en: Fideicomisos Públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia", Marzo 2007. Fuente:

http://www.uca.edu.ar/esp/secfderecho/esp/docsposgrado/cursos/reglasinter/documentos/Fideicomisos_Publicos.pdf

González Márquez, José J., "La Responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina", Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2003 [versión electrónica]

Jiménez, Eduardo (Coordinador), "Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004.

Jordano Fraga, Jesús, "La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de Abril, sobre Responsabilidad Ambiental", Revista Electrónica "Medio Ambiente y Derecho", ISSN 1.576-3.196, n° 12-13, 2005.

Kálnay, Jorge David, "Algunos aspectos prácticos de la responsabilidad por daño ambiental", La Ley Suplemento de Derecho Ambiental, Año IX N°4, Buenos Aires, 2002.

Lambert, Alain, "Introduction to the Establishment of Environmental Funds", Ramsar Convention Bureau, 2003, fuente:

http://www.conservationfinance.org/Documents/CF_related_papers/Environmental_Funds_for_Brazil-English_10May_2003.pdf

Lisoprawski, Silvio, "Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica", Revista La Ley, Año LXXI N° 100 Tomo 2007-C, Buenos Aires, 2007.

López Herrera, Edgardo S., "Daño Ambiental. Análisis de la ley 25.675", JA 2006-I-

1076 Lexis Nexis 0003/012508.

Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" Tomo I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995.

Maiztegui, Cristina, "Daño Ambiental: una hipoteca al futuro", JA 2002-III-980, Lexis Nexis N° 0003/008981.

Morales Lamberti, Alicia y **Novak**, Aldo "Instituciones de Derecho Ambiental", Ed. Lerner, Córdoba, 2005.

Norris, Ruth (Editora), "Manual de fondos ambientales del IPG: un cuaderno de consulta para el diseño y la operación de fondos ambientales", Pact Publications, México, 2000.

Ogas Mendes, Cintia, "Fondos para la reparación del medio ambiente. Daños provenientes de residuos industriales", 2004, fuente:

<http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/notaspublicadas/am041130-a.asp>

Oleas, Reyna y **Barragán**, Lourdes, "Los fondos ambientales como práctica de conservación y desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe", Diagnóstico de conjunto de RedLAC, 2003, fuente:

<http://www.redlac.org/spanish/documentos.asp>

Peña Chacón, Mario, "Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente" Revista Electrónica "Medio Ambiente y Derecho", ISSN 1.576-3.196, n° 12-13, 2005.

Pérez Araujo, Ramona, "Participación pública en la Gestión Ambiental", 1ra Jornada de Derecho y Gestión Ambiental, Santo Domingo, 2004.

Sabsay, Daniel y **Di Paola**, Ma. Eugenia, "El daño Ambiental Colectivo y la Nueva Ley General del Ambiente", Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. La Ley, Buenos Aires, 2003.

Sánchez Sáez, Antonio J., "La *restitutio in pristinum* como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", Revista Electrónica "Medio Ambiente y Derecho", ISSN 1.576-3.196, n° 3, 30 páginas, 1999.

Tolmos, Raúl A., “Desafíos y propuestas para la implementación más efectiva de instrumentos económicos en la gestión ambiental de América Latina y el Caribe: el caso de Perú”, CEPAL – Serie Medio Ambiente y Desarrollo, Chile, 2004.

Torrecilla, Victorio Arístides, “Régimen del Fideicomiso Público”, Centro de Estudios Socio Económicos Nacionales y Regionales Lisandro de la Torre, Política Económica, fuente:

<http://www.demoprogresista.org.ar/centrolisandro/fideicomisopublico.doc>.

Valls, Claudia, “La responsabilidad por daños y perjuicios ambientales”, JA 2005-IV-1420.

Valls, Mariana, “Derecho Ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

- “Una luz en el camino...los instrumentos económicos para la protección del ambiente”, JA 2002-III-1067.

Valls, Mariana y **Bril** Rossana, “Prevención y compensación frente al daño ambiental – El seguro ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1998.

Vargas Pimentel, César, “La Reparación por daños ambientales”, Instituto de Derecho Ambiental de la República Dominicana, 2005, fuente:

<http://www.idard.org.do/capacitacion/1erDiplomado/Docu/LaReparacion.pdf>

Varios, “La responsabilidad jurídica en el daño ambiental”, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1998.

Textos Legales

Constitución Nacional Argentina

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río, 1992)

Ley General del Ambiente (L. 25675)