

SERVICIOS AMBIENTALES: NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN Y DIFICULTADES DE SU VALORIZACIÓN

ALBA ESTHER DE BIANCHETTI¹

MARÍA LILIANA BONAFFINI²

Introducción

La definición general de servicios ambientales se refiere a los beneficios que el mundo natural suministra a las personas.

Estos beneficios son numerosos y variados, e incluyen servicios que mejoran la calidad de la tierra, el aire y el agua.

Los servicios ambientales ni se transforman ni se gastan en el proceso de utilización del consumidor, ésta es su característica principal que los distingue de los bienes ambientales, utilizados como insumos en los sistemas productivos, en cuyo proceso se transforman y se agotan. El paisaje, la polinización y el reciclado de nutrientes son ejemplos de servicio ambiental.³

Bajo esta perspectiva, se ha analizado la naturaleza de los servicios ambientales dentro de un marco jurídico, destacando también la importancia de la valorización de los mismos, así como la problemática que implica.

¹ Magister. Abogada. Profesora Adjunta por Concurso c/ Dedicación Exclusiva Cátedra “B” Derecho Agrario, de la Energía Minería y Ambiente, en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

² Contadora. Profesora de la Cátedra de Costos con Dedicación Exclusiva. Categ. V – Coordinadora del Instituto de Contabilidad de Costos y de Gestión – Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional del Nordeste. El presente trabajo integra el Proyecto de Investigación Acreditado ante la Secretaría General de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional del Nordeste, denominado “Perspectivas de los recursos forestales de Corrientes y su desarrollo sustentable”.

³ www.ambiente.gov.ar Pablo Martínez de Anguita. “Pagos por servicios Ambientales”. (Fecha de la consulta: 09-03-2011).

En la actualidad, la precisión con que deben estimarse los costos ambientales, resulta cada vez más necesaria, no sólo debido a las normas legales que rigen al respecto, sino también por la responsabilidad social empresaria que implica, en el marco del desarrollo sustentable.

Las empresas usan, para desarrollar actividades de producción y distribución, variados recursos, tales como: factores de producción (recursos humanos y naturales, servicios intermedio y bienes de capital); éstos son susceptibles de valoración mediante un precio (maquinarias, mano de obra, etc.). Pero otros, como los bienes ambientales, carecen de un precio determinado o, si lo tienen, se trata de una valoración a corto plazo. Por ende, no tienen en cuenta el agotamiento a que están expuestos a mediano o largo plazo, si se continúa con la explotación.

Se consideraron dos aspectos relevantes respecto a los servicios ambientales:

En primer término, un abordaje al marco jurídico con el objeto de dar respuesta a los siguientes interrogantes: *¿Qué es un servicio ambiental? ¿Por qué se pagan los servicios ambientales del bosque nativo, si ninguna restricción se retribuye o paga? ¿Qué es un sistema de Pago por Servicio Ambiental o PSA?*

En segundo lugar, se analizaron *el valor económico a otorgar a los mismos*, teniendo en cuenta que el mercado de bienes y servicios no refleja el verdadero valor de los recursos empleados en la producción, al no contemplar el valor del medio ambiente, dando lugar a que los costos externos en los que se incurre en el proceso productivo, no estén reflejados en los precios finales, surgiendo así el concepto de *externalidades*, para las cuales existen numerosos procedimientos de valoración. Cabe destacar, que mientras más exacta resulte la estimación de los costos y beneficios, se trabajará con mayor certeza acerca de la posibilidad de llevar a cabo un proyecto. Y si los servicios ambientales, no forman parte del emprendimiento productivo, *¿cómo valorizar su perdurabilidad? O ¿Quiénes deben asumir esos costos?*

La metodología utilizada en este trabajo ha sido de tipo bibliográfica, desde el punto de vista instrumental, ya que se analizaron leyes y documentación sobre el tema en cuestión, y por otra parte, es de diseño descriptivo, ya que

persiguió como objetivo describir un conjunto homogéneo de fenómenos utilizando criterios sistemáticos, que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento.

Marco legal de los Servicios Ambientales

En la Argentina, la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26.331 en su artículo 5° establece: *“Considéranse Servicios Ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos”*.

Queda claro que el concepto ingresa –en la Argentina– al corpus normativo, de la mano de los bosques nativos y conviene entonces señalar que no sólo éstos, son capaces de brindar servicios ambientales a la sociedad.

En el blog de Fernando Flores (2006) se menciona que desde el punto de vista económico, los servicios ambientales son externalidades positivas generadas por actividades de producción agrícola y forestal sustentable para la protección y conservación de la biodiversidad y los recursos naturales.⁴

Cuando hacemos referencia a las utilidades que la naturaleza provee, estamos en el marco de una visión económica; y desde esa mirada se reconoce que la naturaleza ofrece algo más que el paisaje; es hábitat de la biodiversidad –un valor sustancial– y hay personas que están dispuestas voluntariamente a pagar por ello (por ejemplo el ecoturismo rural).

Volviendo al texto de la Ley 26.331 tenemos que se mencionan –algunos– de los servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad y que por ende podrán abonarse y que los enunciaremos en detalle más adelante.

La norma que se comenta, dispuso –previamente– la realización obligatoria del ordenamiento territorial de los bosques nativos, en cada jurisdicción

⁴ Ver: www.fernandoflores.cl/node/1588 (fecha de consulta 4/5/2010)

provincial, a fin de clasificar los bosques en tres categorías: *Categoría I* (rojo)⁵ *Categoría II* (amarillo) y *Categoría III* (verde).⁶

Asimismo, la misma ley dispone en su Capítulo 11, la creación de un Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos. Además de regular cómo se compondrá el Fondo, establece que anualmente se distribuirá el mismo entre las jurisdicciones que tengan aprobado por ley provincial su Ordenamiento de Bosques Nativos.⁷

La Nación había establecido el plazo de un (1) año para que las provincias realicen el ordenamiento territorial de bosques. Si no lo hacían, la consecuencia es que no se podían autorizar nuevos desmontes. Una vez que las Provincias aprobaran por ley su ordenamiento territorial de bosques nativos, debían remitir a la Autoridad Nacional copia certificada de la ley de aprobación del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos (OTBN) y de su publicación, conjuntamente con la información cartográfica que permita visualizar las tres categorías de conservación.

Para distribuir los fondos previstos por la Nación, se tendrá en cuenta el porcentaje de bosques nativos declarado por cada jurisdicción, la relación existente en cada territorio provincial, entre su superficie total y la de sus bosques nativos y las categorías de conservación declaradas, correspondiendo un mayor monto por hectárea a la Categoría I, que a la Categoría II.

⁵ Categoría I (rojo): sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse. Incluirá áreas que por sus ubicaciones relativas a reservas, su valor de conectividad, la presencia de valores biológicos sobresalientes y/o la protección de cuencas que ejercen, ameritan su persistencia como bosque a perpetuidad, aunque estos sectores puedan ser hábitat de comunidades indígenas y ser objeto de investigación científica. (Art. 9 – Ley 26.331).

⁶ Categoría II (amarillo): sectores de mediano valor de conservación, que pueden estar degradados pero que a juicio de la autoridad de aplicación jurisdiccional con la implementación de actividades de restauración pueden tener un valor alto de conservación y que podrán ser sometidos a los siguientes usos: aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica. (Art. 9 – Ley 26.331)

Categoría III (verde): sectores de bajo valor de conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad aunque dentro de los criterios de la presente ley. (Art. 9 – Ley 26.331).

⁷ Ley N° 5974 de la Provincia de Corrientes, aprueba el Ordenamiento Territorial de sus Bosques Nativos.

En lo que refiere a la aplicación del fondo acordado a las jurisdicciones provinciales, se dispone que: el 70% se destinará para *compensar* a los titulares de las tierras en cuya superficie se conservan bosques nativos, sean públicos o privados, de acuerdo a la Categoría de conservación. El 30% restante las provincias los destinarán a desarrollar y mantener una red de monitoreo y sistemas de información de los bosques nativos, así como implementación de programas de asistencia técnica y financiera para propender a la sustentabilidad de pequeños productores y/o comunidades indígenas.

Ese beneficio consistirá en un aporte no reintegrable, a ser abonado por hectárea y por año, de acuerdo a la categorización, generando la obligación en los titulares de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos, que deberá ser aprobado en cada caso por la Autoridad de Aplicación provincial respectiva. El beneficio será renovable anualmente sin límite de períodos.

La consagración de la posibilidad de pago de los servicios ambientales, trajo aparejado críticas variadas: desde el inconformismo del propietario de bosques nativos comprendido en zona roja o amarilla —que ahora debe conservar— y considera que tal obligación deriva en una importante desvalorización económica de su propiedad, hasta otros cuya disconformidad se relaciona con el interrogante de cuál sería el fundamento para el pago de una compensación, dado que en general, las restricciones al dominio no se pagan.

En función de ello, se han desarrollado algunos aspectos —sin agotar el análisis— a fin de dejar planteados más interrogantes que afirmaciones, cuyo objetivo primordial es que al menos motiven la profundización del tema.

Así, el primer interrogante que se ha formulado es:

¿Es inconstitucional la prohibición de cambiar el uso del suelo con bosques nativos, ordenada por Ley 26.331 para las categorías consideradas de alto valor de conservación? Esta sería la restricción al dominio privado.

En este caso se podría sostener: que al ser los bosques nativos, susceptibles de apropiación — pública o privada — está protegido por la garantía

constitucional del derecho de propiedad, que no puede verse perturbado en sus caracteres esenciales.⁸

La Constitución declara que el –derecho de propiedad– es inviolable. Ahora bien; ¿Eso significa que el Estado nada puede limitar o restringir? Está claro que el Estado puede hacerlo y este criterio ha sido fundamentado reiteradamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De ello, ya podríamos adelantar que la disposición en cuestión, no es inconstitucional.

El Código Civil al perfilar el derecho de propiedad, lo había hecho en los términos más absolutos. Luego con la evolución del criterio y la incorporación de la función social de la propiedad, se admitió que la misma se ejercerá conforme a las leyes que regulan su ejercicio.⁹

La norma de fondo regula, además, el modo en que se ha de ejercer el derecho de propiedad, es decir: la manera, la forma, mecanismos, los procedimientos a fin de usar, gozar y disponer la propiedad, que no es otra cosa que el ejercicio de las facultades que conforman el derecho de dominio.

El *uso* es la facultad que consiste en servirse de una cosa según su propia naturaleza y las leyes pueden regular las formas de ese uso.

Se puede regular también cómo se perciben los frutos naturales o civiles de la propiedad, que hace al contenido de la facultad de *goce*.

⁸ “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...” Constitución Nacional.

⁹ Ver Franza Jorge Atilio, Tratado de Derecho Ambiental, Ediciones Juridicas, Bs As, 2005, pág 451 afirma: “...vemos como el derecho de propiedad no es absoluto, es decir, no debe ser usado de forma tal que degrade la naturaleza o el medio ambiente, y tampoco debe ir contra la idea de desarrollo sustentable” o cuando dice: “...en caso de colisión entre el derecho de propiedad y el derecho a un ambiente sano, ambos consagrados por la Constitución, debe prevalecer el derecho al ambiente como derecho humano que interesa a la salud, ingrediente insoslayable de la calidad de vida, objetivo fundamental de la bioética y del desarrollo sustentable”.

También el legislador puede regular el modo cómo un particular dispone física o jurídicamente de su propiedad. Es decir, normar la facultad de determinación que el propietario posee (quemadas controladas, sacrificio de animales, etc.). Queda claro –entonces– que el Código Civil autoriza a imponer a la propiedad limitaciones –en general– derivadas de su función social.¹⁰

Dromi, afirma que “las limitaciones a la propiedad privada son una exigencia de la solidaridad social, que se imponen como reglamentación legal a su ejercicio”¹¹

Ahora bien, si estas limitaciones u obligaciones derivadas de la función social o ambiental de la propiedad no son inconstitucionales: ¿deben indemnizarse? ¿qué alcance tendría esa compensación económica?

Marienhoff, aclara que “las limitaciones a la propiedad privada en interés público son el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social”.¹²

Este autor, distingue conceptualmente a las limitaciones (de contenido amplio, sería el género) de las restricciones (de contenido limitado, sería la especie), importando las primeras un “sacrificio” para el propietario y las segundas se impondrían por acto administrativo como inherente al régimen normal de la propiedad. La potestad para legislar respecto de ellas –continúa Marienhoff– sería de derecho privado (Codigo Civil) si son dispuestas en interés privado; pero si son impuestas en “interés público” se rigen por el derecho administrativo, sea éste provincial o nacional.¹³

¹⁰ “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo” Art. 2611 del Código Civil.

¹¹ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ª edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, pág 900.

¹² Marienhoff Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 21.

¹³ Marienhoff Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 26.

De ello, podríamos concluir provisoriamente, que la Ley 26.331 ha creado una limitación a la propiedad, en el interés público, estableciendo el legislador la prohibición de cambiar el uso del suelo, es decir: el propietario no puede desmontar los bosques nativos. No lo podrá hacer para generar otros usos agropecuarios, ni para bosques de producción. Puede usarlos y gozarlos según un aprovechamiento sustentable. Ya se mencionó que se trataría de una disposición válida, sin que ello implique una transgresión a nuestra Carta Magna.

Se sabe, por ende, que el derecho de propiedad en razón de su función social, puede ser limitado por ley. En el caso de los servicios ambientales, ello sería en razones de protección al ambiente y para beneficio de la humanidad. Estamos hablando de un derecho de tercera generación, un bien colectivo que amerita protección jurídica.¹⁴

Si la limitación no contemplara una indemnización o compensación al propietario, se podría afirmar que: ¿la disposición es inconstitucional?¹⁵

Si esas limitaciones u obligaciones se imponen derivadas de la función social de la propiedad, no son en principio; indemnizables, ni compensables. La evolución del concepto de propiedad hacia una idea de función social, implica que el derecho de propiedad debe ejercerse de modo que beneficie a la sociedad, o al menos no perjudique a nadie. En virtud de ello es que el legislador puede imponer esas limitaciones, restricciones u obligaciones.

En principio no puede considerarse que deban ser compensadas. Pensar lo contrario implicaría que todas las limitaciones deban serlo. Se compensa en el caso que alguien sufra un daño. Si la restricción llega al extremo, es decir cuando por razones de utilidad pública deba desapoderarse a un propietario, afectando el carácter de perpetuo del dominio, entonces sólo cabe la expropiación y éste daño, debe indemnizarse.

¹⁴ “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular” Artículo 2513 Código Civil (reforma Ley 17.711 incluye el sentido social de la propiedad al someterla a regulación legal).

¹⁵ “Nadie puede ser privado de su propiedad son por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización...” Artículo 2511 Código Civil.

Es necesario señalar, que las leyes que regulan el ejercicio del derecho de propiedad, no pueden afectar el mismo, en tanto derecho subjetivo. Es decir, no puede dejar al titular con el corpus del objeto del derecho y privarlo al mismo tiempo de ese derecho, arrancando de su esfera de control, el bien o su materialidad. En términos vulgares: no se puede privar al dueño de la cosa, aunque se le permita seguir siendo dueño, porque es inherente al dominio, que la cosa se encuentre sometida a la voluntad y acción de una persona. Recordemos que el bosque nativo —en la norma que estamos comentando— sigue sometido a la acción de su propietario. Lo que se condicione es como ha de usarlo y disfrutarlo, cuestiones que debe plasmar en un Plan de manejo.¹⁶

El límite de las leyes que regulan el ejercicio del derecho de propiedad, está en que éstas no pueden privar o despojar de un atributo o facultad esencial del mismo. Esos atributos o facultades —reiteramos— son la posesión, el derecho de usar y gozar de la propiedad. Jurídicamente, lo único impedido es la expoliación de un atributo o facultad esencial, no su mera regulación o limitación. Las limitaciones a la propiedad impuestas en interés público, inciden directamente sobre el carácter de *absoluto, exclusivo y perpetuo* de la propiedad enseña Dromi.¹⁷

De ello se deduce que si el legislador no priva de un atributo o facultad del derecho de propiedad; no está afectando a éste en su esencia, ni está imponiendo condiciones o tributos que impidan el libre ejercicio del mismo, tales disposiciones no serán inconstitucionales.

La Constitución establece un ámbito de tolerancia para el propietario. O sea que éste debe soportar cierto nivel de perjuicio en virtud de la función social de la propiedad. Pasado el umbral de tolerancia, el Estado debe indemnizar, tanto si lo priva del bien sobre el que recae el derecho de propiedad, o lo priva de un atributo o facultad esencial. Dromi refiere que estas restricciones al dominio traducen una tolerancia general que el propietario debe soportar,

¹⁶“El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Artículo 2506 del Código Civil.

¹⁷“...El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlos, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella...” Artículo 2510 del Código Civil.

todos la sufren, siendo una calidad jurídica de la propiedad, que implica los límites regulares y comunes del ejercicio del Derecho.¹⁸

Ahora bien: el hecho de prohibirle al propietario el cambio de uso del suelo con bosques nativos; ¿importa privarlo de su propiedad o de algún atributo o facultad esencial del dominio?

En principio se diría que no. Está claro que al propietario se le prohíbe sustituir el bosque nativo. No se lo priva de la propiedad, sigue siendo dueño. Tampoco se lo priva del bien sobre el cual recae: los bosques nativos. Éstos continúan materialmente en poder del propietario. Puede usar y gozar del bosque nativo, porque de hecho debe presentar un Plan de Manejo y Conservación. Puede realizar actividades de protección, mantenimiento, recolección y cualquier otra que no altere los atributos intrínsecos. Se puede realizar actividad turística respetuosa del bosque nativo.¹⁹

Los atributos o caracteres esenciales del derecho de propiedad, como derecho real, como lo son su perpetuidad y exclusividad —en principio— no se ven alterados por la limitación impuesta en virtud del alto valor de conservación del bosque nativo.

La prohibición de desmontar el bosque nativo, ¿afecta a alguno de estos caracteres? En primer lugar hay que reconocer que el propietario conserva la facultad de disponer, es decir vender el inmueble. Se dijo que no afecta ni a la exclusividad, ni a su carácter de perpetuo, por ende, los atributos del dominio no se ven afectados o alterados por la restricción de la norma que comentamos. El derecho sigue siendo perpetuo, en el sentido que no se extingue por no usarlo y sigue siendo exclusivo, con las facultades de repeler la interferencia de terceros. Se podría afirmar que la restricción incide sobre el carácter absoluto de la propiedad. Pero ya se vio que dicho carácter es siempre relativo y consti-

¹⁸ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ª edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, pág 901.

¹⁹ Dromi ob. cit., afirma que las restricciones son indemnizables, al ser una condición legal del ejercicio del derecho de propiedad, siendo también ejecutorias, es decir que el particular no tiene derecho a interponer acciones negatorias, siendo los límites la razonabilidad, integridad, legitimidad y competencia, aspectos todos que —en el caso de la Ley 26.331— parecen cumplimentados.

tucionalmente puede ser limitado por ley. Es decir que los atributos esenciales del dominio no se verían alterados con la prohibición de desmontar.²⁰

Siguiendo a Marienhoff se puede sostener que se trataría de una restricción administrativa que responde al interés público, proporcionando beneficios a la comunidad. Por tanto la restricción que venimos analizando, encuadraría en aquellos caracteres propios con que ese autor las perfila, tales como: son *generales* (porque la restricción rige para todos los propietarios en igualdad de condiciones. Son *actuales*, por constituir límites normales y permanentes de la propiedad. Son *constantas* porque existen mientras exista la propiedad. Son *ejecutorias* dado que la Administración Pública las hace efectiva directamente, con o sin auxilio de la fuerza pública. *No aparejan indemnización*, dado que no implican un sacrificio al derecho de propiedad.²¹

Y este último carácter señalado, constituye el aspecto controvertido, toda vez que la restricción de la Ley 26331, contempla una compensación económica. ¿Por qué se compensan o pagan los servicios ambientales del bosque nativo, si las restricciones no son –en principio– indemnizables?

Ya mencionamos que las facultades del dominio, tales como el uso, goce y disposición, no se verían afectados por la prohibición de la Ley 26.331. Naturalmente cabe la respuesta: que la facultad de usar el bosque nativo queda inalterada, ya que la restricción consiste en conservar el bosque. No puede estar sujeto a aprovechamiento forestal, entendiéndose por ello, la posibilidad de sustraer al bosque nativo del circuito económico; que de ingresar, habría que desmontar para vender la madera, o eventualmente para cambiar el uso del suelo, para fines agrícolas por ejemplo.

²⁰ Marienhoff Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 51: el autor afirma: “Tal es la “naturaleza jurídica” de las restricciones administrativas: representan condiciones normales del ejercicio del derecho de propiedad; constituyen una calidad jurídica general de todas las propiedades. Inciden sobre el carácter “absoluto” del dominio, pues sólo implican delimitación de sus contornos o límites, pero en modo alguno trasuntan lesión o agravio al derecho de propiedad, técnicamente, no constituyen un “sacrificio” para el propietario, quien, por tanto, no puede agravarse por el solo hecho de que la “restricción” sea impuesta”.

²¹ Marienhoff, Ob. Cit. Pag 61/62 y Dromi ob. cit pag 901.

¿Se impide al propietario gozar de la propiedad? Se deduce que no, por cuanto puede percibir los frutos, realizar recolección, actividades de protección, etc. Por ende, no se prohíbe la utilización racional, que permite aprovechar los frutos del bosque, sin alterar su sustancia.²²

Muchas leyes establecen limitaciones en virtud de la función social de la propiedad, sobre las cuales no existe obligación de indemnizar. Basta con pensar en todas las limitaciones a la propiedad urbana, leyes que establecen regulaciones en altura, tipo de edificación, limitaciones a la subdivisión de predios rústicos, regulaciones sanitarias con respecto a sacrificio de animales, control y prevención de plagas, infinidad de normas que tienen por objeto regular el modo de usar, gozar y disponer de una cosa y que no generan obligación de retribuir.²³

¿Por qué entonces la Ley 26.331 prevé compensación económica?

Se piensa que se trata de un incentivo económico para el propietario donde se generan esos servicios ambientales y a efectos de compensar los gastos de conservación, cuando deba realizar prácticas de buen manejo de su predio y a su vez orientar su conducta hacia parámetros sustentables. Cualquiera de los servicios ambientales que preste el bosque nativo –porque son varios– sean éstos tangibles o intangibles.

Walsh entiende que el propietario brinda a la sociedad en su conjunto, un servicio ambiental, que genera beneficios colectivos o “externalidades positivas”, que el resto de la sociedad disfruta gratuitamente. A diferencia del propietario de un predio urbano que tendría un interés muy directo en

²² Entiéndase por “recolección” a la actividad de colecta de todos aquellos bienes de uso derivados del bosque nativo, que puedan ser sosteniblemente extraídos en cantidades y formas que no alteren las funciones reproductivas básicas de la comunidad biótica. Art. 9 del Dto. 91/2009 – Reglamentación de la Ley 26.331.

²³ Confr: Código Civil Comentado y Anotado, Santos Cifuentes, Editorial La Ley, Tomo IV, Bs As. 2011, pág 580, cita Jurisprudencia que manifiesta que: “El derecho de propiedad no es absoluto. Ciertas limitaciones impuestas a su ejercicio, fundadas en exigencias de orden administrativo, aparecen como una necesidad exigidas por la convivencia social. Reglamentar o limitar el derecho de usar y disponer de la propiedad, conforme a lo que autoriza el art. 14 de la Constitución Nacional, es volverlo compatible con el derecho de los demás, cuyos intereses integran los superiores de la Comunidad...”

preservar su entorno, por cuanto esto incide en su patrimonio, dado que cualquier cambio negativo reduciría el valor de su propiedad, en la zona rural la costumbre individualista es muy fuerte en materia de propiedad, donde no hay costumbre jurídica de verse restringido u orientado en algún sentido. Es decir sensibilizar y educar al propietario a fin de que encare un nuevo enfoque de conservación y preservación del ambiente.²⁴

La compensación prevista por la Ley 26.331 no tiene obligación de ser devuelta, es decir que tendría el carácter de un verdadero subsidio. En el sector forestal hace años que las políticas utilizan los incentivos forestales para estimular la producción. Varios de esos incentivos revisten la calidad de subsidios. En general se utilizan los impuestos para las externalidades negativas y los incentivos para las externalidades positivas, como este caso.²⁵

Responde a la idea de equidad, el hecho de reconocer un beneficio, instrumentando un apoyo económico, a quienes con su actividad prestan beneficios colectivos como la conservación de la diversidad biológica por ejemplo. Es un instrumento financiero con destino a la conservación, a través del propietario; a la vez que se asegura la provisión de tales servicios ambientales que tienen interés colectivo, como por ejemplo la captura de carbono para disminuir los efectos del cambio climático. En muchas regiones el fundamento para compensar los servicios ambientales está previsto para favorecer a las poblaciones indígenas y orientar sus prácticas hacia parámetros sustentables.

El Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias establecido por la Organización Mundial del Comercio (OMC), especifica que existe subsidio *“cuando hay una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio”*. Se advierte que el concepto no se contrapone a lo prescripto en la Ley 26.331.

En el caso que nos ocupa, no se estaría estimulando la producción sino la conservación del bosque, por el servicio ambiental que él presta. Se podría sostener que así como a las externalidades negativas se les aplica el principio: “el

²⁴ Walsh Juan Rodrigo, El ordenamiento territorial como herramienta para el desarrollo sustentable, Colegio de Abogados de San Isidro, III Encuentro del FAOS, 2009.

²⁵ Baste mencionar Ley 13.373 – Ley 24.857 – Ley 25.080 entre otras.

que contamina, paga”, así también las externalidades positivas (servicios ambientales) son merecedoras de una compensación económica, sin obligación de devolver, pero “generando la obligación en los titulares de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos...”²⁶

La idea de retribuir para conservar la naturaleza tiene voces contradictorias. Las dificultades comienzan en primer lugar, en el caso de los recursos naturales que son del dominio público, donde los recursos son considerados bienes comunes, como el agua, el suelo, la fauna silvestre, los bosques naturales y no resulta claro que se deba compensación económica alguna. Resulta más aceptable cuando se trata de un propietario particular, la idea de compensar cierto sacrificio económico en función de una restricción que afecta a su inmueble. Quienes no están de acuerdo argumentan que los Pagos por Servicios Ambientales –PSA– son la mercantilización y privatización de servicios básicos, socavando valores culturales y éticos, principalmente entre las comunidades indígenas y campesinas.²⁷

Si hay que poner un precio a la naturaleza, porque se va convirtiendo en un bien escaso, se genera un mercado capitalista, que ocasiona dudas acerca de su efectividad en el sentido sustentable; toda vez que vemos que de un lado hay una autorización a seguir destruyendo bosques para aquel que compro “bonos verdes” pagando los servicios ambientales, a fin de seguir generando gases efecto invernadero y en ese caso donde no se plantea el cambio de paradigma del consumismo, simplemente se está generando un nuevo mercado de ganancias que no tienen que ver con un desarrollo sustentable.

Lo cierto es, que esta novedosa herramienta genera también adeptos, luego de tomar conciencia que el ambiente ha encontrado límites y que ciertos recursos pueden desaparecer, ante la necesidad de dar satisfacción a las necesidades humanas. Entonces el Pago por Servicios Ambientales –PSA– puede entenderse como una compensación por que se mantengan vivas esas exter-

²⁶ Artículo 35 de la Ley 26.331.

²⁷ <http://www.ecoportel.net/> La trampa de los servicios ambientales. Silvia Ribeiro (fecha consulta 18/06/2010) donde se afirma que “La venta de servicios ambientales se ha convertido en el nuevo paraguas conceptual para justificar la mercantilización y privatización de servicios y recursos básicos, socavando valores culturales y éticos, principalmente entre las comunidades indígenas y campesinas”.

nalidades positivas de la naturaleza. Es un beneficio económico, que servirá en tal caso para incentivar el interés del propietario, por mantener el buen estado de esos recursos y las funciones que cumple o tal vez ir conformando una cultura de conservación diferente a aquella meramente extractiva de la naturaleza. Al mismo tiempo se estaría dando una mínima atención al tema de la pobreza, mediante un subsidio y conocimiento para el manejo sustentable de los recursos a las poblaciones más carenciadas, pero que viven interactuando con el bosque nativo.

Recordemos que el Protocolo de Kyoto, a la vez que intentó poner límites para las emisiones de los países más contaminadores. Autorizó la posibilidad de comprar permisos de emisión por parte de los países altamente consumistas y desarrollados, compensando a los países que no tienen límites a cumplir por estar menos desarrollados, como varios de los países del cono Sur. También el Convenio de Biodiversidad en un plano estratégico, trata de imponer límites mínimos de conservación de la biodiversidad, recomendando la incorporación de instrumentos de mercado que permitan alcanzarlos.

¿Quién debe pagar los servicios ambientales?

En la Ley 26.331 es el Estado Nacional quien destinará las partidas para el pago de los servicios ambientales del bosque nativo. Si el Estado no tiene fondos como para subsidiar al particular, de manera que reconozca la rentabilidad del bosque nativo y que dicha suma iguale la posibilidad de sustitución; tendrá que habilitar alternativas para que el objetivo de la norma se cumpla.

El tema ha sido incluido –por ejemplo– en la agenda del Banco Mundial y desde sus publicaciones se promueve este tipo de medidas, incluso la financiación para las mismas.

Conviene aclarar que no solo las instituciones crediticias y los gobiernos pueden ser los que paguen los PSA. De hecho se está desarrollando la idea de que: quienes deben pagar, son los beneficiarios o usuarios del servicio ambiental. Pero ese es un tema que amerita un tratamiento específico, que no se abordará en el presente trabajo.

Resumiendo, los servicios ambientales los puede pagar el Estado, organismos ambientales o filantrópicos, los particulares beneficiados, es decir, unas varias alternativas posibles que responden a la cultura de cada sociedad.

¿Qué Servicios Ambientales se pagarían?

Actualmente, están reconocidos los servicios ambientales que se enuncian a continuación, en un esquema que no excluye otros beneficios ambientales que se definan posteriormente:

- A) *Regulación Hídrica*: los usuarios de agua potable cuenca abajo, pagan a los dueños de tierras cuenca arriba, para no deforestar y conservar la vegetación protectora de la cuenca que asegure provisión y calidad del agua.
- B) *Conservación de la biodiversidad*: Fundaciones protectoras pagan para que la población proteja y mantenga corredores biológicos o áreas protegidas.
- C) *Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero*: Es el más controversial de los PSA, en tanto empresas de cuantioso capital, pagan para que en algunos lugares se mantengan bosques o se foreste con árboles de rápido crecimiento a fin de que éstos fijen el carbono y liberen oxígeno.
- D) *Contribución a la diversificación y belleza del paisaje*: Es muy utilizada, por ejemplo las empresas de turismo pagan, para que la población rural, mantenga la fauna local para apreciación de un turismo respetuoso, como el avistaje de pájaros.

Dijimos que en nuestro país los PSA estarán a cargo del Estado. Sabemos que nuestra Argentina vive recurrentemente quebrantos macro-económicos y por ello no es casual que muchos opinen que este subsidio terminará desapareciendo por falta de financiación estatal. De hecho, los fondos asignados para el año 2010 y 2011 han sido significativamente inferiores a lo dispuesto inicialmente en la Ley 26.331.

Es por ello que se piensa que no es una mala política, que además de que el Estado integre ese Fondo para atender el PSA, defina otras medidas que

contribuyan a hacer cobrar conciencia a los propietarios del valor de recursos naturales y enseñen a éstos a aplicar las medidas tendientes a su perdurabilidad. Parafraseando aquel conocido proverbio que afirma: “Dadle pescado a un hambriento y comerá un día. Enseñadle a pescar y no tendrá más hambre”.

Así otras estrategias concomitantes a las actuales posibilidades, podrían ser: fortalecer los conocimientos de un desarrollo sustentable y el Pago por Servicios Ambientales se dará sólo si conserva la naturaleza, con la finalidad de que este subsidio instale la costumbre de convertirse en guardián de la naturaleza y sus externalidades positivas.

El valor de los servicios ambientales

La valorización de los servicios ambientales es también otra cuestión conflictiva desde el punto de vista del propietario, quien considera que en virtud de la restricción, su propiedad decrece inmediatamente su valor venal.

Muchos propietarios consideran la compensación fijada por la norma, tan mínima, que no contempla las pérdidas de oportunidad, ni la depreciación del precio del inmueble.

Amén de ello, una cuestión a ser resuelta y que provoca dificultades actualmente es: ¿Cómo acordarle valor a los bosques nativos?

La valorización de los servicios ambientales es una de las áreas más importantes y desarrolladas en economía biológica y ambiental, que tiene lugar en los últimos años.

Para valorar económicamente los servicios de los ecosistemas es necesario valorar sus funciones. Sin embargo, la suma de éstas no es igual al valor económico total, en consecuencia surge la necesidad de limitar el uso dado, en virtud de que existen ecosistemas no evaluables.

Los procesos de deterioro ambiental solo son computables en la medida en que entran en la esfera del valor (Tsa Koumagkos – 1999), es decir, cuando

se los incluye en el proceso de producción, y, en consecuencia, pueden ser computados, es decir, permiten un cálculo económico.

Con relación a la valorización de los servicios ambientales ya se han desarrollado diversas metodologías; tales como el análisis de costo-beneficio o establecer el valor intrínseco o el valor instrumental. Se puede tener en cuenta el valor de uso si están ligados los servicios a la utilización directa o indirecta o el valor de no uso, dado que se da la posibilidad de que muchos propietarios no utilizan sus recursos naturales por ser valiosos para ellos.

Sumando el valor de uso con el valor de no uso, obtenemos un valor económico total (VET). Podemos mencionar entonces que existen metodologías de valoración directa (establecen el valor de mercado), o indirecta (preferencias reveladas) u contingente (preferencias no declaradas). Pese a ello ninguna metodología de las mencionadas tiene aplicación generalizada o unánimemente aceptada.

Por ello, se debe distinguir entre:

- ❖ procesos “cuantitativos” de deterioro ambiental donde se reflejan el nivel de utilización de los recursos naturales (ej. utilización de materias primas).
- ❖ procesos “cualitativos” de deterioro ambiental que no pueden ser expresados a través de una cantidad.

En realidad, lo que se plantea es la naturaleza de lo que se está midiendo. Al respecto existen tres posturas:

- a) las propuestas que expresan en términos monetarios el patrimonio natural;
- b) las opiniones que señalan serias dificultades para efectuar dichas estimaciones, sosteniendo que las mismas derivan de limitaciones conceptuales de la teoría económica, planteando la necesidad de replantear su aparato operatorio.
- c) y un tercer grupo de estudio centrado en la investigación de la viabilidad de la utilización de indicadores económicos de diverso tipo (Tsa Koumagkosn – 1999).

No obstante, a pesar de las diferentes opiniones, hay consenso en que la política económica ambiental necesita indicadores económicos cualitativos especiales.

Un importante aspecto a tener en cuenta en la valoración de los servicios ambientales, reside no sólo en el aporte en sí que estos hacen a la calidad de vida, sino también las consecuencias económicas de su alteración. La tala de un bosque no solo disminuye su productividad y su diversidad biológica (además de otras variables), sino que además se generará un costo adicional por el calado necesario que deberá hacerse en los ríos donde se vierten estos sedimentos y los efectos que, con los años se producirá en la cuenca de dicho río.

Si bien la norma que venimos comentando parecería establecer un sistema que consista en establecer un valor por hectárea y ello multiplicar por las que se deban compensar a cada propietario. Dicha operatoria sería igualitaria, mas podría no ser equitativa en función de los servicios ambientales que se estén compensando. Parecería que no es igual la función hidrológica que cumple el bosque nativo, asegurando calidad y cantidad de agua que es un elemento vital; que la función de alojar la biodiversidad o la capacidad de fijación del carbono o la diversidad del paisaje. Más aun, si la compensación se tratara de una gratificación por lo que el propietario gaste para mantener el servicio ambiental, quienes no lo hagan no debieran ser compensados.

En ese sentido se requeriría la posibilidad de diferenciar los servicios ambientales en función de su relevancia. Esa es la tarea que resulta compleja y no encuentra todavía soluciones aceptables generalizadamente.

¿Qué es un sistema Pago por Servicios Ambientales o PSA?

El pago por servicios ambientales (PSA) es un mecanismo de compensación flexible, directo y adaptable, donde los proveedores de esos servicios reciben un pago por parte de los usuarios de los mismos.

Los PSA –normalmente– involucran la implantación de mecanismos de mercado para la compensación a los propietarios de tierras aguas arriba con

el fin de mantener o modificar un uso particular del suelo que afecta la disponibilidad y/o la calidad del recurso que se quiere conservar o gestionar.

Los esquemas de pago y compensaciones pueden ser directos a los beneficiarios (como lo previo la Ley 26.331) o a través de un fideicomiso (también previsto en la misma norma).

¿Es el sistema PSA un tipo de incentivo?

El término pago tiene una clara asociación monetaria y genera resistencia ideológica, aunque no siempre se traduzca en dinero, podría ser también mejoras de caminos o infraestructura o extensión rural, etc. El mecanismo de compensación puede consistir en un pago periódico (en la Ley 26.331 es anual) o bien el establecimiento de un fondo fiduciario integrado con los actores (proveedores, usuarios, etc.).

- A diferencia de los sistemas de incentivos, los sistemas PSA, se basan en una clara relación entre los usuarios y los proveedores de un servicio bien definido.²⁸
- La idea fundamental de los sistemas de PSA es crear un mercado para un servicio ambiental que habitualmente no tiene precio. El sistema parte de la identificación de agentes económicos responsables de la externalidad ambiental positiva, los “proveedores” del servicio, y de los agentes beneficiados o usuarios (DE HEK et al 2004).

Fundamentos del pago de esta compensación

Está bastante difundida la necesidad acerca de que el concepto de propiedad, sea redefinido a los tiempos en que vivimos, donde resulta evidente que la propiedad debe incorporar además de la función social, el concepto de “función ambiental” de la misma.

Cuando el concepto absoluto del derecho de propiedad evolucionó hacia el cumplimiento de una función social, era porque los bienes debían ser producti-

²⁸ www.ambiente.gov.ar

vos para el dueño y para la sociedad. Tierras improductivas eran consideradas antisociales. El concepto sigue evolucionando y actualmente, con un criterio holístico, se tiene en cuenta el sustrato biofísico y ecológico de la propiedad, a fin de que permita un goce individual y social. Es una visión sistémica como todo lo ambiental. En especial se trata de prevenir efectos indeseables para todos, por causa de un uso irracional. Para promover ese comportamiento amigable con la naturaleza, se buscan incentivos de diversa índole, entre los que figuran obviamente los económicos.²⁹

En varios países se reconoce la servidumbre forestal, que es una limitación al uso, goce o usufructo temporal o perpetua, impuesto sobre ciertas áreas de tierras con la autorización del propietario, con el fin de preservarla ecológicamente y recibir por ello beneficios de orden económico, ventajas fiscales, etc. Es evidente que la afectación de la propiedad en este caso es superior a la restricción que establece nuestra Ley 26.331. Las servidumbres –en general– se pagan.

Es indudable que el incentivo de recibir una compensación económica directa, en efectivo y sin obligación de devolver, es un estímulo más que interesante, cuyo objetivo ambiental es la consolidación de una cultura de conservación.

El artículo 36 del Dto. 91/09 dispone: "...que el Fondo podrá ser instrumentado mediante un Fideicomiso para su administración, a ser operado por la banca pública, cuyo objeto será el cumplimiento de las mandas de la ley y de su reglamentación. Hasta la efectiva instrumentación del Fideicomiso funcionará con asignaciones presupuestarias anuales".

²⁹ Zlata Drnas de Clément, "La conservación de los bosques nativos como condición indispensable de la preservación de la diversidad biológica", en Tutela Jurídica del Medio Ambiente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pág 81, se afirma: "Los costos de la pérdida de la diversidad biológica asumidos por la sociedad rara vez son evaluados, pero la evidencia sugiere que a menudo son mayores que los beneficios obtenidos a través de los cambios de los ecosistemas. Los impulsores de la pérdida de la diversidad biológica y los impulsores del cambio de los servicios de los ecosistemas o son permanentes, no hay ninguna prueba de que disminuyan en el transcurso del tiempo, o más a mentido, tienen cada vez mayor impacto".

El fundamento de tales compensaciones hay que buscarlo en la disponibilidad de ciertos bienes colectivos, pero cuya persistencia depende de acciones antrópicas individuales.

Desde la lógica económica, el argumento que fundamenta los PSA podría ser la siguiente: cuando los servicios ambientales ‘gratuitos’ escasean debido a la explotación, éstos adquieren un valor económico. Los usuarios externos del servicio podrían interesarse en compensar a los regentes locales de recursos para garantizar que los servicios necesarios sean suministrados en el futuro. Consiguientemente, si se efectúa dicha compensación, los proveedores locales del servicio recibirán un ingreso, por concepto de sus esfuerzos adicionales de protección. Reiteramos que los esquemas de pago pueden ser tratados por autogestión privada, por el Estado o alguna agencia que pague el servicio o a través de las certificaciones de bienes producidos sustentablemente.

Lo desarrollado hasta aquí, no agota el tema dado que quedan pendientes cuestiones que deberán resolverse en virtud de la aplicación de las normas comentadas y en la evaluación del desarrollo de su implementación.

Conclusión

Luego del análisis de las implicancias que tienen la naturaleza y la valorización de los servicios ambientales, parcialmente se ha podido concluir:

1. La conveniencia de incorporar a los procesos productivos, los costos que derivan de las externalidades; aunque por la complejidad que esto conlleva, requiere de avances científicos y tecnológicos para efectuar una medición adecuada, utilizando métodos de valoración razonables.

2. Es imprescindible que el Estado asuma el rol de preservación del medioambiente, a través de la aplicación de la legislación vigente, y su permanente revisión y control. Cumpliendo la consigna: “EL QUE CONTAMINA PAGA” e instalando un nuevo criterio: EL QUE CONSERVA SE BENEFICIA.

Se formularon también las siguientes recomendaciones:

- a) Es necesario que las universidades promuevan las investigaciones interdisciplinarias que permitan valorizar equitativamente los servicios ambientales.
- b) Es tarea de las universidades también, monitorear estos procesos, evaluar las experiencias, ofrecer soluciones aplicables, conjuntamente con la sociedad interesada en conservar sus recursos naturales valiosos.
- c) Hay que contar con un inventario de la situación de la propiedad en las áreas potencialmente destinatarias del PSA, sean públicas o privadas, para implementar eficientemente las mismas.
- d) En la actualidad, la oferta de los servicios ambientales es reconocida a nivel internacional, incorporando a ello la necesidad de asignarle un valor económico, no obstante ello, la determinación de ese valor es aún motivo de un debate intenso.

Bibliografía

- Código Civil, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 2010.
- Constitución Nacional Argentina, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 2005.
- BELLOTI MIRTA LILIANA, “Restricciones Administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico”, en Tutela Jurídica del Medio Ambiente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008.
- DE BIANCHETTI ALBA ESTHER, Aspectos Jurídicos de la Actividad Forestal, Ediciones Moglia S.R.L. Corrientes, 2003.
- DE HEK ET AL 2004 EN MARTÍNEZ ANGUIA, P. ET AL (2006) “Establecimiento de un mecanismo de pago por servicios ambientales sobre un soporte GIS en la Cuenca del Río Calan, Honduras” – *Revista Internacional de Ciencia y tecnología de la Información Geográfica*”.
- DROMI ROBERTO, Derecho Administrativo, 12ª edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009.
- GERENT JULIANA “Servidumbre forestal”, Viena 2005. La Contribución del Derecho Forestal – Ambiental al Desarrollo Sustentable en América Latina. Volumen 16 IUFRO.

- Ley 26.331 – B.O. de fecha 26/12/2007 y su Dto. Reglamentario 91/2009 – B.O. de fecha 16/02/2009.
- MARIENHOFF MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- MARTÍNEZ ANGUITA, P. ET AL (2006) “Establecimiento de un mecanismo de pago por servicios ambientales sobre un soporte GIS en la Cuenca del Rio Calan, Honduras” – Geo Focus (Artículos N° 7, p. 152-181).
- SAAVEDRA METHOL JUAN P., “Derecho Agrario Forestal”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999.
- RIBBERO SILVIA “La trampa de los servicios ambientales” <http://www.ecoportal.net/> (fecha consulta 18/06/2010).
- TSA KOUMAGKOS – 1999. Indicadores económicos para las cuentas nacionales. Inventarios y cuentas del Patrimonio Natural en América Latina y el Caribe. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. Santiago de Chile. 83-108.
- www.fernandoflores.cl/node/1588 (blog de Fernando flores: fecha de consulta 04/05/2010).
- ZLATA DRNAS DE CLÉMENT, “La conservación de los bosques nativos como condición indispensable de la preservación de la diversidad biológica”, en Tutela Jurídica del Medio Ambiente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008.