

El caso del seguro ambiental

Por Sebastián A. Bigorito (*)

La extendida coyuntura del seguro ambiental y su eterna resolución ha llevado a generar algunas confusiones de carácter conceptual que son la base de una serie de afirmaciones que se aproximan al absurdo, pero que sin embargo son invocadas frecuentemente para explicar el fracaso del “sistema de seguro ambiental” que hoy existe en el país.

La más renombrada de estas conjeturas es aquella que afirma —erróneamente— que la resistencia de las industrias a la contratación de los seguros ambientales es producto de una renuencia intrínseca de la industria hacia al instituto del seguro en sí mismo.

Este verdadero mito urbano ignora que la actividad empresarial a nivel local como global, tiene el histórico hábito de transferir todo riesgo que pueda ser transferido total o parcialmente, siendo por ello el sector productivo el principal demandante y consumidor tanto de seguros como de otros instrumentos financieros diseñados para la gestión efectiva de riesgos.

Si bajamos del escenario a esta mítica afirmación, cabe preguntarnos entonces, ¿por qué ha habido y sigue habiendo tanta crítica desde las entidades empresariales hacia el “sistema del seguro ambiental”?

Aquí aparece otra desafortunada afirmación mítica, que relata un escenario en donde las empresas evalúan el tema ambiental como un tema de baja prioridad dentro de las agendas empresariales, resultando por ello innecesario o indeseable todo gasto que se realice en materia ambiental.

Si tal afirmación economicista fuese el motivo por el cual los “seguros ambientales” quedan fuera de los presupuestos corporativos, resulta difícil explicar el contraste con la amplia adopción

—onerosas por cierto— de herramientas de gestión en materia de sustentabilidad, tales como sistemas de gestión ambiental en base a normas ISO o IRAM, sistemas de gestión de seguridad y salud ocupacional, auditorías de segunda y tercera parte, “due diligence” ambientales y sociales, análisis de ciclo de vida y huellas -footprints- reportes en base al estándar GRI, hasta certificaciones sectoriales como las del sector forestal o la industria del papel -FSC, PEFC o FCA- o del sector de agro-alimentos entre muchos otros.

Una primera diferencia es que el costo económico de estas herramientas ampliamente adoptadas por las empresas, son consideradas una inversión (y no un gasto) lisa y llanamente por la utilidad que las mismas tienen por sí mismas.

Por ello no necesitan de norma legal alguna para motivar su implementación, cosa que a todas luces no sucede con el “sistema de seguro ambiental” actual, que a pesar de no contar con atractivo alguno, tiene una cantidad de adherentes solo por la fuerza coercitiva que muy gentilmente diferentes autoridades le han otorgado, por medio de una entramada arquitectura normativa que le sirve de plataforma legal.

Antes de continuar voy a reducir el vocablo “sistema de seguro ambiental” al simple término de “caución aprobada” tanto por respeto intelectual al lector como para ahorrar espacio en la nota.

Otra realidad por la cual existe gran controversia respecto a la “caución aprobada”, es la gigantesca brecha entre el entramado normativo que las sustenta y las previsiones del Artículo 22 de la ley 25.675 y sobre todo, la vinculación entre este artículo y los artículos 27 y 28 de la citada norma.

El entramado normativo sobre el cual reposa la “caución aprobada” tiene innumerables contradicciones con la Ley General del Ambiente, tal como muchos abogados especialistas ya han escrito en profusos artículos y que no es necesario siquiera citar.

Pero incluso para un lego como quien escribe, resulta remarcable la “jibarización” que esta entramada normativa ha realizado respecto a la definición de Daño Ambiental consagrada en el artículo 27 de la LGA.

vo de carácter administrativo que hiciera efectiva la vigencia del instrumento. Al mismo tiempo se buscó dar respuesta a los mandatos promovidos en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que exigían la necesidad de contar con Seguros Ambientales de las actividades que pudiesen generar riesgos para el ambiente.

Ahora bien, la reglamentación del mentado instrumento no ha tenido por cierto un desarrollo pacífico en tanto surgieron normas cuya vigencia luego fueron suspendidas por la intervención de la justicia, en acciones promovidas con una aparente pero nunca probada finalidad ambiental. De igual forma, los instrumentos seleccionados para avanzar en los mecanismos de cobertura recibieron fuertes críticas provenientes de diversos sectores entre los que se encuentran el asegurador, las empresas, organismos de control, académicos e incluso muchas de las organizaciones ambientales, por

Ni la más trasnochada aventura interpretativa de lo que se pueda entender como “complementar presupuestos mínimos” puede resistir el abismo que existe entre el concepto de Daño de la LGA con la definición de Daño de este entramado normativo, una especie de traje a medida para el único producto que se encuentra hoy en el mercado.

Esto me lleva a una tercera realidad causal de la renuencia empresaria respecto a la “caución aprobada” y que se trata de las condiciones de este “producto en el mercado”.

Si hablamos de “producto” (la caución aprobada) nos referimos a una garantía financiera que por lo general es contratada por empresas que cuentan con mayor respaldo financiero que las propias emisoras de estas pólizas de “caución aprobada”, por lo cual su utilidad como herramienta de gestión de riesgo es cercana a cero.

Otro aspecto inexplicable del entramado normativo, es la necesaria vinculación jurídica que debe existir entre la compañía aseguradora y una empresa remediadora bajo el supuesto que la ausencia de este vínculo debilita la capacidad técnica que debería estar asociada a la caución ofrecida, según el entramado normativo de base.

Respecto a este tema, hay un ejemplo que me resulta espectacularmente gráfico para demostrar el absurdo de esta obligatoria asociación entre remediador y asegurador.

Trazando un paralelo respecto a los seguros por incendios, el asegurador debería tener entonces un convenio con los bomberos de la zona o contar con su propio cuartel, si aplicásemos la misma lógica del entramado normativo (plataforma de subsistencia de la “caución aprobada”).

Recordemos que la “caución aprobada” se trata de una garantía financiera para que en caso de producirse un daño, y que el causante del daño sea financieramente insolvente, exista disponibilidad de recursos económicos para que el mismo sea recompuesto o remediado. Es decir que el “producto” no necesita de pericia técnica ambiental asociada, sino solamente de respaldo financiero.

Terminado el capítulo del “producto”, pasemos a hablar de algunas características del

“mercado” en el cual opera la “caución aprobada”.

Ya he comentado que se trata de una herramienta que si no fuese obligatoria —gracias a su propio entramado normativo— no habría interesado alguno en priorizarla por encima de cualquier otra herramienta de gestión ambiental. Esto hace difícil hablar de mercado, pero obviemos por un rato esta condición.

Así y todo, estaríamos ante un imperfecto mercado monopólico, cuyo único “player” es además un perfecto formador del precios y por ende de las reglas de juego.

Tanto es así que cuando el Decreto Presidencial 1638/12 gozó de su efímera vigencia, los valores de las pólizas habían bajado hasta un 50% producto de la incipiente competencia que comenzaba a surgir, pero que por el desinterés de una ONG en defensa del ambiente y otros intereses difusos (muy difusos), dicho Decreto Presidencial fue trabado por una medida cautelar, y con ello se vio trabada también alguna esperanza de solución, al menos sub-optimal, de esta historia que parece no tener fin.

Reconozco que la solución de fondo requiere a mi modesto entender, de un debate transparente y amplio respecto de un sistema de instrumentos financieros que ayuden a gestionar y minimizar los riesgos al ambiente. Pero esto es tema de largo plazo y hoy se necesitan acciones inmediatas.

Esta caución obligatoria y su propio entramado normativo, empieza a ser tolerada pacíficamente como si se tratase de una figura tributaria sin contraprestación alguna -ni siquiera una tasa- pero con la gran diferencia que nos encontramos ante una transferencia de recursos desde un sector productivo privado hacia otro sector privado -o único jugador- con un altísimo costo de oportunidad para la agenda ambiental, toda vez que estos cientos de millones de pesos anuales que se “recaudan privadamente” podrían ser destinados para fines específicos como por ejemplo acciones concretas bajo la órbita del ACUMAR (en la causa Riachuelo).

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

EDITORIAL

Seguro ambiental

En el presente suplemento se analiza el tema del seguro ambiental, un instrumento que fue originariamente incorporado a nuestro régimen legal mediante el Art. 22 de la Ley General del Ambiente N°25.675 como una herramienta destinada a garantizar la cobertura de financiamiento de las acciones destinadas a lograr la recomposición del daño ambiental.

Dicha figura fue reglamentada a partir del año 2007 por un conjunto de disposiciones emanadas de diversas autoridades con competencia en la materia, que tuvieron la finalidad de establecer un marco normati-

entender que los mecanismos de cobertura en vigencia generaban fuertes distorsiones en las actividades que buscaban resguardar y no cumplían con la finalidad de protección y prevención buscada por la Ley General del Ambiente.

Para dar tratamiento a esta problemática hemos convocado a una especialista en Seguros, Rosana Bril, quien nos brinda un detallado análisis del artículo 22 de la Ley General del Ambiente, que justamente alude a la obligatoriedad de contratar un seguro de cobertura para garantizar el financiamiento de la recomposición de un posible daño que se produzca. Ahonda sobre la posterior reglamentación como así también su aplicación en diversos fallos judiciales.

Por otra parte Sebastián Bigorito, (Director Ejecutivo del CEADS, Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible), enfoca su artículo en el entramado nor-

mativo en el que se encuentra actualmente la figura de seguro ambiental, el término de “caución aprobada” y la postura empresarial ante esta situación.

Por último, se incluye una síntesis actualizada del documento elaborado por FARN en 2010 sobre el Seguro Ambiental en Argentina realizada por Pía Marchegiani (Coordinadora de Participación de FARN), a la luz de los posteriores acontecimientos normativos y judiciales.

Desde FARN consideramos de vital importancia profundizar el debate público en torno a las distintas posibilidades de contratación que satisfagan los requerimientos legales y las expectativas de los sujetos involucrados, a la vez que contribuya a la gestión sustentable del ambiente. Un debate abierto deberá involucrar a los operadores de seguro, el sector empresario, las autoridades competentes, al sector académico y a la sociedad civil. ●

VIENE DE TAPA

Por ello es que insisto en la urgencia de que en el corto plazo se genere una válvula de escape a esta situación monopólica/cautiva.

Tiene la Justicia actualmente elementos más que suficientes para poder sopesar la extraña situación actual a la luz de un marco normativo alterno que se encuentra a centímetros de la mano, conociendo su escenario

empírico con la fugaz vigencia del Decreto Presidencial 1638/12, cuando la cantidad de oferentes de cauciones se duplicaron, mientras que los costos de las pólizas se redujeran a la mitad en menos de quince días de vida de dicho decreto. Es decir que la prueba piloto ya está ensayada.

En síntesis y dejando de lado la problemática de fondo, resulta más que obvio la urgente necesidad que al menos existan mayores oferentes

en el mercado de cauciones y seguros, para que las industrias puedan elegir en función de la ecuación precio/calidad/confianza.

Pero esta necesidad imperiosa de dotar con mayor cantidad de oferentes, debe alcanzar también al mercado de las empresas remediadoras -hoy limitadas por la caución aprobada- en donde la ecuación precio/calidad (y sobre todo calidad) prime como principal criterio electivo.

Caso contrario, de seguir así, las empresas productivas seguirán viendo la “caución aprobada” como un mero ítem de “check list” para la obtención de permisos (y como formalidad para evitar clausuras) y en no mucho tiempo dentro de las empresas, los gerentes de medio ambiente pasarán a ser considerados por los directorios como simples gestores de licencias y permisos, arrastrando con ellos la reputación que la temática ambiental debe tener dentro de las agendas empresariales. ●

Miente, mente que algo quedará. Inconsistencias conceptuales del denominado “seguro ambiental”

SUMARIO: 1. Introducción ¿Qué es el seguro ambiental?- 2. Art. 22 de la ley General del Ambiente.- 3. Reglamentación del artículo 22.- 4. Seguro Ambiental por Daño de Incidencia Colectiva. Miente, mente que algo quedará.- 5. Conclusión.

Por Rossana F. Bril (*)

1. Introducción ¿Qué es el seguro ambiental?

En primer lugar, es importante destacar que el término “seguro ambiental” es el género, y de acuerdo al aspecto del riesgo ambiental asegurable o asegurado podremos identificar la especie o el tipo de seguro ambiental de que se trata.

Cuando nos referimos a “seguro”, hablamos de una transferencia de riesgo. Así lo describe el art. 1º de la ley 17.418: “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”.

Por otra parte, cuando nos referimos a riesgo ambiental, debemos identificar el aspecto de que se trata: a) daños a las personas a través del ambiente dañado; b) daños a los bienes de las personas; c) daños al ambiente en sí mismo (daño ambiental de incidencia colectiva); d) daños causados por residuos peligrosos; e) daños causados por PCBs, etc.

Ante la transferencia de un riesgo ambiental, resulta fundamental identificar qué aspecto del riesgo pretendemos transferir a una aseguradora. Identificado el aspecto del riesgo, o sea, el “objeto” de cobertura, estamos en condiciones para denominar por ejemplo: “seguro ambiental por daños a las personas”, “seguro ambiental por sitios contaminados”; “seguro ambiental por daño de incidencia colectiva”, etc.

Sin embargo, en la práctica se ha extendido el término “seguro ambiental”, a todo tipo de seguro con componentes ambientales, lo cual ha derivado en la indebida aplicación de la figura, y la confusión en relación al régimen de responsabilidad ambiental asegurado. Recordemos que en materia de responsabilidad, cada aspecto del riesgo ambiental se encuentra regulado por un régimen diferente, como por ejemplo el Código Civil, la ley General del Ambiente, la ley de Residuos Peligrosos, la ley de PCBs.

La confusión de conceptos no se circunscribe al objeto del seguro ambiental, sino a todo el régimen legal y de aplicación relacionado, llevando a las autoridades públicas y judiciales a avalar y sostener esquemas asegurativos que se encuentran lejos de proteger al ambiente, los ecosistemas, las personas o los bienes o valores colectivos.

2. Art. 22 de la ley General del Ambiente

La ley general del ambiente, 25.675 (1), En su artículo 22 dispone: “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de

cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

Seguidamente analizaremos cada uno de los términos de la norma:

Seguro de cobertura. ¿Qué es un seguro de cobertura? El término “de” cobertura, se estaría refiriendo al objeto del seguro, o sea al interés asegurable. En ese caso, ¿el interés asegurable puede ser “cobertura”? Resulta extremadamente difícil imaginarlo. Sin embargo, ¿podría un seguro, otorgar una cobertura? Efectivamente, el otorgamiento de cobertura, se condice con el riesgo o interés asegurable. Con lo cual, hasta este momento, la norma no nos ha dado muchas pistas. Solo tenemos la certeza que la ley exige un “seguro”, o sea un mecanismo de transferencia de riesgo.

Continúa el artículo “para garantizar el financiamiento del daño que en su tipo pudiere producir”. En primer lugar, las aseguradoras no tienen capacidad jurídica para financiar, el financiamiento es una actividad reservada exclusivamente a las entidades financieras autorizadas por la ley 21.526.

“El daño que en su tipo pudiere producir”, tal como lo hemos visto, el daño ambiental puede presentar varios aspectos (personas, bienes privados, bienes públicos, daño ambiental de incidencia colectiva, etc.).

A pesar de las imprecisiones terminológicas y errores conceptuales que presenta el artículo, es posible advertir que la intención de la norma es contar con una cobertura de “seguro”, por la cual riesgo del daño ambiental que en su tipo pudiere producir, o sea, los diferentes aspectos del riesgo ambiental.

Continúa la norma, “asimismo, y según las posibilidades del caso podrá integrar un fondo de restauración que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

Se trata de un fondo privado, en contraposición con el Fondo Público del art. 34 que establece la misma normativa. Los fondos ambientales son formados a través de estructuras fiduciarias, para el caso, fondos de garantías ambientales.

En definitiva el art. 22, si bien presenta varias imprecisiones conceptuales, no puede desconocerse que deja en claro tres puntos:

a) exige un seguro;

b) y/o un fondo de recomposición, y

c) para los daños que en su tipo pudieren producirse.

3. Reglamentación del artículo 22

En la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitó a las empresas demandadas de la Cuenca Matanza - Riachuelo que informen si cuentan con el seguro ambiental exigido en el art. 22. A partir de este fallo, la SAyDS se vio obligada a reglamentar la exigencia del seguro ambiental, a fin de dar cumplimiento con el pedido de la Corte.

Efectivamente, tal como lo hemos visto, las imprecisiones conceptuales no son menores, y el riesgo ambiental es de tal amplitud, y con tantos matices y normas que lo atraviesan, que hasta la causa “Mendoza”, el tema no había sido abordado por las autoridades.

3.1. Imprecisiones conceptuales de las resoluciones y sus aplicaciones en fallos judiciales.

Nuevamente, la mezcla de conceptos e imprecisiones reina en la reglamentación del seguro ambiental.

Las resoluciones administrativas introdujeron modificaciones de fondo en la norma de orden público ambiental. Si bien no es el objeto de este trabajo su análisis, corresponde tenerlo en cuenta, porque en río revuelto “ganancia de pescadores”.

En ese punto me refiero a la modalidad del “autoseguro como alternativa válida y eficaz para atender a los objetivos previstos por el art. 22, de la ley General del Ambiente, (...)”, incorporada por la resolución 177/08 de la SAyDS.

El autoseguro es un instrumento económico, no tenido en cuenta por el legislador, precisamente porque es un no- seguro, no hay transferencia de riesgo, ni tampoco transferencia de fondos. (2) Se trata de una simple anotación en libros contables, que tengo un dinero disponible para contingencias ambientales.

El legislador no incluyó el autoseguro en el art. 22, limitando a exigir: “seguro” y “fondo”.

Si la intención del legislador era incorporar sistemas de garantías más amplios como el autoseguro, la caución, la fianza, etc., hubiese legislado en el mismo sentido que otras leyes ambientales de igual rango y jerarquía constitucional, como la Ley 25.675. O como por ejemplo la ley 25.612 (3), denominada “Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios” la cual comprende la ley 24.051 (4) (art. 27), la ley 25.670 (5), de “Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de PCBs”, (art. 9º).

Por otra parte, la misma resolución identifica el aspecto del riesgo que pretende asegurar, en efecto en su artículo 4 establece que: “A los efectos de la presente, el alcance de la cobertura del seguro ambiental quedará circunscripto a los daños de

incidencia colectiva irrogados al ambiente, en los términos del art. 22 de la ley 22.675”. Por su parte el art. 27 de la LGA, define a los daños de incidencia colectiva como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos”.

Su principal cuestionamiento es que la obligatoriedad se circunscribe al daño de incidencia colectiva, dejando afuera de la misma la protección de las personas, recordemos que la norma indica, *los daños que en su tipo pudiere producir*.

Luego la resolución 1398/2008 de la SAyDS vuelve a modificar el objeto del seguro, redefiniendo lo que es el daño de incidencia. Efectivamente, esta resolución intenta definir el alcance de la expresión “monto mínimo asegurable de entidad suficiente” y el alcance de las “actividades de recomposición” que deben ser financiadas, descriptas en el art. 4º como:

1. Remediación y limpieza

2. Eliminación de material contaminado

3. Actividades de monitoreo y control sobre los medios naturales contaminados

4. Operaciones de tratamiento y disposición *in situ* o *ex situ* necesarias para la recomposición

5. Tratamientos de eliminación de material contaminado residual de dichas operaciones.

En definitiva, el *daño ambiental de incidencia colectiva, ha sido reducido a una limpieza de sitios dañados*.

Han quedado afuera los bienes e intereses colectivos y los daños a las personas.

Por último, la Resolución Conjunta Nro. 98/2007 y 1973/2007 (6), establece las “Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva”, a través de la cual se incorpora la posibilidad que el seguro sea instrumentado a través de una “caución”, o un “seguro de caución”. Nuevamente, el Poder Ejecutivo, vuelve a excederse en sus facultades reglamentarias, introduciendo modificaciones de fondo, con relación a la exigencia del art. 22 LGA. En efecto, LGA, exige un “seguro” y la “caución” es una fianza, no un seguro.

La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado, de analizar la naturaleza jurídica de los contratos de seguros de caución que, excepcionalmente autoriza a celebrar a las entidades aseguradoras el segundo párrafo del inc. b) del art. 7º de la ley 20.091. La jurisprudencia es pacífica en entender *el seguro de caución tiene naturaleza de garantía, no asegurativa*.

En ese sentido, se ha manifestado nuestro más Alto Tribunal, que ha señalado: *“El objeto principal del seguro de caución es garantizar a favor de un tercero, el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación- Fallos: 315:1406).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial entendió: *“El llamado seguro de caución es fundamentalmente institución de garantía, al contrario de los seguros propiamente dichos en donde está insita su función indemnizatoria”* (C. Nac. Com., Sala “A”, 26/6/1985- “Orden de San Agustín V. Anta”; el destacado es propio). *“... se trata técnicamente de una fianza y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de garantía del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en paridad de grado... O sea, pertenece a los contratos de garantía cuyo objeto es la eliminación de los riesgos de la mora”*, (Cám. Nac. Com., Sala B; Gerlach Campbell Construcciones S.A. c. Varmacons S.R.L.; Octubre 23, 1990; ED, 142-1991).

Debido a su carácter de fianza, el seguro de caución no admite una transferencia de riesgo, es por ese motivo que no se encuentra regulado en la Ley 17.418. Si bien se toman algunos elementos del contrato de seguros, no representa técnicamente un seguro, *“Los elementos que la caución toma del seguro (terminológicos, prima, siniestro, póliza, tomador, asegurado, asegurador, reaseguro, reservas, etc.) son meramente formales y no alteran la naturaleza económica y jurídica de la operación”* (RAGNINI, Diego Emilio; “El seguro de caución”; LA LEY, 2000-A, 1).

4. Seguro Ambiental por Daño de Incidencia Colectiva. Miente, miente que algo quedará

Como resultado de las resoluciones analizadas, una aseguradora (7) presentó ante las autoridades ambientales y de seguros, una póliza de caución denominada “Seguro Ambiental por daño de incidencia Colectiva”, como mecanismo de cumplimiento con el seguro obligatorio que establece el art. 22. Sin embargo, dicha propuesta, presenta las siguientes características:

a) “no es un seguro”, es una caución (ya planteamos la diferencia entre ambas herramientas).

b) no asegura el daño de incidencia colectiva (ya analizamos su definición en LGA).

c) tiene por objeto garantizar que el “tomador (8)” de la póliza, contrate los servicios de limpieza y remediación de sitios dañados a las empresas que la aseguradora indique, y a costo del tomador.

Esta póliza de caución lejos se encuentra de la intención del legislador plasmada en el art. 22. Las personas damnificadas por daños ambientales han quedado excluidas, y el daño ambiental colectivo ha quedado reducido a una limpieza y remediación de sitios dañados, a cargo de la contaminante, y no de una aseguradora como propone la norma.

Si bien las imprecisiones conceptuales del seguro ambiental se presentan en el propio art. 22, su reglamentación no solo ha hondado en ellas,

sino que además ha desvirtuado su espíritu, en especial con la aprobación de un seguro de caución ambiental como herramienta de cumplimiento del art. 22 de la LGA. Lejos de ir mejorando, las resoluciones administrativas dictadas por las diferentes autoridades ambientales, mantienen una repetición casi exacta de tales imprecisiones, exigiendo el seguro ambiental obligatorio (SAO) (9), como requisito ineludible para obtener permisos, autorizaciones ambientales, certificados de aptitud ambiental, aprobación de evaluación de impacto ambiental, extensión del certificado de generadores de residuos peligrosos, aprobación del PRI (Plan de Reversión Industrial exigido y aprobado por ACUMAR), entre otros.

En base a tales imprecisiones, la Justicia ha avalado el esquema del SAO descripto. En el fallo YPF c/ ACUMAR s/ Medida Cautelar Autónoma”, ordena el Juez interviniente a YPF S.A. la contratación del seguro ambiental exigido por la Ley General del Ambiente en su art. 22, y conforme lo reglamentado en la resolución conjunta de las Secretarías de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y de Finanzas de la Nación N° 98/2007 y 1973/2007. Para lo cual, ordena a la actora contratar el seguro de caución ambiental descripto.

5. Conclusión

La regulación del SAO ha desvirtuado los objetivos propuestos por LGA, a través de un exceso reglamentario que se contradice entre sí, y genera un producto de remediación de suelos como supuesta forma de aseguramiento del

daño de incidencia colectiva. La Corte viene requiriendo la constitución de seguros ambientales (10), el Máximo Tribunal ha señalado que el mismo tiene que tener por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva de uso común e indivisible configurado por el ambiente, tutela que persigue mediante la prevención, recomposición y por último el resarcimiento del daño colectivo, principios acordes con los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional y el art. 30 de LGA.

Hemos visto que el SAO exigido es el resultado de un amontonamiento de conceptos, auto-contradictorios, que no generan una motivación de la conducta preventiva en materia ambiental, no transfieren el riesgo, han excluido a la protección de las personas y los bienes de las personas, y han delimitado el daño de incidencia colectiva a un proceso de recomposición de suelos.

El bien jurídico protegido es nada más y nada menos que el ambiente, los ecosistemas, los bienes y valores colectivos, además de la salud de las personas y sus propios bienes afectados por daños ambientales. La Ley General del Ambiente, exige garantías, “seguros y fondos”, y requiere de la aplicación del principio precautorios y de prevención. Un seguro ambiental obligatorio otorga un gran poder a las aseguradoras que lo comercialicen. Por otra parte, tenemos aprehendido en base a la experiencia de la reglamentación e implementación del SAO, que el mismo requiere de un desarrollo legislativo con el correspondiente debate y participación de las comisiones que correspondan a fin de lograr un sistema de garantías ambientales que brinden protección a la comunidad en su conjunto. ●

NOTAS

(*) Abogada, Especialista en Seguros Reaseguros y Derecho de Daños.

(1) B.O. 28/11/2002, Norma de Presupuestos Mínimos y de Orden Público.

(2) Los fondos ambientales que describe el art. 22, se perfeccionan a través de fideicomisos de administración de riesgo ambiental, por el cual si bien no se transfiere el riesgo, se transfieren activos líquidos que forman parte de la ga-

rantía de la comunidad por el posible daño ambiental. Si no hay daño, los activos regresan al patrimonio del asegurado.

(3) B.O. 29/07/2002.

(4) Ley de residuos peligrosos, modificada por la ley 25.612.

(5) B.O. 19/11/2002.

(6) Resolución conjunta de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de la Secretaría de Finanzas del Ministerio

de Economía y Producción.

(7) La primera aseguradora que presenta el programa de seguros a la ex- Secretaría de Ambiente de la Nación Dra. Romina Piccolotti, es la aseguradora Testimonio y Prudencia, luego la autorización se extendió a las aseguradoras, Escudo y Nación Seguros. Ninguna otra aseguradora logró obtener la autorización para operar en el ramo, y actualmente solo la aseguradora Testimo-

nio brinda esta tipo de garantía.

(8) En los seguros de caución, el tomador es el obligado a presentar la fianza, por la obligación a garantizar.

(9) Seguro Ambiental Obligatorio - Considerado como tal el seguro de caución ambiental denominado “Seguro Ambiental de Incidencia Colectiva”.

(10) Fallo CSJN M1596 XL, del 20.06.2003 y Fallo CSJN 1274 XXXLX del 13.7.2004).

El seguro ambiental en el orden jurídico ambiental argentino

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Idas y vueltas normativas.- 3. Algunos insumos para el debate.- 4. Comentarios conclusivos.

Por Pía Marchegiani

1. Introducción

En el año 2010 la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) a través del documento “El Seguro Ambiental en la Argentina” elaborado Gabriela Vinocur y Pablo Schatz, había realizado un análisis exhaustivo del seguro ambiental en Argentina, que a tres años y a raíz de recientes acontecimientos regulatorios, vemos necesario actualizar. Este documento toma elementos de aquel análisis y los profundiza a la luz de las recientes reformas

El derecho al ambiente sano consagrado en el artículo 41 de la reformada Constitución Nacional es un derecho que no solo corresponde a todos los habitantes, sino que conlleva la correlativa obligación de preservarlo. Dicha norma dispone que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer. Asimismo el artículo 41 establece que le corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas sin alterar las jurisdicciones locales.

La Ley General del Ambiente (LGA) 25.675, sancionada en el año 2002, es de carácter mixto,

ya que contiene por un lado, presupuestos mínimos para la gestión adecuada del ambiente, que las provincias podrán luego mejorar, y por el otro, normas de fondo, al regular el daño ambiental colectivo.

La norma citada define en su artículo 27 al daño ambiental colectivo como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. Así, se establece la diferencia entre el daño ambiental colectivo de incidencia colectiva, que deberá ser cubierto por el seguro obligatorio, independientemente de aquél pueda producir en un daño producido a los individuos o a sus bienes.

De igual forma, en su artículo 28 establece que el que causare un daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. Ante tal situación, la ley impone en su artículo 22 a toda persona física o jurídica, pública o privada que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, la obligación de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir. La LGA suma la posibilidad de constituir un fondo de restauración para las acciones de reparación.

Así también prevé, para el caso de que “no resulte técnicamente posible el restablecimiento al estado anterior a la producción del daño, se deberá integrar...”, con la indemnización sustitutiva que determine la justicia, un Fondo de Compensación Ambiental (Artículo 28).

En ese sentido, cabe señalar que resulta evidente, por el propio texto de la ley y la interpretación armónica con los principios ambientales contenidos, que el seguro ambiental es un instrumento orientado a garantizar la posibilidad de restablecer el ambiente a su estado anterior.

Ahora bien, más allá de los avances que significa contar con previsiones legales de este tipo para la protección del ambiente, no menos cierto que para alcanzar la plena vigencia del derecho al ambiente sano y prevenir el daño ambiental que pueden ocasionar las actividades riesgosas, es vital que dichas previsiones puedan ser efectivamente implementadas. Esto demanda la vigencia de un marco regulatorio adecuado y coherente con los riesgos que busca asegurar.

En ese sentido, corresponde realizar un análisis de las herramientas normativas existentes a raíz de recientes reformas y decisiones judiciales que generan una situación de incertidumbre jurídica. (1)

2. Idas y vueltas normativas

A los fines de brindar el marco legal necesario para implementar el seguro ambiental incorporado en la Ley General del Ambiente, y cumplir con las decisiones de la diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que exigieron la acreditación de la contratación de seguros ambientales a distintas empresas demandadas (2), los organismos competentes en la materia fueron dictando una serie de resoluciones que establecieron los primeros mecanismos regulatorios del novedoso instituto del seguro ambiental. En esa línea, las primeras normas fueron dictadas por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (SAyDS), autoridad de aplicación de la LGA, la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía de la Nación (SF) y la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). (3) Las mismas mostraron varias dificultades de índole conceptual que redundaron en distintos desafíos a la hora de ser llevadas a la práctica.

En razón de ello, el esquema que surgió con el dictado de este conjunto de resoluciones no resultó indolente a críticas provenientes de distintos sectores y dirigidas a distintos aspectos del instituto del seguro ambiental. Como consecuencia, este régimen

VIENE DE LA PÁGINA 3

fue derogado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1638/12 dictado con fecha 11 de septiembre de 2012 y la Resolución N° 37.160 de la Superintendencia de Seguros de la Nación del 23 de octubre de 2012, regulaciones que lograron sortear en alguna medida algunas de las dificultades del sistema anterior y generaron nuevos interrogantes respecto de un nuevo régimen que trajo entre otras cuestiones, distintos instrumentos para concretar el seguro obligatorio.

Sin perjuicio de ello, dicho régimen fue suspendido por decisión del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9, en una causa iniciada por la “Fundación Medio Ambiente” de la Provincia de San Luis, de la cual no se conoce ningún tipo de actividad, más allá de la vinculada con el presente caso. El magistrado interviniente resolvió la suspensión de los efectos del decreto 1638/12 del Poder Ejecutivo Nacional y la Resolución SSN 36.170/12 y ordenó a la Superintendencia de Seguros de la Nación, que previo a la emisión o comercialización de pólizas, requiera la conformidad ambiental y la acreditación de la conformidad técnica para remediar, mediante contratos suscriptos con operadores debidamente habilitados.

Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Sala de FERIA el 29 de enero de 2013 (4), encontrándose a la fecha vigente (5), circunstancia que ciñe de gran incertidumbre jurídica al régimen del seguro ambiental, y nos alerta de la necesidad de revisar la situación jurídica del instituto del seguro ambiental a la luz de las modificaciones efectuadas y las críticas sobrevinientes.

3. Algunos insumos para el debate

En primer lugar comenzaremos este sucinto análisis por un abordaje del régimen anterior, vigente a raíz de la mencionada suspensión cautelar, desde sus puntos más criticados por distintos sectores, tanto en sus aspectos jurídicos como en sus consecuencias prácticas.

** Oferta de un producto u oferta de distintos productos:*

En primer lugar, una de las mayores críticas que presentaba el sistema anterior era que brindaba tan solo una opción de aseguramiento, el de seguro de caución por daño ambiental, que debido a falencias en la forma en que fue divisado, redundaban en una oferta reducida de productos, comercializado de hecho por un número pequeño de compañías aseguradoras.

Especialmente el propiciado seguro de caución, no realizaba una transferencia del riesgo a la compañía aseguradora al estipularse que las tareas de remediación debían ser llevadas a cabo hasta cubrir la suma asegurada, pudiendo luego la aseguradora repetir lo pagado frente al asegurado. Este esquema no resultaba viable en términos económicos ya que los asegurados, además de ser directamente responsables de correr con la totalidad de los gastos que conlleve la recomposición, están obligados a contratar la prima. Es importante señalar a este

respecto, que en términos conceptuales un seguro tiende a incluir esa transferencia del riesgo.

El régimen que incorpora el Decreto N° 1638/12 trajo nuevas opciones en términos de instrumentos, ya que además de un seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva, prevé la contratación de un seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva (artículo 1º), que sí cumpliría con la transferencia del riesgo. Dicho sistema no solo brinda otra opción de aseguramiento sino que tampoco descarta la posibilidad del auto seguro al no descartar el 100% del riesgo, toda empresa podrá hacer una reserva por el daño no cubierto. (6)

En ese sentido la reforma propiciada por el citado decreto, viene a saldar lo que para algunos doctrinarios no se trataba de un seguro propiamente dicho, sino de un contrato de fianza o afín.

Asimismo, este decreto marcaba el camino hacia un conjunto de alternativas de contratación así como opciones de remediadores para distinto tipo de actividades riesgosas con diferente nivel de complejidad ambiental y capacidad empresarial.

** Alcance del seguro: ¿Qué debe garantizar un seguro ambiental, la remediación propiamente dicha o la solvencia para enfrentar la remediación?*

El régimen actualmente en vigencia deja en manos de las compañías aseguradoras que se encontraban ofreciendo el seguro, la facultad de designar a las empresas responsables de llevar a cabo la remediación, circunstancia que genera un gran rechazo de las empresas aseguradas, en tanto les impide designar libremente a operadores que podrían resultar de su confianza para efectuar dichas tareas. En este sentido se ha interrogado acertadamente respecto de cuál deberá ser el rol de la compañía aseguradora, si garantizar la posibilidad de que la recomposición se lleve a cabo, o limitarse a garantizar la solvencia económica para ello. Un camino intermedio podría ser la existencia de un listado de remediadores con capacidad técnica para efectuar distinto tipo de tareas, cuya capacidad ha sido verificada por la autoridad competente ambiental al incluirlos en el listado, respecto del cual la compañía asegurada pueda optar libremente.

** Quántum de la aseguración y conformidad ambiental:*

Otra de las grandes discusiones se relaciona con la necesidad o no de establecer un límite para la remediación para tornar factible la implementación de seguros, y en todo caso qué tipo de límite podría admitirse.

El sector industrial y de servicios critica la amplitud de la noción de recomposición que propone la LGA, al demandar el restablecimiento del ambiente al estado anterior a la producción del daño, por tornar la obligación excesivamente onerosa y de imposible cumplimiento. En este sentido, creemos que la solución en términos pragmáticos no puede significar una interpretación restrictiva del concepto de daño ambiental o de recomposición que traen la LGA, por cuanto podría afectar la tutela constitucional del bien jurídico que se busca proteger.

Derecho Ambiental

Es por ello que la Resolución conjunta SAyDS N° 1973/07 y SF N° 98/07 que establece las pautas básicas para la contratación de las pólizas de seguro por daño ambiental de incidencia colectiva, procede a definir algunos aspectos de este daño a recomponer. En tal sentido, respecto del alcance de la recomposición, dispone que ésta deberá restablecer las condiciones del ambiente afectado hasta alcanzar niveles de riesgo aceptables para la salud humana y de auto regeneración de los recursos naturales. En consecuencia el daño ambiental se configura al constituirse un riesgo inaceptable a la salud humana, la destrucción de un recurso natural o un deterioro tal que impida su capacidad auto-generativa.

A su vez, la Resolución N° 1398/08 de la SAyDS, estableció montos mínimos asegurables (MNES) a través de la introducción de una metodología de cálculo en función de los riesgos de las actividades. Estos montos mínimos se encuentran determinados por ciertas fórmulas y parámetros utilizados para medir los riesgos ambientales entre los que se encuentran: el Nivel de Complejidad Ambiental (NCA), la existencia de materiales peligrosos y la vulnerabilidad del emplazamiento de las actividades. Si bien es de aplicación a instalaciones fijas de actividades industriales y de servicios, quedando afuera otras actividades (i.e. transporte de materiales o residuos peligrosos, instalaciones fijas de actividades extractivas de petróleo, entre otras), esta resolución también establece medios naturales susceptibles de recomposición (suelo, subsuelo, agua superficial o subterránea, sedimentos, entre otros) y enumera posibles actividades de recomposición.

Asimismo, este esquema prevé la conformidad de la autoridad ambiental previamente a la aprobación del plan de seguro.

El suspendido Decreto N° 1638/2012 por su parte, establecía límites de distinta índole a la responsabilidad que también deberían ser ampliamente discutidos, como sucede con el caso de las coberturas, que garantizan exclusivamente el financiamiento del daño ambiental colectivo causado de forma accidental o aquel que implique un riesgo inaceptable para la salud humana, o la destrucción de un recurso natural o su deterioro abusivo. De igual manera disponía de un límite en cuanto al monto a responder y a la notificación al asegurador vinculado a la primera manifestación o descubrimiento del hecho dañoso, todo lo cual resulta incompatible con la evolución misma de los daños ambientales.

De igual forma, el régimen que se encuentra de momento suspendido, eliminaba el recaudo de obtener el aval de la autoridad ambiental (SAyDS), desmantelando como consecuencia el carácter de auditor de la misma. La necesidad de contar con aval ambiental o no, abre una discusión de gran interés ya que para garantizar que se respete la esencia del régimen ambiental vigente, de raigambre constitucional, es menester que el esquema de seguro que en definitiva permanezca, incorpore criterios y principios específicos ambientales en su funcionamiento. Ello, habida cuenta que la lógica ambiental incorpora novedosos aspectos de valoración económica (externalidades ambientales), muchas veces ausentes en el sistema tradicional de seguros.

Sin perjuicio de ello, resulta también de vital importancia que el tipo de control ambiental, conformidad u otro que se incorpore a lógica de aseguramiento resulte transparentemente establecido, y proponga reglas claras y unívocas, y establezca procedimientos, parámetros y criterios objetivos para que sirva a la vez a fines preventivos y disuasivos.

En ese sentido, se ha dicho que el seguro de caución tal como está establecido en la normativa vigente no obra de incentivo para la prevención de daño ambiental, como debería en todo caso funcionar a la luz del principio de prevención. Desde otro ángulo, un esquema que comprometa a las compañías aseguradoras a responder ante la ocurrencia de un siniestro, llevará a que se revise el sistema de evaluación de riesgos y los montos de las primas y que las empresas aseguradas tiendan a optimizar sus capacidades técnicas y de gestión.

4. Comentarios conclusivos

A modo de síntesis, podría decirse que la discusión en torno al seguro ambiental, desde sus aspectos jurídicos, como en lo relativo a sus consecuencias prácticas se encuentra lejos de estar cerrada.

Por otra parte, el grado de incertidumbre jurídica creada por la reciente resolución judicial que suspende la vigencia de normas dictadas durante el año 2012, colocan a la situación de los usuarios y operarios del sistema en extrema fragilidad. En esa línea, parece a todas luces necesario ampliar el debate respecto del paquete de opciones existente, analizar en detalle las ventajas de las distintas alternativas existentes, y en todo caso discutir la vía y el lugar adecuado para llevar a cabo ese debate. Esto así porque la regulación del régimen de seguros (vigente y suspendido) es llevada a cabo por un entramado de resoluciones y decretos dictados por distintos organismos de gobierno con una profusa y confusa regulación en distintas direcciones, fruto de los distintos intereses que mueve. A ello se suma que es a través de una decisión judicial, solicitada por una organización ambiental de la que se desconocen públicamente sus datos u antecedentes, y que suspende las modificaciones establecidas al régimen anterior. Estas circunstancias resultan de suma gravedad y tiñen a todo el esquema de gran incertidumbre, advirtiéndonos sobre la fragilidad del esquema mismo y la necesidad de llevar a cabo un debate amplio y profundo sobre este instituto.

En este contexto el recinto más adecuado para llevar a cabo la tarea de reglamentar un derecho de raigambre constitucional con su correspondiente sistema legal es el Poder Legislativo, lugar donde se puede dar un debate serio con la participación de distintos sectores y en la que los distintos intereses puedan salir a la luz y ser discutidos. Este debate no debe dejar de lado que el seguro ambiental es un instituto novedoso que viene a proteger el derecho al ambiente sano, y obligando como consecuencia a que los distintos instrumentos jurídicos vigentes puedan ser releídos en su fase ambiental. Esto demandará a la vez que se aborden suficientemente los aspectos relativos al mercado, a su creación, incentivo y regulación. ●

{ NOTAS }

(1) Este artículo fue realizado tomando como base el análisis anterior del seguro ambiental realizado por FARN en el documento “El Seguro Ambiental en la Argentina”, Noviembre 2010, elaborado por VINO CUR, Gabriela y SCHATZ, Pablo. Disponible en: http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2013/05/seguro_ambiental_doc_nov2010.pdf

(2) Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expediente n° JA 2005-IV-307 del 13 de julio de 2004 en autos “Asociación de Superficiales de la Patagonia V. YPF S.A. y otros s/ daño ambiental” (Sentencia interlocutoria) disidencia parcial de los Dres. Vázquez, Maqueda y Zaffaroni; Expediente n° M. 1569. XL “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y

otros s/ daños y perjuicios” resolución del 20 de junio de 2006.

(3) Para más detalles sobre la regulación referida ver el citado documento de FARN.

(4) Expediente N° 56.432/2012 “Fundación Medio Ambiente c/ EN-PEN dto. 1638/12 SSN-resol 37160/s medida cautelar autónoma” — Sala de FERIA — 29/01/2013.

(5) El expediente se encuentra en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Expediente n° 219/2013, t. 49, L. F, Recurso de hecho).

(6) FRANCO, Horacio: “Seguro Ambiental, Análisis de la nueva normativa”, disponible en: <http://www.revistaestrategas.com.ar/noticia-482.html>

EQUIPO DE REDACCIÓN:

Directores: María Eugenia Di Paola, Andrés Nápoli y Daniel Ryan.

Secretario: Federico Sangalli

Miembros: Ana Di Pangrazio, María Marta Di Paola, Pía Marchegiani.

COLABORAN CON ESTA EDICIÓN:

Dolores Duverges, Eduardo Abascal.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN:

Mariana Lomé, Jorge Schiffrin, Margarita Carlés, Diego Luzuriaga y Claudio Bertonatti

CONSEJO CONSULTIVO:

Daniel Sabsay, Guillermo Acuña, Adriana Bianchi, Mario Gustavo Costa, Sergio Elgueza, Beatriz Kohen, Albina Lara, Victoria Matamor, Aldo Rodríguez Salas y Gonzalo Verdomar.

CORRESPONDENCIA

Para el envío de artículos, correspondencia y notas en colaboración:

Sres. Directores
Suplemento de Derecho Ambiental
Fundación Ambiente y Recursos Naturales.
Dirección: Tucumán 255, Piso 6 Oficina A - Ciudad de Buenos Aires - Argentina.

Teléfonos: 4312-0788, 4312-2422, 4312-2183, 4313-8631. **Mail:** suplemento@farn.org.ar

El contenido de los artículos de este suplemento es responsabilidad exclusiva de sus autores y no es necesariamente compartido por los editores o por los integrantes del Equipo de Redacción. FARN acepta y fomenta la difusión de todos los puntos de vista sobre los temas tratados en este suplemento.