

IMPLEMENTACIÓN DE LOS SEGUROS AMBIENTALES - UNA VISIÓN PÚBLICA

Introducción:

La Administración Pública se encuentra llamada a sopesar y equilibrar una serie de intereses contrapuestos de tal forma que el mentado “desarrollo sustentable” pueda articularse debidamente. No es ajeno a la misma el hecho de que las leyes de contenido ambiental, que afectan actividades económicas, fueron pensadas con la premisa de permitir el desarrollo de determinada actividad bajo determinadas condiciones, en muchos casos podemos afirmar que admiten la contaminación del ambiente siempre que se ajusten a los valores establecidos.

En otras palabras, se contempla un desarrollo de una actividad que beneficiará a la comunidad o parte de ella siempre que dicha actividad se encuadre dentro de un límite tolerable de contaminación, de tal suerte que la actividad pueda desarrollarse y el ambiente no se degrade.

Este equilibrio tan delicado entre fomentar el desarrollo y a la vez proteger el ambiente resulta ser el ámbito bajo el cual debe manejarse la Administración Pública dando respuesta a los distintos sectores involucrados.

La introducción de nuevos riesgos, conjuntamente con el desarrollo legislativo de la materia ambiental que pretende regularlos; no sólo ha penetrado a incomodado a clásicos institutos del Derecho, sino que ha invadido innumerables actividades con una importante repercusión económica.

La creciente objetivación de la responsabilidad de aquellos sujetos que introducen un riesgo fue vista por parte de la Doctrina jurídica como una involución a formas primitivas de atribución de responsabilidad, mientras que otra postura entendió que se consolidaba un avance sustancial a través de la consagración de nuevas herramientas jurídicas capaces de responder de forma más adecuada a los nuevos riesgos que la técnica introducía.

La experiencia internacional nos muestra que muchos instrumentos internacionales que tratan sobre responsabilidad han sido establecidos para generar un ámbito jurídico apropiado en función del desarrollo que quería imprimirse a determinada actividad.

Así es que tanto el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear y Convenio complementario de Bruselas de 31 de enero de 1963; Convención de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños nucleares; Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 de Reparación por daño por contaminación ocasionado por el transporte marítimo de hidrocarburos; el fondo de indemnización del Convenio de Bruselas de 1971¹ sumado a los acuerdos voluntarios de indemnización T.O.V.A.L.O.P² y C.R.I.S.T.A.L³, resultaron herramientas para el desenvolvimiento de dichas actividades que fueron replanteadas como insuficientes a partir del suceso del *Amoco Cádiz* en marzo de 1978⁴

Ahora bien, podemos preguntarnos si la adopción de determinados instrumentos legales de garantía para daños con consecuencias ambientales obedece a la necesidad de establecer cierta previsión jurídica ante un menoscabo económico tal que impida la continuidad de tal actividad o a una intención proteccionista del ambiente.

Es bueno destacar que ambos conceptos no son excluyentes y deben tener una obligada convivencia, pues como veremos oportunamente (específicamente para el tema de seguros y no de otras garantías) no existirá oferta de seguros ambientales sin un marco jurídico apropiado y probablemente no habrá reparación del medio dañado (en mayor o menor medida) sin solvencia del responsable.

Es por ello que el legislador debe contemplar ese escenario para evitar que, inspirado por un justificable afán proteccionista, haga recaer sobre éstos instrumentos de garantía más expectativas que las que éstos mismos pueden aportar, produciéndose así un repliegue en la oferta de éstos que sólo generaría el incumplimiento de su función.

Fundamentos de la intervención pública en materia de seguros:

El establecimiento de una garantía obligatoria mediante la figura del seguro obligatorio se integra con un condimento público que penetra una figura tradicionalmente privada y que tiene objetivos que trascienden a los seguros voluntarios.

¹ Y sus respectivos protocolos.

² Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution.

³ Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution.

⁴ Se cuestiona la insuficiencia de los límites cuantitativos establecidos aprobándose sucesivos Protocolos que trataron de reencausar diversos aspectos no contemplados con anterioridad, por Ej. Elevar los límites de indemnización, ampliación de inmunidades a miembros de tripulación, armadores, etc..., sistema de contribución al Fondo Internacional.

Se pretende cierto respaldo financiero suficiente que permita afrontar gastos indemnizatorios que satisfagan a la víctima (podría tratarse de una persona, de bienes privados o bienes públicos e incluso de una "*res communis omnium*" como el ambiente).

Resumiendo, al fijar seguros obligatorios, desde la óptica pública se pretende:

- Asegurar, en alguna medida, a la víctima.
- Evitar la socialización del daño - Lo cual implica impedir que la reparación del daño se derrame entre integrantes de la sociedad ajenos al daño y a la actividad riesgosa.

Pero a su vez, como se dijo, el Estado debe contemplar el desarrollo de una actividad económica que se traduce como beneficiosa para la sociedad en su conjunto y en tal camino no puede imponerle al sector regulado obligaciones de irrazonable o imposible cumplimiento. Sí, en cambio, debe imponer obligaciones cumplibles y efectivas que garanticen la reparación de un eventual daño ambiental y, sin dudas, el establecimiento de garantías obligatorias persigue ese fin.

Podemos decir que el seguro obligatorio de responsabilidad civil por contaminación ambiental apareció, por primera vez, en la *Resource Conservation and Recovery Act* estadounidense, de 1976, y no puede afirmarse que a casi treinta años de distancia, sus resultados hayan sido satisfactorios. Es explicable ésta situación dado que éste seguro compulsivo no ha podido conciliar los diferentes intereses en juego que en algún caso se presentan como contradictorios. Estos intereses podríamos decir que son:

- Los intereses de la eventual víctima de un acto contaminante, que invocan su derecho a exigir que el potencial contaminante cuente con suficiente respaldo financiero para afrontar el monto de indemnizaciones que resulten a su cargo.
- La necesidad de quien desarrolla una actividad riesgosa de contar con un marco jurídico apropiado que, ante eventuales desembolsos patrimoniales que deban efectuarse por la imputación de un daño, no importe un menoscabo patrimonial tan gravoso que impida la continuidad de la actividad, máxime tratándose de una norma compulsiva.
- El de las Compañías aseguradoras que afectan un capital propio a una materia repleta de zonas grises, como más adelante explicaremos, y que ha tenido gravosos antecedentes jurisprudenciales para sus intereses.
- El del Estado, que debe prevenir éste tipo de daños y administrar equitativamente las cargas para que el potencial contaminante responda, de manera efectiva, ante un eventual daño ambiental.

Por lo expuesto, el tema se presenta como extremadamente complejo y da cuenta de ello el escaso éxito que han tenido éste tipo de garantías dentro de marcos regulatorios compulsivos. José Luis de Heras Herraiz⁵, cita el ejemplo de la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos 20/86 española y su Reglamento del 20 de julio de 1988, que facultaba al organismo público respectivo a exigir - con carácter previo a la autorización de una industria generadora de residuos peligrosos - la obtención de un seguro de responsabilidad civil. Dicho doctrinario manifiesta que las razones por las que en España no se han operado los aseguramientos exigidos por la Ley y el Reglamento en materia de residuos tóxicos son, primordialmente:

- a) La falta de estadísticas confiables,
- b) La escasa claridad en los conceptos de medio ambiente, contaminación, terceros y otros,
- c) La hasta hoy insatisfecha necesidad de que se aclaren las circunstancias con arreglo a las cuales se determinará la responsabilidad, ante las diversidades normativas y el preponderante papel de la Administración,
- d) La problemática que ofrece la necesidad de convenir en una delimitación temporal de la cobertura,
- e) La problemática valoración de los daños al medio ambiente,
- f) La prevalencia de los aspectos político sociales, que pone en peligro la objetividad de las decisiones judiciales o administrativas,
- g) Las catastróficas experiencias extranjeras, particularmente en los Estados Unidos de América.

Respecto de la necesidad o no de plasmar la obligatoriedad de éste tipo de seguros, Dutaret y coautores⁶ sostienen que pese a las numerosas y fundadas objeciones, sí se justifica la existencia de éstos seguros ambientales por diversas razones: la primera es de una lógica elemental, pues al principio de responsabilidad sin culpa por parte de los industriales contaminantes debe corresponder la certidumbre de que estarán en aptitud de indemnizar a las víctimas, y tal certidumbre la suministraría el seguro. Pero además, debe tenerse en cuenta que en los demás dominios de la responsabilidad civil objetiva se exige un seguro, luego en este caso no hay razón para adoptar una postura diferente. También destacan la tarea preventiva que de manera indirecta cumplen las aseguradoras al momento de auditar y estimar el riesgo del asegurado.

Es importante señalar como antecedente de seguro de responsabilidad civil obligatorio el contenido en el art. 68 de la Ley de Tránsito N° 24.449 que, sin lugar a dudas, pretende un resarcimiento pronto a las víctimas de daños producidos en

⁵ DE HERAS HERRAIZ, José Luis, "Aseguramiento de la responsabilidad civil por contaminación en España", en Gerencia de Riesgos, año XIII, N° 50, Fundación Mapfre Estudios, Madrid 1995, pp. 29/36.

⁶ DUTARET, Jean Luis, Sophie Gavia, Ann Philippe de la Giraudiere, *Assurance du risque pollution*, Editions Apogee, Rennes, 1994, pag. 173 y ss.

accidentes de tránsito. Sobrino⁷ realiza una descripción detallada de la evolución doctrinaria desde el fallo plenario “Mustafá c/ Núñez” que entendió que el seguro – sustentado en la Ley de Contrato de Seguros - no se contrató como beneficio de terceros, sino estrictamente para proteger el patrimonio del asegurado y que en tal inteligencia la aseguradora queda liberada de responder cuando media “culpa grave” o “dolo” del asegurado. Luego, el mismo autor, respaldado por doctrina y jurisprudencia internacional afirma que la obligatoriedad del seguro tiene como finalidad la protección de la víctima y por tanto la culpa grave del asegurado no liberaría a la aseguradora de responder ante la víctima.

A mi juicio, no caben dudas que el legislador, cuando consagra una garantía obligatoria, está pensando principalmente en la “víctima” del eventual daño y le asigna a ésta garantía una función que trasciende la contractual privada adicionando un condimento público que algunos doctrinarios califican como “función social” del seguro. Corresponde mencionar aquí que, uno de los tantos aspectos que dificultan la trasposición de seguros obligatorios a la materia ambiental lo constituye la amplitud del concepto de “víctima o tercero” ante concurrencia de daños personales, materiales y ambientales.

La experiencia sufrida por las Compañías de Seguros y Reaseguros en la década de los ochenta cuando se desencadenó el gran desastre de los vertederos de residuos tóxicos en los Estados Unidos los cuales contaminaron el subsuelo y lixiviaron hacia acuíferos subterráneos ocasionando un grave peligro para la salud humana produjeron una aplicación por parte del CERCLA de una novedosa legislación por la cual se impuso a las aseguradoras la obligación de afrontar los gastos de remediación donde no existían terceros perjudicados (en el sentido clásico) y ante sucesos que adolecían de las características exigidas de ser un hecho “súbito”, “externo” y “ajeno” a la voluntad del asegurado.

Existen diversas modalidades de plasmar legislativamente la obligatoriedad de determinadas garantías en favor del ambiente, pero no podemos dejar de considerar que su grado de operatividad dependerá del adecuado andamiaje jurídico en el que se asiente.

El asentamiento de éstas garantías sobre el ordenamiento jurídico ya instituido puede resultar beneficioso a los fines prácticos. Es decir, no podríamos pensar que un seguro de éste tipo pueda sustraerse de la Ley de Contrato de Seguro vigente, ni de las normas del Código Civil. Ello, siempre que quiera utilizarse la garantía del seguro como la herramienta más adecuada para cubrir éstos riesgos. Como se verá más adelante, la mecánica propia del seguro de responsabilidad civil quizá no sea la más adecuada para afrontar la problemática ambiental.

⁷ SOBRINO, Waldo Augusto R., *Seguros y Responsabilidad Civil*, Editorial Universidad, Buenos Aires 2003, pag. 46 y ss.

Merece citarse la Directiva europea sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales **35/2004/CE del Parlamento y del Consejo europeo del 21 de abril de 2004** que entre sin lugar a dudas resulta esclarecedora en varios aspectos:

Conceptos tales como “reparación del daño medioambiental”; evaluación de riesgos; deslinde entre daños ambientales y personales o patrimoniales; mecanismos de responsabilidad viables, causales de imputación; acciones reparadoras y garantías financieras, son abordados con valentía por esa legislación.

En todos sus *ítems* parece decantarse por medidas u acciones ejercitables bajo el principio de progresividad, antes que por conceptos conservacionistas o demasiado restrictivos y encorsetados.

En cuanto a la Garantía financiera, resultará ilustrativo citar lo dispuesto por su artículo 14:

*1. Los estados miembros adoptarán medidas para **fomentar el desarrollo**, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, **incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia**, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Directiva.*

*2. Antes del 30 de abril de 2010, la Comisión presentará un informe sobre la eficacia de la presente Directiva en lo que respecta a la reparación real de los daños medioambientales, **sobre la oferta a un coste razonable y sobre las condiciones de los seguros y otros tipos de garantía financiera para las actividades enumeradas en el Anexo III**. Asimismo, en el informe se tendrá en cuenta, en relación con la garantía financiera, los siguientes aspectos: un enfoque progresivo, **un límite máximo de la garantía financiera y la exclusión de actividades de bajo riesgo**. A la vista de dicho informe y de una exhaustiva evaluación de impacto, que incluya un análisis de rentabilidad, **la Comisión, si procede, hará propuestas relativas a un sistema de garantía obligatoria armonizada**.*

Es fácil deducir que, independientemente de lo que establezcan los estados miembros respecto de éstas garantías, los legisladores europeos entendieron que las condiciones de mercado distaban de brindar una oferta “a un coste razonable” de seguros y otros tipos de garantías para determinadas actividades riesgosas.

Es por eso que encomienda el fomento de éste tipo de garantías por un lado y establece un plazo futuro para realizar una evaluación del funcionamiento y operatividad de éste tipo de garantías por el otro. A resultados de ese informe y considerando la variable económica - análisis de rentabilidad - recién evaluará la pertinencia de establecer o no un sistema de garantía obligatoria.

Podemos sintetizar que la Directiva, en cuanto a garantías financieras, estima:

1. La necesidad de fomentar éstas garantías.
2. Considera a la responsabilidad ambiental por un daño ecológico diferente a los daños personales y materiales.
3. La necesidad de dotar de un tiempo razonable al mercado para preparar una oferta que resulte asequible económicamente para los operadores.
4. El eventual establecimiento de límites máximos asegurables.
5. La clasificación de actividades que son pasibles de éstas garantías, excluyendo las de bajo riesgo.
6. La evaluación del funcionamiento de éstas herramientas financieras - que debe incluir un análisis de rentabilidad - será el sustento que abone o no el establecimiento de un sistema de garantía obligatoria.

Como se verá más adelante, casi ningún aspecto de los mencionados arriba fueron contemplados por el legislador argentino a la hora de establecer las garantías que estudiaremos.

El caso argentino - Consideraciones previas

A partir del dictado de las primeras leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, Ley N° 25.675 (Gral. del Ambiente), Ley 25.612 (De gestión de residuos industriales y actividades de servicio) y Ley N° 25.670 (De gestión y eliminación de PCBs) se incorpora en su articulado la figura del "seguro ambiental" como un mecanismo de garantía que pretende, junto con otras figuras alternativas incorporadas (fondos, caución, fianza...) dar respuesta a los daños ambientales.

Sin lugar a dudas, la naturaleza propia del seguro resulta muchas veces de una complejidad extrema cuando se pretende aplicarla a la especificidad de los daños ambientales, pero eso no debe obstar a que se inste a la construcción de mecanismos que, bajo un marco jurídico razonable, permitan el aseguramiento de nuevos riesgos.

1.- El art. 22 de la Ley General del Ambiente 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”

Características de ésta garantía:

- 1- Es obligatorio
- 2- Comprende a un espectro muy amplio de actividades.
- 3- Debe garantizar integralmente la recomposición de un daño al ambiente.
- 4- Parece específico y afectable al daño ambiental.
- 5- Requiere de una evaluación previa que determine la suficiencia de la garantía presentada.
- 6- Establece la facultad potestativa (creemos que adicional de aportar a un fondo privado para afrontar acciones de reparación)
- 7- No distingue actividades con mayor potencial contaminante de aquellas de menor potencial.

El tema se presenta muy complejo por múltiples motivos:

El establecimiento de un novedoso seguro de carácter obligatorio para quienes realicen actividades riesgosas, requiere como precondition la existencia del mismo en el mercado o al menos su factibilidad de implementación de tal suerte que pueda generarse la oferta .

Cuando hablamos de oferta, no nos referimos a la oferta de cobertura que podría crearse como contraprestación de una prima exorbitante y sólo factible económicamente para algún sector de los obligados. Cuando hablamos de oferta de cobertura tenemos que pensar en un instrumento accesible para los obligados y que cumpla la expectativa del asegurado de inyectarle solvencia cuando se produce un hecho dañoso.

Pese a que no se fija un límite cuantitativos de aseguramiento (sí existe un límite cualitativo cual es la recomposición del ambiente dañado) el artículo parece encomendar a la autoridad ambiental competente la evaluación previa de la suficiencia del seguro respecto de un eventual hecho dañoso. De ser así, esto

⁸ Aunque siempre lo hay, pues la póliza presentada como garantía contendrá en todo caso un monto asegurable.

supone una carga de difícil determinación para la autoridad administrativa competente que deberá, en pocas palabras, merituar si la suma contenida en la póliza es de “entidad suficiente” para garantizar el financiamiento de una recomposición.

La falta de distinción entre actividades con mayor potencial contaminante, tales como las de fabricación de cemento, industria química, centrales térmicas, industria maderera, residuos peligrosos, minería, hidrocarburos, etc, etc...; de aquellas actividades riesgosas de reducido impacto constituye una omisión reprochable al legislador y difícil de salvar en una reglamentación del artículo 22.

No abundaremos aquí respecto del término “recomposición” y sus implicancias pues excede en mucho nuestras pretensiones, pero sin lugar a dudas podemos afirmar que el criterio adoptado por nuestro legislador y nuestro constituyente es bien diferente al adoptado por la Directiva europea sobre Responsabilidad Ambiental citada. Esto sería materia de un estudio interesantísimo que tendría al riesgo como protagonista indiscutido a la hora de evaluar la suficiencia de determinada remediación.

La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, en la esfera del Ministerio de Salud, ha tomado nota de la problemática y ha desarrollado una estrategia comprensiva de los distintos actores involucrados, tendiente a identificar, en una primera etapa, los aspectos neurálgicos de la temática de seguros y a partir de allí trabajar en la elaboración de soluciones.

Se identificó¹⁰ como más relevante la falta de oferta del mercado asegurador para éste tipo de seguros. Se resolvió¹¹, entonces, convocar al sector asegurador, reasegurador, a las asociaciones que los comprenden y a la Superintendencia de Seguros de la Nación a fin de generar un espacio de trabajo que permita la generación de la oferta para éste tipo de seguros.

En marzo de 2004 se celebró el primer taller¹², que resultó muy fructífero ya que permitió a la Autoridad Ambiental Nacional conocer las realidades y necesidades de cada sector. De tal taller se extrajeron las siguientes conclusiones

Conclusiones del Primer Taller:

⁹ Ver, así, MACCHIAVELLO, “algunas consideraciones sobre las cláusulas ambientales en la nueva Constitución nacional” publicado por Fundación Vida Silvestre Argentina, 1994, pag. 1.

¹⁰ En tal sentido se formularon consultas a numerosas compañías aseguradoras nacionales y a reaseguradoras internacionales.

¹¹ El Dr. Atilio Savino, actual Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y su equipo de asesores, impulsa el tema incorporándolo como prioritario dentro de la Agenda Ambiental.

¹² Presidido por el Director Nacional de Gestión Ambiental, Dr. Miguel Angel Craviotto.

Sectores convocados:

Sector asegurador y reasegurador
Sector regulado obligado al cumplimiento
Superintendencia de Seguros de la Nación
Autoridad de Aplicación Ambiental

Sector asegurador y reasegurador

El sector asegurador planteó como indispensable para generar la oferta de seguros el establecimiento de un marco jurídico restrictivo que contemple las siguientes circunstancias:

1) Importancia y necesidad de una limitación cuantitativa de la responsabilidad - Razonabilidad del monto en relación al riesgo.

Debe ser cuantificable en términos económicos de mercado y, sin duda tendrá que tener una equivalencia entre el monto asegurable y el riesgo creado. Se señaló que, en casi todo el Derecho comparado, la responsabilidad objetiva que pretenda ser asegurable, se encuentra limitada cuantitativamente.

2) Gradualidad del daño - El factor accidental y fortuito

Se manifestó que el mercado argentino no está ahora en condiciones de asumir coberturas de éste tipo que no sean accidentales, súbitas e imprevistas. Se dejó la puerta abierta, teniendo en cuenta el principio de progresividad, que quizás a mediano plazo pueda cubrirse, bajo ciertas condiciones, el daño gradual.

3) En los casos clásicos de responsabilidad civil se acogen dos prestaciones: indemnizaciones y gastos de defensa. Sin embargo tratándose de daños al medio ambiente el objeto de seguro buscará la prestación "*in natura*" como por ejemplo los gastos de recomposición ambiental (limpieza y restauración, remediación).

4) La delimitación temporal constituye el elemento clave en los casos de contaminación. Existen dos esquemas a nivel internacional para exigir la cobertura: las pólizas "*claims made*", que conforman el modelo clásico en los países anglosajones, Holanda, Dinamarca e Italia, y las pólizas que atienden al criterio de primera manifestación verificable que ha sido adoptada por el mercado alemán y por el Pool francés y español. Se comentó que existe una gran variedad de modalidades respecto de la cláusula "*claims made*" y que alguna de ellas podría utilizarse para éstos tipos de garantía.

5) Complementariedad de Fondos: Se destacó la importancia que la figura de Fondos privados constituidos por los actores obligados a recomponer

integralmente el ambiente dañado podrían desempeñar en forma complementaria a los seguros existentes.

Se destacó que el seguro de responsabilidad civil contiene limitaciones de tipo técnico que le impide garantizar de una manera eficiente la reparación de daños medioambientales, así se mencionó que el mecanismo de Responsabilidad Civil flaquea ante cuestiones como :

- 1) Contaminación Crónica.
- 2) Emisiones autorizadas.
- 3) Daños originados en el pasado.
- 4) Concurrencia de varios responsables de difícil determinación.

Sector regulado obligado al cumplimiento

1) Necesidad de contar con un seguro accesible y de oferta múltiple que no implique un menoscabo económico que condicione la actividad. El dictado de leyes con topes indemnizatorios favorece la predictibilidad de los costos empresariales.

2) Necesidad de adecuar las exigencias de cobertura mediante la distinción de actividades riesgosas con mayor o menor potencial contaminante.

3) Importancia de contacto con compañías aseguradoras y reaseguradoras a fin de que éstas tomen conocimiento acabado de la actividad y de sus riesgos.

4) La situación de ilegalidad en que se encuentran al estar obligados y no poder contratar los seguros respectivos.

Superintendencia de Seguros de la Nación

1) Experiencia de daños súbitos e imprevistos pero carencia de experiencias respecto del daño gradual.

2) La no existencia de pólizas aprobadas de contenido netamente ambiental.

3) Necesidad de delimitar el riesgo en cuanto a su estructura y dimensión económica.

Autoridad Ambiental Nacional

1) La importancia de incorporar la vigencia de la obligación de contratación de éste tipo de coberturas bajo las disposiciones de las leyes de presupuestos mínimos.

2) La voluntad de trabajar conjuntamente con todos los actores involucrados en la generación de ésta oferta.

3) La necesidad de explorar todas las figuras de garantía previstas.

Conclusiones segundo Taller de Seguros Ambientales

En octubre de 2004 se celebró el segundo taller de seguros ambientales, en el mismo ámbito ampliando la convocatoria a representantes del sector empresarial y académico, pero centrado en el mercado asegurador y reasegurador.

Surgen como conclusión acordada por los distintos sectores convocados al segundo taller las siguientes:

1) La necesidad de dotar de un marco legal específico a la temática de seguros y otras garantías ya sea.

A - Mediante la reglamentación del Artículo 22 de la Ley General del Ambiente (este supuesto garantizaría mayor celeridad en la implementación)

B - Por Ley Especial del Congreso Nacional.

Las posiciones favorables a la opción A, destacaron que la reglamentación de una disposición obligatoria y vigente sería el mecanismo más rápido y expeditivo para regular tal materia siempre que se realice participativamente entre los distintos sectores involucrados con su generación y obligados al cumplimiento. Sin embargo se mencionó que un artículo reglamentario resultaría insuficiente para abarcar todo los aspectos que la materia requiere.

Las posiciones favorables a la opción B, destacaron como positivo que sólo mediante una ley del Congreso, específica a la materia, podrían fijarse límites indemnizatorios a la responsabilidad objetiva, destacando que casi no existe en el Derecho comparado la obligatoriedad de contratar una cobertura para casos de responsabilidad objetiva ilimitada, tal cual lo plantea nuestra legislación. Se manifestó, asimismo que, en su caso, el establecimiento de mínimos asegurables¹³, aspectos temporales, legitimados, etc... podrían canalizarse mediante Ley especial del Congreso.

¹³ Esquema seguido por el Protocolo de Responsabilidad del Convenio de Basilea sobre movimientos transfronterizos de Residuos Peligrosos y otros.

Se destacó el rol relevante que debe desempeñar la Superintendencia de Seguros de la Nación en cuanto a la aprobación de pólizas que no resulten abusivas. En tal sentido se hizo mención de manera recurrente a la figura del “*claims made*” (bajo sus distintas modalidades) como una opción a éste tipo de aseguramiento. También, se alertó sobre las diferentes modalidades que adopta ésta figura que, en muchos casos, podría tener cautivo al asegurado y no cubrir efectivamente al mismo¹⁴ ante un eventual daño ambiental.

CONCLUSIONES:

Dice PAVELEK ZAMORA “La promulgación de ésta clase de seguros insuficientemente meditados y faltos de debate con la institución aseguradora, han originado numerosos problemas de difícil solución, ya que las coberturas exigidas superaban con mucho las contribución que el seguro puede ofrecer para dar respuesta a ésta imposición de aseguramiento¹⁵

Las compañías aseguradoras

El asegurado:

Pretende que su actividad contaminante

El seguro de responsabilidad civil asume el riesgo

Cuando se produce un daño ambiental existen muchos más legitimados a actuar y detentar éste carácter de “terceros” pues se afectan a bienes de titularidad pública. La pluralidad de potenciales accionantes tanto como la complejidad del daño ambiental reflejada tanto en la afectación del medioambiente en sí mismo cuanto en los daños propagados a través del medioambiente hacen poco atractivo para las aseguradoras éste tipo de cobertura.

La experiencia sufrida por las Compañías de Seguros y Reaseguros en la década de los ochenta cuando se desencadenó el gran desastre de los vertederos de residuos tóxicos en los Estados Unidos los cuales contaminaron el subsuelo y lixiviaron hacia acuíferos subterráneos ocasionado un grave peligro para la salud humana produjeron una aplicación por parte del CERCLA de una novedosa legislación por la cual se impuso a las aseguradoras la obligación de afrontar los gastos de remediación donde no existían terceros perjudicados (en el sentido

¹⁴ Para mayor abundamiento ver SOBRINO, Waldo A. R. op cit., Cap III, pag. 57.

¹⁵ Pavelek Zamora, Eduardo “La asegurabilidad de los riesgos medioambientales”, en Gerencia de Riesgos, Fundación Mapfre Estudios, XI, N 46, Madrid, 1994, pp. 21-29.

clásico) y ante sucesos que adolecían de las características exigidas de ser un hecho “súbito”, “externo” y “ajeno” a la voluntad del asegurado.

Los casos de contaminación, muchas veces, suelen configurarse en procesos graduales y continuados y de dudoso origen. Por ello, la primer distinción que se realiza en torno a la cobertura de daños ambientales es la de contaminación “accidental” y contaminación “gradual”, la primera resultaba cubierta mientras que la segunda no.

Otra cuestión planteada a través de la aplicación de normas de la CERCLA en el caso citado corresponde a la fecha en que ocurren los acontecimientos y producción del daño. Cuando los siniestros se repiten u obedecen a supuestos continuados a lo largo del tiempo, las técnica aseguradora ha acudido a un instrumento técnico contractual de mucha trascendencia: el límite agregado. Mediante ésta fórmula las aseguradoras responden hasta el límite asegurado por siniestro ocurridos durante la vigencia de la póliza, pero con un máximo por período de seguro, por anualidad normalmente, para el caso de repetirse varios siniestros, o de afrontar una pluralidad de reclamaciones.

Las aseguradoras han adoptado criterio unánime en cuanto al reconocimiento de los “daños ocurridos durante la vigencia de la póliza”. Asimismo las pólizas de Responsabilidad Civil de Industrias dan forma a la modalidad de cobertura al daño ambiental mediante la exclusión explícita del mismo salvo que se configuren los supuestos detallados en la cláusula que versa:

“Daños causados por la contaminación del suelo, las aguas o la atmósfera, a menos que su causa sea accidental, súbita y no prevista ni esperada por el Asegurado”. Por tanto, esta exclusión tiene sentido positivo siempre y cuando su causa se accidental, súbita e imprevista. Debe añadirse a éstas tres características el de la delimitación temporal del suceso (vigencia de la póliza cuando ocurre el hecho).

Los modelos de póliza utilizados en Argentina y aprobados por la Superintendencia de la Nación son los clásicos modelos de Responsabilidad Civil, adecuados, en el caso de las industrias a los modelos británicos de reaseguros. Tras la catarata de liquidaciones forzosas que vivió el mercado de seguros en la Argentina durante la década de los 90 podemos afirmar que, salvo las grandes multinacionales que cuentan con reaseguros propios, las aseguradoras nacionales carecen de reaseguros que les permitan afrontar, en una medida aceptable, la cobertura de los riesgos por daños al medio ambiente. Asimismo, a la fecha sigue pendiente la delimitación clara de los riesgos por contaminación. La promulgación de las nuevas leyes de presupuestos mínimos (Ley Gral. del Ambiente, de Residuos Industriales y de eliminación de PCBs) pone en el centro del debate la

cuestión de los seguros ambientales al establecer la obligatoriedad de los mismos y fijar como nota característica el hecho de que los mismos deben tener “Entidad Suficiente”, sin explicitar que debe entenderse por “Entidad Suficiente”. Luego trataremos éste tema en profundidad.

LA NORMATIVA BAJO ANÁLISIS

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

sancionada el 6/11/2002 -

Promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/1/2002

ARTÍCULO 22: 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 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.

LEY DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS INDUSTRIALES Y DE ACTIVIDADES DE SERVICIOS

Sancionada: 3/7/2002

Promulgada parcialmente: 25/7/2002

ARTICULO 27. – Todo transportista deberá asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar; para ello podrá dar cobertura a los riesgos ambientales a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, la constitución de un autoseguro o un fondo de reparación, u otra garantía equivalente, según lo determine la reglamentación.

ARTICULO 38. – Las personas físicas y jurídicas titulares o responsables de las plantas de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos, deberán asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar; para ello podrá dar cobertura a los riesgos ambientales a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, la constitución de un autoseguro o un fondo de reparación, u otra garantía equivalente, según lo determine la reglamentación.

LEY DE GESTIÓN Y ELIMINACIÓN DE PCBs

Sancionada:

23/10/2002

Promulgada: 18/11/2002

ARTÍCULO 9º – Toda persona física o jurídica que realice actividades o servicios que implica el uso de las sustancias enumeradas en el artículo 3º deberá contratar un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, constituir un autoseguro, un fondo de reparación u otra garantía equivalente según lo determine la reglamentación, para asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales y dar cobertura a los riesgos a la salud de la población que su actividad pudiera causar .

PUNTOS CRÍTICOS:

Se estudiarán los puntos críticos relativos a:

A - RECOMPOSICIÓN DEL DAÑO

Alcance del concepto fijado por ley (clean up)

Aspectos técnicos no previstos

Cuantificación del posible daño (el medio ambiente como tercero)

B - LEY GRAL DEL AMBIENTE - ESTIMACIÓN DE LA "ENTIDAD SUFICIENTE"

Que significa entidad suficiente?

Quien evalúa la suficiencia de la garantía financiera y cual es su alcance?

Corresponde la articulación de un fondo complementario?

C - EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTENIDO

Aspectos relevantes

Marco restrictivo mínimo de una cobertura razonable por daños al medio ambiente

Experiencia en el Derecho Comparado

D - OTRAS FIGURAS COMPRENDIDAS

Caución

Fianza bancaria

Autoseguro

Fondo de restauración o reparación

E - COMPATIBILIDAD CON CÓDIGO CIVIL Y LEY DE CONTRATO DE SEGUROS

Ley 17.418 y Código Civil contrastado con el articulado de presupuestos mínimos.

Necesidad o no de una regulación específica a la materia emanada del poder legislativo nacional?

F - LIMITES INDEMNIZATORIOS - LIMITES A LA RESPONSABILIDAD.

Posibilidad de aplicarlos a la materia ambiental

Experiencia en el derecho nacional de aplicación de topes en materia civil y laboral.

G- VIABILIDAD DE UNA COBERTURA AMBIENTAL - VISIÓN DE COMPAÑÍAS ASEGURADORAS.

A - RECOMPOSICIÓN DEL DAÑO

Alcance del concepto fijado por ley (clean up)

Aspectos técnicos no previstos

Cuantificación del posible daño (el medio ambiente como tercero)

A DESARROLLAR

B - ESTIMACIÓN DE LA "ENTIDAD SUFICIENTE".

Que significa entidad suficiente?

Quien evalúa la suficiencia de la garantía financiera y cual es su alcance?

Corresponde la articulación de un fondo complementario?

A DESARROLLAR

C - EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTENIDO.

Aspectos relevantes

Es sabido que la irrupción de la problemática ambiental y la necesidad de su regulación afectó diversos institutos clásicos del Derecho que debieron abandonar . La teoría del riesgo creado, la creciente objetivación de la responsabilidad, la inversión de la carga probatoria, la recomposición como resarcimiento prioritario, el afianzamiento del principio precautorio, etc..., etc..., son algunos de los aspectos que cobran fuerza e incomodan a las teorías clásicas. Sin lugar a dudas, la trama contractual no resultó ajena a éstos cambios.

Los modelos de póliza de responsabilidad civil no son obviamente iguales ya que las distintas prácticas aseguradoras han ido desarrollando contratos de seguro que , aun obedeciendo a un esquema común, presentan notables diferencias. La configuración del daño ambiental introduce distorsiones del propósito original de éstas pólizas, cuyo objeto se centraba inicialmente en la cobertura de responsabilidades clásicas, es por ello que han proliferado en éste campo la incorporación de cláusulas específicas, endosos o estipulaciones especiales muchas veces de dudosa aplicación.

El punto medular del contrato de seguro que tratamos pertenece al género de seguro de Responsabilidad Civil que no es otra cosa que la asunción por parte del asegurador, a cambio de la prima, de la Responsabilidad Civil del asegurado en su contenido resarcitorio, conforme a las normas civiles.

Cuando se está en presencia de un daño clásico a terceros, la indemnización de estos daños (“in natura” o en dinero efectivo) obedecen a un criterio clásico que descansa en los principios del derecho civil. Sin embargo, al enfrentarnos con el daño ambiental, no siempre puede afirmarse que nos encontremos en el campo del derecho privado, ya que el componente público del bien jurídico protegido, el Medioambiente, excede en mucho la típica responsabilidad civil extracontractual, decantándose hacia el ámbito del Derecho Administrativo que a la postre deviene en la intervención regulatoria de actividades netamente privadas; modificando así sustancialmente la naturaleza de las pólizas de Responsabilidad Civil.

Otra de las cuestiones donde se observa claramente la desfiguración de conceptos clásicos en las pólizas es el de la cobertura del denominado “tercero”. En el ámbito clásico de cobertura se entiende que era aquél que no guardaba relación directa con el asegurado (familiares, dependientes, etc...) y que sufría un daño o menoscabo personal, material o moral pasible de ser resarcido económicamente.

La pregunta meridiana es si éstas pólizas de Responsabilidad Civil, vigentes en la práctica habitual y, articuladas sobre el Derecho privado, son idóneas para enfrentar el daño ambiental cuya naturaleza es preeminentemente pública.

Teniendo presente que el caso argentino introducido por las Leyes de presupuestos mínimos hablamos de:
un seguro de contratación obligatoria, b) que pesa sobre una responsabilidad objetiva (art. 28 de la Ley General del Ambiente), c) que no establece límites indemnizatorios (no se previeron límites cuantitativos de la responsabilidad objetiva), d) que requiere de cierta aprobación administrativa (el concepto de entidad suficiente alude a esto), e) que debe garantizar y tiene por objeto de cobertura la recomposición “in natura” (parece un seguro específico afectable al daño ambiental y no comprensivo de otros daños).

Dado éste cóctel tan disímil de circunstancias... parece inviable dar una respuesta comprensiva de todas las obligaciones que requiere. Al menos el mercado asegurador no parece estar dispuesto a asumir

Frecuentemente notamos que cuando se habla de seguro ambiental existe la idea de que el mismo operaría como alguna garantía mágica de protección ambiental y no como lo que realmente es: un mecanismo financiero para cubrir la responsabilidad civil (dentro de límites establecidos contractualmente o por Ley) del asegurado ante daños que generan la obligación de indemnización o reparación.