

ACERCA DEL SEGURO AMBIENTAL OBLIGATORIO

Por Silvia Raninqueo

Abogada especialista en Derecho Ambiental, Máster en Gestión de Riesgos Ambientales y Asesora Jurídica Ambiental de la Cámara Argentina de Aseguradoras de Riesgo Ambiental (CAARA)

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Qué se dijo – 3. Qué no se dijo – 4. Conclusiones

Introducción

En el Suplemento de Derecho Ambiental del pasado mes de diciembre se abordó el tema del Seguro Ambiental (SAO, en adelante). A lo largo de tres notas, sus autores opinaron sobre este novedoso instrumento de gestión ambiental y el régimen normativo que lo regula en nuestro país, objetando la validez de dicho seguro frente a la Ley General del Ambiente (LGA, en adelante), N° 25675.

Entre los argumentos esgrimidos para fundar esas opiniones, se observan ciertas inexactitudes y contradicciones, a la vez que cuestiones silenciadas, omitidas en el debate. Todo ello debilita esas posturas críticas al Seguro Ambiental Obligatorio (SAO, en adelante), exigible en gran parte de nuestro país.

Qué se dijo

En cuanto al seguro de caución, recurriendo a posturas de un debate doctrinario superado hace décadas, se insistió en que no tiene naturaleza asegurativa por tratarse de una garantía, razón por la cual el actual régimen del SAO devendría ilegal, citando jurisprudencia en su apoyo¹.

Al respecto, ha dicho la doctrina autoral que la caución es de naturaleza especial, dado su particular origen y estructura. *“Forzar una definición en cuanto a su naturaleza según semejanza con algún tipo de contrato es difícil si tenemos en cuenta su origen, el seguro de caución nace por una necesidad particular, la de garantizar al Estado por las obras que este encargaba. Así se dio lugar a una figura jurídica y asegurativa peculiar, que contiene características de la fianza y que se configura económica y técnicamente como una operación de seguro tal como surge de la Ley de Entidades de Seguros en su art. 7 inc b.”*².

Lo que no se destacó de los fallos citados es que, a criterio de la Corte Suprema, lo que se asegura en la caución es el incumplimiento imputable al tomador con relación a sus obligaciones frente al beneficiario (CSJN, fallo 315:1406). Esta mirada es trascendente para el análisis pues, a través de la póliza de caución por daño ambiental de incidencia colectiva, el Estado se asegura que, ante la ocurrencia de un siniestro ambiental y el incumplimiento del

¹ “Miente, miente que algo quedará. ...”, por R. Bril.

² “Seguro de caución para garantías judiciales”, Dr. Santiago Toribio. Publicado en www.derechodelseguro.com.ar.

tomador -el responsable de la actividad ambientalmente riesgosa-, la recomposición del daño se ejecute ineludiblemente.

En ese sentido, señala el Dr. Alberto Sarciat³ que el art. 22 de la LGA tiene como finalidad garantizar que quien contamine asuma el costo de la reparación, evitando que sea el Estado el responsable último ante el incumplimiento del particular. Se protegen así los intereses económicos del Estado y de la comunidad toda, para resguardar, mínimamente, el principio “contaminador – pagador” del derecho ambiental.

En la nota comentada, su autora afirmó también que el régimen de responsabilidad de la LGA prevé el resguardo de las personas y sus bienes y, por ende, la reglamentación del SAO incumpliría su art. 22 al cubrir sólo la recomposición del ambiente (contradictoriamente, en otro párrafo sostuvo que el daño colectivo no está cubierto). No se comparte.

Como coinciden especialistas en la materia, “... *el capítulo sobre Daño Ambiental en los artículos 27, 28, 29, 30, 31 y 33 hace referencia al daño ambiental, de incidencia colectiva o colectivo. 2. Luego de la reforma constitucional, se ha creado un nuevo marco jurídico de responsabilidad (que no es administrativo ni civil, sino ambiental per se). En este sentido el daño ambiental individual se encuentra incluido en la noción clásica de daño del Derecho Civil, mientras que el daño ambiental de incidencia colectiva está dentro del régimen creado por la CN en su artículo 41, párrafo 1 y el respectivo de la LGA*”.⁴

En sintonía, señala el Dr. Tomás Hutchinson⁵ que la finalidad de ese régimen no es obtener el resarcimiento de una persona en relación al patrimonio de otra sino la preservación de la naturaleza. “*Se trata de un daño al ambiente en sí mismo, independiente de las consecuencias dañosas que puede generar en la persona o los bienes de un particular*”, agrega.

Luego, considerar que la reglamentación del SAO incumple el art. 22 de la LGA por prever sólo la recomposición del ambiente constituye un grueso error de interpretación. La reparación de los daños sufridos por las personas o sus bienes se rige por el régimen de responsabilidad del Código Civil.

En la nota en cuestión se afirmó además que la reglamentación del SAO no motiva una “*conducta preventiva en materia ambiental*”. Por el contrario, dicho régimen sí prevé estímulos concretos para la adopción de acciones de prevención. La Res. SAyDS 1639/07 dispone una reducción del Nivel de Complejidad Ambiental de aquellos establecimientos que tengan un sistema de gestión ambiental certificado, lo que podría derivar en la eximición del deber de contratar el SAO o la reducción del monto a asegurar. Igualmente, puede prevenirse el daño ambiental a consecuencia de los estudios ambientales previos que la contratación de ese seguro implica. Más allá de esto, recordemos que la prevención del daño ambiental no es una conducta a observarse o no por gracia de las empresas sino un deber constitucionalmente fijado.

³ “La jurisprudencia y la implementación del seguro ambiental. La óptica del interés público comprometido y el juego de los poderes del Estado”. Supl. Adm., Ago/10.

⁴ Conclusiones del “Taller sobre Ley General del Ambiente, Principio Precautorio y Daño Ambiental”. FARN - Centro de Derecho Ambiental de la UICN. C.A.B.A., 26/06/03.

⁵ “El daño ambiental colectivo”. LA LEY, 23/11/09.

Se dijo también que los “fondos ambientales” se perfeccionan a través de “fideicomisos de administración de riesgo ambiental”. No se comparte. El “fondo de restauración ambiental” previsto en el art. 22 de la LGA no ha sido reglamentado aún, por lo que no es posible constituirlo hoy. De todos modos, como señalan los especialistas, tal fondo es complementario del SAO, no sustitutivo, y voluntario⁶.

En otro de los artículos⁷ se atribuyó a la “gentileza” de diferentes autoridades, la “fuerza coercitiva” del SAO. En realidad, la obligación de contratar el SAO fue dispuesta por el Congreso de la Nación en la LGA, ley de orden público que fija los presupuestos mínimos de protección ambiental. En consecuencia, las autoridades que han dictado normas exigiendo el SAO en sus jurisdicciones no han hecho más que cumplir con el deber, constitucionalmente impuesto, de proveer a la protección del derecho al ambiente sano.

Allí también se cuestionó la “necesaria vinculación” entre las compañías aseguradoras y los remediadores, opinándose que el producto “*no necesita de pericia técnica ambiental asociada, sino solamente de respaldo financiero*”. Cabe aclarar que tal “vinculación” resulta de una exigencia dispuesta por la SAyDS y que el SAO es, prioritaria y fundamentalmente, una herramienta de gestión ambiental destinada a remediar el daño ambiental, no un instrumento indemnizatorio, como el seguro de responsabilidad civil clásico.

Esa es la cuestión principal a atender y lo que tuvo en cuenta el Poder Judicial al ordenar la suspensión del Decreto 1638/12 y la Resolución SSN 37160. En sendos fallos⁸, cuestionados en las notas comentadas pero no reseñados, la Justicia advirtió sobre el “*peligro que configuraría la circulación en el mercado asegurador de instrumentos que no alcancen a cubrir los mínimos legales exigidos por la legislación aplicable a la materia*” (del Juez de 1ra Inst.), Por ende, además de aquella suspensión, el magistrado ordenó a la SSN que adopte los procedimientos necesarios para requerir, previo a la emisión o comercialización de pólizas, la Conformidad Ambiental de la SAyDS y la acreditación de capacidad técnica para remediar, mediante contratos suscriptos con operadores debidamente habilitados.

La cautelar fue ratificada en 2da. Instancia. En su sentencia, dijo el tribunal: “... *si la cobertura obligatoria exige -en los términos previstos por la normativa sustancial- asegurar el cumplimiento del deber de restablecimiento, no parece coherente con el diseño del sistema, un régimen de seguro que a través de las condiciones generales de las pólizas por emitirse, omita prever y establecer en cabeza del asegurador, la obligación de adoptar las medidas necesarias y conducentes para satisfacer aquél deber de prevención y remediación, mediante la contratación de aquéllas entidades que por su organización empresarial, especialización profesional e implementación de los medios materiales y humanos pertinentes, se encuentren en condiciones de llevar adelante las acciones concretas que sean necesarias y apropiadas para arribar a dicho resultado.*”. Y, acerca de las condiciones generales de póliza fijadas en

⁶ “Informe al COFEMA. Normas de presupuestos mínimos. Normas complementarias”, Dr. Néstor Cafferatta. Sep/03. Publicado en www.medioambiente.gov.ar.

⁷ “El caso del seguro ambiental”, S. Bigorito.

⁸ Autos “Fundación Medio Ambiente c/EN –PEN-Dto. 1638/12 –SSN- Resol. 37160 s/Proceso de conocimiento”. Fallos: Juzg. Cont.Adm. Fed. Nº 9, 26/12/12 y Sala II, Cám.Nac. Apel. Cont.Adm. Fed., 29/01/13.

la Res. 37160 para determinar y verificar el daño, sostuvo que omiten *“toda previsión en punto a la necesidad de que el otorgante de la cobertura disponga, también de modo obligatorio, de los medios humanos y técnicos necesarios para el cumplimiento de dichos cometidos, lo que obviamente ha de ser verificado mediante la contratación de empresas especializadas”*.

Por otro lado, tal como se señaló en la nota de FARN⁹, el régimen suspendido *“eliminaba el recaudo de obtener el aval de la autoridad ambiental (SAyDS), desmantelando como consecuencia el carácter de auditor”*. Esto también fue advertido por la Justicia. Las normas suspendidas implican un retroceso en la protección del ambiente. En este sentido, con base en el principio del derecho ambiental de no regresión, destacó recientemente el Presidente de la Corte Suprema en su discurso inaugural del año judicial: *“Los gobiernos ceden cada vez más a las presiones de las corporaciones para el uso irracional de los recursos naturales. El nivel de protección ambiental no sólo no avanza, sino que disminuye”*¹⁰.

En otro orden, se afirmó que el régimen del SAO impide a los tomadores de la póliza *“designar libremente a operadores que podrían resultar de su confianza para efectuar dichas tareas”*. Esto es incorrecto. En caso de siniestro ambiental, el tomador puede contratar a la empresa remediadora que desee y, como en toda caución, sólo en caso de que incumpla su obligación -reparar el daño ambiental- se activará la póliza. En tal caso, la aseguradora que extendió la póliza debe convocar a la empresa remediadora correspondiente para que ejecute las acciones pertinentes.

Por último, se cuestionó que el régimen del SAO no transfiera el riesgo económico de los empresarios, razón por la cual no cumpliría con la ley. No se comparte; la LGA no prevé tal transferencia. Por el contrario, como se determina en el principio de responsabilidad (art.4 LGA), es el generador de efectos degradantes del ambiente el responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición. Luego, acorde al régimen (legal y reglamentario) del SAO, es el Estado -en representación de la sociedad toda- el que deja, al fin, de transferir fondos del erario público en reemplazo de los responsables del daño ambiental.

3. Qué no se dijo

Varias cuestiones fueron silenciadas en el debate, dejadas fuera de escena, lo que podría confundir al lector desprevenido, tal como ocurría en la vieja historia, *“El detalle que faltaba”*¹¹. Esas omisiones impiden una visión completa de la situación, en este caso, al del sistema del SAO y su funcionamiento.

Así, nada se mencionó sobre la existencia de una obligación principal previa, constitucionalmente establecida, entre quien contrata el SAO y el beneficiario de ese seguro (el Estado), que es la de producir sin dañar el ambiente. Luego, no es válido cuestionar, cual si fuera una injusticia, no conforme a derecho, el tener que pagar ese seguro para poder

⁹ “El seguro ambiental en el orden jurídico ambiental argentino”, por Pía Marchegiani.

¹⁰ Publicado en www.cij.gov.ar.

¹¹ Historieta de Miguel A. Dobal. Diario La Razón (1958 a 1985).

desarrollar ciertas actividades. En tal sentido, dijo el Dr. Ricardo Lorenzetti en el acto de presentación de la póliza del SAO¹², instrumento al que calificó de iniciativa valiosa proveniente de los tres poderes del Estado: “*Las que antes eran externalidades negativas que pagaba la sociedad comienzan a través de estas obligaciones a internalizarse*”.

Mucho antes, sostuvo el mismo jurista: “*Con referencia al impacto al medio ambiente el Estado puede prohibir la instalación de empresas que dañen al ambiente; o puede exigir a éstas que demuestren que no causan perjuicios, como requisito para su instalación; o puede dejar que los detrimentos se produzcan y luego obligar a indemnizar; y en este último caso puede hacer que la empresa sea responsable o bien difundir el costo entre toda la comunidad. Estas medidas representan diversos grados de solución del conflicto entre la propiedad empresaria y la protección ambiental. (...) Actualmente se trata de que esos costos, o externalidades negativas, sean soportadas por la empresa*”¹³. Y agregó: “*Lo que sucede ahora es que, en la legislación, existe una adjudicación de derechos: ‘El derecho a un medio ambiente sano’ (...) De manera que lo que se produce es una transformación desde una situación en la que la empresa produce externalizando los costos que son pagados por la comunidad, a otra en la que la empresa produce internalizando los costos. El efecto de la imputación legal derivada del derecho a un ambiente sano es que la empresa, que antes lucraba, ahora debe pagar por ese costo*”.

Tomando argumentos del empresariado, se planteó un supuesto monopolio en el rubro por cuanto –confundiendo a la compañía Testimonio con Prudencia- una sola aseguradora podría vender pólizas de SAO¹⁴. No es así. Además de las citadas, se encuentran autorizadas a operar en el ramo: Nación Seguros, Provincia Seguros, TCP y Escudo. Por otra parte, nada impide que otras aseguradoras, previo cumplir los requerimientos vigentes, soliciten y obtengan la debida autorización para comercializar ese seguro. Cabe preguntarse entonces el por qué del desinterés de las restantes compañías para comercializar el SAO. Tal vez porque no les resulte rentable, dada la especialización y los recursos que la operatoria demanda. Nada se dijo al respecto.

En otra de las notas analizadas, se habló de un “fracaso” del SAO¹⁵. No se comprende por qué se concluyó eso atento que ya exigen su contratación las jurisdicciones más densamente pobladas e industrializadas del país¹⁶, protegiéndose así más del 50% de la superficie del país, y que se han extendido pólizas del ramo, entre mayo/12 y mayo/13, por más de \$12.000 millones, con un incremento proyectado para el período siguiente de alrededor del 5%. Nada de esto se mencionó.

Luego, más que de fracaso de tan valiosa herramienta de gestión ambiental, habría que hablar de reticencia de algunos empresarios a asumir cabalmente la responsabilidad que les cabe en materia ambiental y, en particular, a contratar el SAO. Al respecto, opina Sarciat (op. cit.):

¹² Alvear Palace Hotel, CABA, 22/10/08.

¹³ “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, Dr. Ricardo Lorenzetti. LA LEY 1998-A, 1024.

¹⁴ Nota de Bril.

¹⁵ Nota de Bigorito.

¹⁶ Provincias de Bs.As., Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, La Rioja, Santa Cruz, Neuquén y Tierra del Fuego, CABA y ACUMAR.

“Esta previsión, cuya finalidad es promover el cuidado del ambiente y evitar que sea el Estado el responsable por defecto de la reparación de la contaminación que produzcan quienes realicen actividades riesgosas para el ambiente, desencadenó críticas de parte de la doctrina especializada y una notable oposición de los sujetos pasivos de la obligación. (...) creo que la causa de la oposición a su implementación debe buscarse en otras tierras más relacionadas con los efectos sobre el control que ya vimos. La contratación del seguro ambiental tiene consecuencias particularmente duras para quienes puedan contaminar el ambiente o haya contaminado el ambiente. Tal vez la más grave de estas consecuencias es la de realizar el estudio de la situación ambiental inicial, propia de la contratación de cualquier seguro”.

Conclusiones

Las falencias señaladas habrán restado al lector, especialmente al lego en la materia, posibilidades de comprender, plenamente, cuál es el régimen legal de responsabilidad ambiental, el daño cubierto por el SAO y su función primordial de herramienta de gestión ambiental.

Sopesando todas estas cuestiones -dichas y no dichas-, resulta muy atinado el título elegido para una de las notas comentadas, “Miente, miente que algo quedará”, pues, no sólo se han vertido conceptos erróneos, confusos o inconsistentes, sino que se omitieron otros que, sumados al debate, contribuyen a un panorama acabado de la problemática. Por ende, como dijo el escritor español Joan Fuster, *“Muy a menudo, casi siempre, callar es también mentir”*.

En el artículo de FARN, su autora planteó que una modificación del actual régimen del SAO no puede significar una interpretación restrictiva del concepto de daño ambiental o de recomposición. Se comparte y celebra esta clara postura en defensa del ambiente. Lamentablemente, existen aquéllos que, en nombre de la defensa de la legalidad y del ambiente, pretenden en realidad una reducción de la responsabilidad ambiental vigente en nuestro derecho, lo que sólo puede redundar en beneficio del patrimonio de las empresas, en detrimento de la sociedad toda.

Como señaló el Dr. Lorenzetti, tradicionalmente, por cientos de años, las empresas transfirieron los costos negativos de su actividad productiva sobre el resto de la sociedad. Hoy, dado el avance del derecho ambiental en Argentina, es hora de que los viejos malos hábitos se dejen a un lado para empezar a asumir, plenamente, la responsabilidad ambiental que le cabe a cada uno.