

Comisión N° 4. Derecho de Daños: Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil.-

Título: La vulneración a la función preventiva por falta de implementación del art. 22 y 34 de la ley 25.675, desde la perspectiva a la afectación de bienes individuales y colectivos por actividades riesgosas.-

Autor: María Carolina GATTO. Profesora adjunta “Contratos Civiles y Comerciales” en la Universidad de Buenos Aires (Cátedra Weingarten). Profesora adjunta “Responsabilidad Civil. Daños” en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Cátedra Weingarten). Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Contratos (Universidad de Salamanca, España). Especialista en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires).-

Sumario: 1) Introducción.- 2) Función preventiva, resarcitoria y punitiva.- 3) Las actividades riesgosas en su faceta preventiva.- 4) Si recomponer resulta complejo, ¿Cómo asegurar la prevención? Análisis de los artículos 22 y 34 de la Ley General del Ambiente.- 5) Conclusiones.-

1. Introducción.-

Enmarcaremos el presente trabajo, dentro de la función preventiva del derecho, por daños causados al ambiente y su repercusión en los derechos individuales de las personas y los bienes colectivos, en conjunto con la normativa del Código Civil y Comercial (CCC), arts. 1710 en adelante, y el resto del ordenamiento jurídico, remarcando la dificultad de llevar adelante la función resarcitoria cuando el daño ambiental está consumado, sin un sistema económico organizado de prevención y recomposición.

Veremos como la función preventiva, es la principal protagonista en materia ambiental, por encima de la función resarcitoria. Se propone organizar un sistema de instrumentos económicos que sirvan no solo para el financiamiento de la recomposición por daños ambientales (individuales y colectivos), sino también para generar políticas de prevención.

Analizaremos en consecuencia, el campo de la función preventiva y resarcitoria, teniendo en consideración las características del daño ambiental al cual nos enfrentamos, para concluir en la necesidad de efectivizar un sistema conjunto de remediación y prevención creado por ley pero no implementado.

2. Función preventiva, resarcitoria y punitiva.-

En materia de responsabilidad civil, las funciones del sistema de daños son indiscutiblemente dos: la preventiva y la resarcitoria. La función punitiva, no fue receptada en el CCCN, no obstante encontrarse plenamente vigente en la Ley de Defensa al Consumidor.

Ante el riesgo de daño ambiental por alguna actividad, juega un papel fundamental la función preventiva a la hora de evitar causar daños al ambiente; tiene un papel importante la función resarcitoria, tanto para indemnizar daños individuales como para recomponer el ambiente, una vez que el daño está consumado.

La función preventiva, impone que se ataquen las fuentes de polución en sus propias causas, en momento previo al origen del daño¹. El art. 4 de la Ley General del Ambiente establece que *“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”*.

La principal dificultad que encuentra la función resarcitoria es en este tipo de daño atento su magnitud, es financiera, tanto para: i) la recomposición y/o indemnizaciones por daños colectivos, ii) así como para los resarcimientos individuales. Recordemos que ambos son dos caras de una misma moneda, el daño ambiental.

Por lo expresado en el último párrafo es que toma principal relevancia la prevención en la generación de daños, o agravamiento de los ya causados². Así se ha expresado la comunidad internacional en la Declaración de Rio de Janeiro³, al introducir el principio precautorio, que inclina a tomar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente cuando haya peligro de daño grave e irreversible⁴. Si bien existe una diferencia entre la idea de “prevención” y “precaución” en cuanto a la existencia o no de certeza científica sobre el origen del riesgo, a los fines prácticos ambos tienen un mismo fin: evitar que el daño se cause.

¹ SEGUI, Adela, Derecho ambiental y daño, “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental”, P. 115, Editorial La Ley, Director Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires.

² Art. 1710 del CCCN.

³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 3 al 14 de junio de 1992.

⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 3 al 14 de junio de 1992. PRINCIPIO 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán 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 deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

En lo que respecta a la función punitiva, el vínculo entre el Derecho de Consumo y el Derecho Ambiental no tiene hoy día discusión alguna. El sistema de producción de bienes y servicios ha llevado a las personas a una sociedad de consumo irresponsable, donde la posesión de bienes útiles e inútiles se convirtió en una necesidad primaria.

En el proceso de elaboración de productos, o proyección de servicios, el proveedor tiene dos alternativas: internalizar los costos empresarios, haciéndose cargo de un uso responsable y adecuado de los recursos, o trasladarlos a la salud del ambiente y de las personas, con una utilización no sustentable e insalubre.

Cuando la práctica del empresario es el traslado de costos, la utilización de la función punitiva resulta necesaria para disuadir estas conductas, encontrándose en la práctica como una herramienta sumamente necesaria⁵.

Así podemos observar como dentro de la función preventiva, se reconoce a la función punitiva como una herramienta de prevención, al establecer el CCC en el art. 1714 que *"...la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto"*. El límite a la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas es un reconocimiento tácito dentro del sistema de prevención de daños.

Un fallo a destacar en relación a lo afirmado en el párrafo anterior dice: *"En este sentido, recuerda Florencia Nallar que: "...basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Dicho en otros términos, pues no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Por eso, es suficiente una antifuncionalidad genérica en la manera de desenvolver la actividad en que se origina el perjuicio."* (*"La prueba de los daños punitivos"*, publicado en: LLNOA2011 (abril), 252). *Tal situación, se verifica en autos, ya que sólo una injustificada desconsideración hacia el ambiente y los pobladores de Chacabuco por parte de la demandada, pudo llevar a los accionantes a la necesidad de reclamar judicialmente el cese y recomposición del daño*

⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 3 al 14 de junio de 1992. PRINCIPIO 16: 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, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

ambiental... Por ello, encuentro procedente la aplicación de una sanción pecuniaria a la demandada, cuyo importe, evaluando la gravedad del prolongado incumplimiento y las circunstancias del caso, creo que ha sido justamente fijado”⁶.

La prevención, en materia de consumo y ambiente también está plasmada y reconocida en la Constitución Nacional, art. 42 último párrafo⁷, 41 y 43.

En esta línea de pensamiento, la prevención de los daños ambientales individuales y colectivos encuentra regulación normativa tanto en normas de derecho público como privado.

3. Las actividades riesgosas en su faceta preventiva.-

Debemos decir, que la función preventiva opera como protagonista en el esquema de responsabilidad, teniendo en cuenta que el alcance de ciertos daños pueden llegar a ser incommensurables.

La unión europea en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental, en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales tiene dicho que: *“No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales”*.

Podemos ver, que si bien la norma referenciada en el párrafo anterior reconoce al mecanismo de la responsabilidad como una herramienta de reparación, *lo hace solo en el caso de que pueda identificarse al sujeto contaminante y sus consecuencias*, por lo que queda en manifiesto que ***los daños ambientales exceden cualquier mecanismo de responsabilidad existente, traspasando las fronteras de lo conocido***, ya que *no es* un instrumento adecuado

⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín , “Décima Julia Graciela y otros c/ Productos de Maiz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios”, 16/11/2015, Cita: MJ-JU-M-95682-AR | MJJ95682 | MJJ95682

⁷ Art. 42 CN: “...La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

para abordar la contaminación extendida y difusa, la que lamentablemente abarca a la mayoría de los casos.

Por lo expuesto hasta aquí, es notable que la función preventiva del derecho de daños tome las riendas en materia ambiental, y deslice su protagonismo a lo largo del análisis de este trabajo.

Así, el Dr. Eugenio Llamas Pombo⁸, sostiene que *“Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente⁹ desde el punto de vista económico¹⁰. Es bien sabido que el objetivo central del análisis económico del Derecho de daños es la reducción al mínimo del “coste de los accidentes”¹¹, o sea, la suma total de los recursos empleados en prevenir y resarcir los perjuicios. Un importante esbozo teórico en la búsqueda de un camino conducente a lograr ese objetivo ha venido siendo la definición de un concepto económico de negligencia, que permita optimizar el coste total de las indemnizaciones, a base de mantenerlo en un nivel no inferior a los costes de prevención (lo que sería un derroche de recursos preventivos) ni superior a éstos (en cuyo caso resulta más caro “curar que prevenir”). Si bien se mira, tal es el sentido último de la famosa fórmula Learned Hand¹². Pues bien, la aplicación de tales criterios económicos demuestran por sí*

⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”.

⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños” citando a Vid. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

¹⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños” citando a DÍEZ-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del homo economicus: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (Derecho de Daños, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 48).

¹¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, citando a CALABRESI, por utilizar la archiconocida expresión, El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la Responsabilidad Civil, trad. esp. BISBAL MÉNDEZ, Ariel, Barcelona, 1984. Vid. también SCHÄFER-OTT, Manual de Análisis Económico del Derecho, trad. esp. VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 98 y ss.

¹² LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, citando a CALABRESI: La archiconocida fórmula del juez Learned Hand aparece citada y explicada por doquier, por lo que basta aquí remitir a POSNER, Economic Analysis of Law, 4ª ed. Boston-Toronto-London, 1992, págs. 147 y ss.; SCHÄFER-OTT, op. cit., págs. 109 y ss.; PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en A.D.C., 1981, págs. 654 y ss.; GÓMEZ Y PASTOR, “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, en A.D.C., 1990, págs. 495 y ss. SALVADOR-CASTIÑEIRA, op. cit., págs. 133 y ss.; DE

mismos que todo lo que sea “no invertir lo suficiente en prevenir” acaba resultando más costoso a la larga”.

Por lo tanto, si estamos en presencia de daños que generan altísimos costos y que son difícilmente reparables, prevenir y utilizar los instrumentos económicos a tal efecto, es la herramienta inteligente para combatirlo y evitarlo.

Recordemos que los daños ambientales son bifásicos. Reflejan consecuencias tanto sobre las personas como sobre el ambiente como bien colectivo, aplicando en consecuencia las normas referidas al riesgo o vicio de las cosas y actividades riesgosas, en conjunto con los arts. 10, 11, 14, 240, 1757/8, 1973 CCC, art. 41 CN, y art. 28 y sgtes. de la Ley General del Ambiente 25.675 LGA.

Asimismo, por derivar las actividades en relaciones de consumo aplica la ley 24.240 y en su faz preventiva como ya vimos lo arts. 1710 y siguientes del CCC.

Estas normas, conforman el sistema objetivo básico de responsabilidad en materia de daño ambiental.

La responsabilidad por daños ambientales, genera prioritariamente la obligación de recomponer¹³. Cuando esto no es posible, se deben fijar indemnizaciones sustitutivas, con montos a desembolsar considerablemente altos, atento la magnitud de los daños, lo que enfrenta dos problemas: la solvencia del agente dañador y el modo de administrar el resarcimiento.

Es indispensable buscar soluciones innovadoras, que permitan tener solvencia a los agentes dañadores en resguardo.

4. Si recomponer resulta complejo, ¿Cómo asegurar la prevención? Análisis de los artículos 22 y 34 de la Ley General del Ambiente.-

Cuando la magnitud de determinada actividad riesgosa, sea posible generadora de daños colectivos (consumo- ambiente), superando los límites de lo previsible, y el mecanismo resarcitorio no cumpliría, de efectivizarse el daño, su objetivo; se requiere indefectiblemente tener en marcha un sistema dinámico de prevención, que no solo actúe

ANGEL YAGÜEZ, op. cit., págs. 68 y ss.; DÍEZPICAZO, Derecho de Daños, cit., págs. 210 y ss. Junto a dicha regla, se manejan otras variantes como la del cheapest cost avoider o el cheapest insurer. El fracaso teórico de dicha fórmula, tan sugestiva a primera vista, se pone de relieve de forma aplastante cuando se demuestra que el sujeto dañador, tras realizar sus cálculos, ha decidido que es económicamente “más eficiente” causar determinado daño que gastar en prevenirlo. Sobre todo si dicho daño afecta a derechos esenciales. Baste recordar el célebre caso del Ford Pinto en los EEUU.

¹³ Art. 41 de la CN.

dando legitimación para acciones preventivas, sino disuadiendo los comportamientos del sector generador.

La prevención de los daños ambientales requiere en primer lugar la internalización de los costos por parte de los agentes contaminantes y que los mismos aseguren su solvencia para responder en caso de causar perjuicios al ambiente.

Por parte del Estado, se requiere la implementación de los fondos de compensación ambiental (art. 34 LGA) como destinatario final de los instrumentos económicos ambientales, mediante la implementación de los mismos en políticas preventivas y de saneamiento.

La función del Estado en el desarrollo de políticas preventivas para evitar y disuadir la causación de daños realizados por las personas humanas y jurídicas, que realizan actividades riesgosas, se ve vulnerada por la falta de implementación de los arts. 22 y 34 de la Ley General del Ambiente y en consecuencia la ausencia de financiamiento a un sistema de fondos ambientales que no fue reglamentado.

Se requiere que la solvencia económica de los agentes riesgosos, garantice no solo la recomposición o indemnización de daños colectivos, sino también la reparación plena de daños individuales causados a las personas. Dejar de trasladar los costos al ambiente y a los seres humanos.

El artículo 22 apunta a que las empresas generadoras de actividades riesgosas tengan solvencia suficiente para enfrentar posibles recomposiciones o indemnizaciones sustitutivas, a través de: i) la contratación de un seguro, o ii) la creación de un fondo de restauración.

Aquellas personas que realicen actividades riesgosas, deberán contratar *un seguro de cobertura con entidad suficiente* para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; y según el caso y las posibilidades, *podrá integrar un fondo de restauración ambiental* que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

La autorización para la conformación de “fondos de restauración”, es una idea que no se encuentra desarrollada en la práctica, y que a la letra del artículo en análisis es bastante abierto a interpretación (ej. Fideicomisos de garantía).

Nada impide entonces, que las personas que realizan actividades riesgosas, a través de la autorización que otorga la última parte del art. 22, puedan contratar un seguro ambiental, o bien destinar ciertos activos para la conformación de negocios, cuya rentabilidad sea aplicada a una reserva económica para solventar futuras acciones de recomposición ambiental o afrontar las indemnizaciones sustitutivas (sin la necesidad de contratar un seguro).

Deberían presentar proyectos de inversión, para que sean aprobados y al mismo tiempo controlados por el Ministerio de Ambiente.

No podemos seguir viendo al seguro ambiental como la única solución. Sería muy difícil para las empresas pagar una prima que cubra todos los riesgos ambientales. La realidad es que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos han implementado la obligatoriedad de contratar seguros que cubran los daños ambientales como pólizas independientes de las de responsabilidad civil genéricas, pero la implementación de estos seguros suele ser deficiente y no llega a cumplir su cometido ya que el costo- beneficio es demasiado elevado para hacerlo como corresponde.

Tampoco se puede poner en cabeza de las aseguradoras la remediación ambiental como actualmente ocurre, ya que resulta completamente incompatible con el fin económico que persigue el contrato de seguro. La función de remediación debe recaer en los fondos de compensación ambiental.

No hay que confundir la autorización que tienen las empresas de crear un fondo de restauración ambiental, con el fondo de compensación creado (pero no implementado) por el art. 34 de la ley 25.675.

El producido del art. 22 es la herramienta de solvencia de las empresas y garantía para el ambiente, debiendo tener un destino final, el cual a mi criterio debería ser el fondo de composición del art. 34, el destinatario final de la ejecución de las garantías exigidas por el art. 22 y el recaudador del resto de los instrumentos económicos del Derecho Ambiental.

Entiéndase por ambiente una concepción amplia del mismo, compuesto no solo por *el medio*, sino también por *los seres humanos*, ambos lo conforman en idéntica medida.

Ninguno de los instrumentos económicos ambientales (sanciones económicas administrativas, indemnizaciones derivadas de los seguros y fondos de restauración), sirve para mitigar o prevenir los daños ambientales de manera aislada, porque justamente al no haber unidad, se diluyen. De hecho, ningún instrumento económico en forma aislada es la solución financiera que el derecho ambiental necesita.

Debemos implementar el fondo de compensación ambiental del art. 34 de la Ley General del Ambiente, quien deberá administrar de manera homogénea los distintos instrumentos económicos mencionados, para que su productividad genere mayores beneficios principalmente en la faz preventiva, y, en caso de que el daño se genere, pueda actuar como recompositor.

El principal problema que enfrenta la prevención y recomposición del daño ambiental es financiero, ya que resulta excesivamente oneroso por sus características.

5. Conclusiones de la ponencia.-

- 1) El vínculo “consumo-ambiente”, habilita la utilización de las sanciones punitivas en la etapa preventiva del daño, en un todo de acuerdo con la ley 24.240 y arts. 1714 y 1715 del CCC.
- 2) La función preventiva del daño ambiental debe provenir principalmente del Estado, implementando el fondo de compensación ambiental art. 34 ley 25.675; promoviendo la internalización de los costos empresarios en las actividades riesgosas y recaudando las garantías financieras del art. 22., asegurando también la reparación plena de los daños individuales y colectivos.