

Observatorio Medioambiental

ISSN: 1139-1987

<http://dx.doi.org/10.5209/OBMD.54171>EDICIONES
COMPLUTENSE

El seguro ambiental y la responsabilidad por daños al medioambiente en Argentina

Silvina Giselle Saguerela

Recibido: 9 de septiembre del 2016/ Enviado a evaluar: 12 de septiembre del 2016/ Aceptado: 25 de octubre del 2016

Resumen. La incorporación del paradigma ambiental, como base para el logro de un desarrollo sustentable, ha impulsado la necesidad de avanzar en la implementación de instrumentos económicos que fomenten una adecuada protección al medio ambiente. En este marco, los seguros ambientales se han desarrollado paulatinamente como instrumentos de internalización del coste ambiental al mismo tiempo que suponen una garantía a la recomposición de daños al entorno. En el caso de Argentina, pese a haber sido establecido con carácter obligatorio, su regulación presenta inconvenientes que lo vuelven ineficaz para el cumplimiento de los objetivos ambientales. La presente investigación desarrolla un análisis del seguro ambiental, con el objeto de elaborar propuestas tendientes a una mejor instrumentación del régimen asegurador.

Palabras clave: Seguro ambiental; daño ambiental; garantías financieras; instrumentos económicos.

[en] Environmental insurance and liability for damages to the environment in Argentina

Abstract. The incorporation of the environmental paradigm as a basis for achieving sustainable development has driven the need to progress on the implementation of economic instruments promoting adequate environmental protection. In this context, environmental insurance have gradually developed as instruments for internalization of environmental costs, as well as being a guarantee to the recomposition of environmental damages. In the case of Argentina, despite of having been established as a compulsory instrument, the insurance regulation has drawbacks that make it ineffective for meeting environmental objectives. This research develops an analysis of environmental insurance, in order to develop proposals for a better implementation of the insurance scheme.

Key words: Environmental insurance; environmental damages; financial guarantees; economic instruments.

[fr] L'assurance de l'environnement et de la responsabilité pour les dommages environnementaux en Argentine

Résumé. L'incorporation du paradigme de l'environnement en tant que base pour la réalisation du développement durable, a entraîné la nécessité de progresser dans la mise en œuvre des instruments économiques favorisant la protection de l'environnement adéquat. Dans ce contexte, l'assurance de l'environnement ont progressivement développé comme instruments d'internalisation des coûts environnementaux en même temps sont une garantie pour la recomposition des dommages à

l'environnement. Dans le cas de l'Argentine, bien qu'il ait été établi avec la réglementation obligatoire, il présente des inconvénients qui le rendent inefficace pour atteindre les objectifs environnementaux. Cette recherche développe une analyse de l'assurance de l'environnement, afin d'élaborer des propositions pour une meilleure mise en oeuvre du régime d'assurance.

Mots-clés: Sécurité de l'environnement; dommages environnementaux; garanties financières; instruments économiques.

Cómo citar. Saguerela, S.G. (2016): El seguro ambiental y la responsabilidad por daños al medioambiente en Argentina. *Observatorio Medioambiental*, 19, 231-247.

Sumario. 1. Introducción. 2. Objetivo de la investigación. 3. Instrumentos económicos de protección ambiental. El seguro ambiental. 4. El seguro ambiental en Argentina. 5. Precedentes del seguro ambiental argentino. 5.1. Unión Europea. 5.2. España. 5.3. Estados Unidos. 6. Análisis de las características del seguro. 6.1. Eficacia del seguro como instrumento económico. 6.2. Establecimiento obligatorio o voluntario del seguro. 6.4. Límites a la responsabilidad de remediar. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Desde los orígenes del derecho del medio ambiente, a comienzos del siglo XX, uno de los grandes desafíos de la materia ha sido la búsqueda de soluciones para la prevención del daño ambiental y su mitigación. Estos daños pueden producirse por innumerables causas, afectando a los recursos naturales y a todo su entorno, involucrando a actores tanto privados como públicos y generando consecuencias en el mediano y largo plazo, en ámbitos muy distantes de aquellos de los cuales se produjeron, excediendo en muchos casos los límites territoriales de los Estados. Es por ello que se necesita de medidas concretas por parte de los Estados, no sólo en materia de prevención, sino también en lo que respecta a medidas de mitigación y reparación el daño.

Esto último resulta algo muy complejo en sí mismo: no sólo la detección del daño propiamente dicho, sino también su cuantificación. Existen innumerables consecuencias económicas, sociales, políticas, culturales, además de biológicas, muy difíciles de ponderar, sin nombrar que muchas de ellas resultan irreversibles. Los daños al medio ambiente suponen un perjuicio al ecosistema, a las personas, a sus bienes, a comunidades enteras, y también a los Estados que debe velar por la integridad y la correcta administración de sus recursos.

Estimar el costo de un daño al ambiente una vez acontecido, y aún más pensar en su reparación pareciera entonces una ardua tarea, y aún así es fundamental su realización. Para ello, y atendiendo a los principios de prevención y precaución establecidos para el derecho ambiental, en muchos países se ha adoptado la figura de un Seguro Ambiental que permita la recomposición del daño ocasionado al medio ambiente. En líneas generales, sin perjuicio de lo instituido en cada ordenamiento, se establece que las personas, físicas o jurídicas que realicen actividades riesgosas para el ambiente, deban contar con un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su actividad pudiere

producir. El instrumento tiene así como principal fundamento el otorgar solvencia para la reparación del daño, la protección a la víctima y la recomposición del ambiente afectado, dependiendo de la capacidad de los mecanismos aseguradores para internalizar los riesgos y ofrecer pólizas de seguros que hagan viable el desarrollo de las actividades susceptibles de causar daño. De esta forma, los instrumentos fijan montos máximos asegurables que hacen de topes indemnizatorios y que permiten a las compañías aseguradoras cuantificar el riesgo y delimitar su responsabilidad.

Otro instrumento que se ha desarrollado ampliamente en los últimos años han sido los fondos de restauración ambiental, tanto de carácter nacional o internacional, que posibilitan la instrumentación de acciones de reparación. Estos últimos han surgido sobre todo con relación a la contaminación de los mares por derrames de hidrocarburos, pero se han extendido a lo largo de los años para comprender diversas actividades con potencial riesgo para el ambiente.

El seguro ambiental es un instrumento que se ha desarrollado con éxito sobre todo en países industrializados, ya sea con carácter obligatorio o voluntario, como una herramienta de carácter económica para la aplicación del principio de "quien contamina paga". Sin embargo aún en muchos países no se encuentra plenamente operativo. Este es el caso de Argentina, en dónde pese a su amplia regulación –y en parte como consecuencia de ello- el instrumento carece de efectividad, siendo objeto de críticas y de vastas sentencias judiciales.

La Constitución Nacional Argentina en su artículo 41 consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado, derecho que implica un deber de preservación. Sigue diciendo la Constitución que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

En este marco, el artículo 22 de la Ley General del Ambiente Argentina N° 25.675 del año 2002, incorpora al marco normativo la obligatoriedad de constituir un seguro ambiental para toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos. Sin embargo, como se ha indicado, su aplicación presenta múltiples conflictos que lo han tornado inoperativo.

2. Objetivo de la investigación

El objeto de la presente investigación consiste en desarrollar un análisis del Seguro Ambiental, con el objeto de elaborar propuestas tendientes a una mejor instrumentación de la figura en Argentina.

Para ello, se comenzará la investigación realizando un breve estudio de la historia del seguro, de los sistemas de responsabilidad por daño ambiental y su correspondiente reparación, desde una perspectiva tanto jurídica y económica, destacando el rol del Estado, las empresas y las entidades aseguradoras. Se tratarán

los conceptos de daño ambiental y reparación junto con los instrumentos que hacen a la naturaleza de la figura, características del contrato de seguro ambiental, sujetos y obligaciones.

Luego se analizará la regulación del instituto en la Argentina, por parte de la Ley General del Ambiente N° 25.675 y su Decreto Reglamentario 1638/2012, junto con las disposiciones administrativas que las complementan. Los mismos establecen un sistema que instrumenta un “seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva” y un “seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva”, ambos otorgantes de respaldo económico para la ejecución de actividades riesgosas. Las características particulares de ambos institutos determinaron que al día de hoy su ejecución se encuentre suspendida por medio de resoluciones judiciales, que cuestionan la legitimidad del decreto reglamentario 1638/12. Se analizarán los precedentes judiciales y las perspectivas a futuro de la aplicación del instituto.

Luego se examinarán los sistemas comparados de responsabilidad ambiental, que sentaron precedente para el seguro ambiental argentino. Se desarrollará brevemente el régimen establecido por la Unión Europea por medio de diversas directivas, que consagran un sistema subjetivo de responsabilidad, para luego analizar en particular la solución adoptada por el sistema español, en dónde el seguro ambiental ha tenido un desarrollo exitoso. Se analizará el rol de las aseguradoras en el caso conocido como el “desastre de Aznalcóllar” ocurrido en el Parque Nacional de Doñana en 1998 y que tuvo importantes implicancias ecológicas. También se analizará el rol del Pool Español de Riesgos Medioambientales, agrupación de interés económico creada en 1994 con el fin de ofrecer, en régimen de correaseguro, una cobertura para los daños y perjuicios causados por contaminación al medio ambiente.

El trabajo finaliza con un panorama general sobre los problemas que ocasiona la regulación de este contrato de seguro en el ordenamiento jurídico argentino, frente a la dificultad de ofrecer productos que sean a la vez accesibles para las empresas y que otorguen una cobertura efectiva por los daños causados. Se desarrollará una propuesta a la problemática, sugiriendo medidas para un correcto y efectivo funcionamiento de los instrumentos financieros que brindan garantía por los eventuales y a veces inevitables daños causados al medio ambiente.

En particular, se intentará abordar las siguientes problemáticas:

- Establecer si el seguro ambiental es un instrumento económico eficaz para la protección ambiental.
- Establecer si resulta eficiente que el seguro deba ser constituido de forma obligatoria.
- Establecer para el caso argentino, cuáles de los dos sistemas instrumentados resulta el más eficiente.
- Establecer cuál debe ser el rol de las aseguradoras de cara a la remediación del daño.
- Determinar 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.

Para el desarrollo de este trabajo se ha utilizado el Método Deductivo, pues a través del estudio de la normativa general, vigente en materia de seguro ambiental se investigó su aplicación en hechos concretos, obteniendo conclusiones particulares. También se ha utilizado el Método Comparativo con la finalidad de identificar diferencias y similitudes entre los distintos ordenamientos jurídicos.

3. Instrumentos económicos de protección ambiental. El seguro ambiental

Los instrumentos económicos de protección ambiental son una herramienta que fomenta la conservación de ecosistemas mediante la modificación de conductas hacia tipos más proteccionistas y mediante la internalización de costes relacionados con la contaminación generada. Bajo este concepto, puede entenderse a los seguros ambientales como un instrumento económico de relevancia: hablamos de una póliza con la que pueden – o deben- contar las empresas para garantizar que, en el caso de ocasionar un daño ecológico, poseen la cobertura necesaria para hacerse cargo del mismo, mediante la restauración del medio y el pago de las indemnizaciones civiles pertinentes.

Puede entenderse por seguro un contrato por adhesión por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, contra el pago o la promesa de pago del premio efectuado por el asegurado, a pagar este o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización (siniestro) del riesgo, tal como ha sido determinada, durante la duración material del contrato. El concepto de seguro está íntimamente vinculado al concepto de daño. El seguro ambiental podría definirse como aquel cuya cobertura tiene por objeto garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para recomponer el daño ambiental de incidencia colectiva, causado en forma accidental, independientemente que el mismo se manifieste en forma súbita o gradual.

La suma asegurada es el límite máximo y único que el asegurador se compromete a pagar por el total de los siniestros cubiertos por la póliza. Lo cual significa que bajo ningún concepto deja indemne al asegurado por los riesgos sino solo hasta el límite de la suma asegurada. Ahora bien, en el supuesto de que aquellas compañías aseguradoras no otorguen una adecuada cobertura del riesgo, o las primas fijadas por éstas para cubrir los riesgos sean de costos elevados para pequeñas y medianas empresas con características contaminantes, sería importante la intervención el Estado –cómo último garante- para regular los mecanismos que aseguren la cobertura del riesgo.

Los sujetos del contrato de seguros son:

- El asegurador: Persona jurídica que cubre el riesgo pactado contractualmente en la Póliza;
- El tomador: Quien suscribe el contrato, estableciendo una relación contractual con la aseguradora. En este caso puede coincidir con la figura del asegurado.
- El asegurado: Titular de la actividad riesgosa asegurada y responsable por el potencial daño ambiental causado;

- El beneficiario: Es aquella persona de naturaleza física o jurídica sobre las que recaen los beneficios.

Los seguros ambientales que se han desarrollado en el mercado son de las más variadas características: dentro de los seguros de daños encontramos los seguros de crédito y caución (garantía financiera de responder económicamente por los gastos de remediación) y los seguros de deudas (que cubren la responsabilidad, ya sea medioambiental o civil).

Bajo esta estructura, por un lado la contratación de un seguro implica una internalización del coste ambiental por contaminar, por medio del pago de la prima, sumado a la garantía asumida por el asegurador frente al desastre ambiental. Por otro lado, la aprobación de la póliza va de la mano de una serie de auditorías ambientales que incrementa la gestión de riesgos y modifica las conductas. Por el simple hecho de contratar el seguro la empresa no pierde su interés en cumplir con la normativa, sino que por el contrario, se mostrará más diligente bajo la presión de las aseguradoras, que serán las que paguen los daños ocasionados. Es por ello que es un instrumento de carácter económico válido para que las empresas que en el ejercicio de su actividad provoquen daños al medio ambiente, no sólo puedan hacerse cargo de su reparación a través de la suma asegurada, sino que a la vez se vean incentivadas al establecimiento de las medidas pertinentes para su prevención.

4. El seguro ambiental en Argentina

La Constitución Nacional argentina en su artículo 41° consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado, derecho que implica la preservación de las condiciones naturales de los sistemas biológicos. La constitución pone en cabeza de la Nación la obligación de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a en la de las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. En este contexto la Ley General del Ambiente (en adelante LGA), sancionada en el año 2002, representa la “ley marco” en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental ya que reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, proveyendo el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales ambientales. Asimismo, plantea los objetivos, principios e instrumentos fundamentales de la política ambiental nacional y desarrolla herramientas y normativa de fondo. Entre estas normas de fondo establecidas en la ley, se establece la obligatoriedad de constituir un seguro ambiental para aquellas personas que realicen actividades riesgosas para el ambiente, de forma tal de poder para garantizar la recomposición del daño ambiental (LGA, artículo 22).

Pese a la obligatoriedad establecida en la LGA desde el año 2002, mientras no hubo reglamentación a la ley, no existían en el mercado argentino este tipo de pólizas. Fue así que durante los años 2007 y 2008 la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (SAyDS), en su carácter de autoridad de aplicación de la

LGA, reglamentó el artículo 22 de la LGA mediante una serie de resoluciones. A las mismas, luego se sumaron resoluciones emitidas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). De la gran cantidad de normas de referencia se desarrolló un mercado de pólizas de caución ambiental ofrecidas por un número reducido de compañías aseguradoras. En un principio, muchos sectores empresariales evidenciaron algunas dudas respecto de contratar este tipo de cobertura, ya que no constituía un “seguro ambiental” de por sí, como se analizará en los siguientes apartados. Pese a ello, finalmente muchas compañías accedieron a tomar las pólizas de caución, guiadas por la necesidad de cumplir con requerimientos legales, ya que de no contar con una póliza de seguro al día no podrían realizar presentaciones ante organismos públicos ni solicitar permisos ambientales. En 2012, el Decreto 1638/12 y la Resolución N° 37.160/12 de la SSN modificaron el régimen creando, como alternativa a la caución ambiental ya por todos conocida, la figura del seguro de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva, a la vez que derogando parte del viejo sistema. El cuadro 1 sintetiza la comparación entre ambos sistemas.

Cuadro 1. Cuadro comparativo de seguros de caución y de responsabilidad.

		SEGURO DE CAUCION POR DAÑO AMBIENTAL DE INCIDENCIA COLECTIVA	SEGURO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE INCIDENCIA COLECTIVA
SUJETOS	TOMADOR	Titular de la actividad riesgosa	Titular de la actividad riesgosa
	ASEGURADO	Edo Nacional, Pcial, o Municipal, CABA u organismo interjurisdiccional, s/ titularidad del bien afectado	Titular de la actividad dañosa
	ASEGURADOR	Compañía aseguradora (con aval ambiental)	Compañía aseguradora (con contratos de back up)
	3RO. CON EXCLUSIVO DERECHO A RECLAMO		Edo. Nacional, Pcial, o Municipal, CABA u organismo interjurisdiccional, s/ titularidad del bien afectado
POLIZA		Garantía financiera. No existe traslación del riesgo. De producirse el daño ambiental, el sujeto dañoso deberá correr con los gastos de remediación, obrando la caución simplemente como una garantía. La póliza incluye la obligación de contratar el operador o remediador que cumpliera con la recomposición del daño ambiental.	Seguro de responsabilidad. Existe traslación de riesgo. La póliza cubre solo la financiación que requiera la remediación del daño ambiental causado.
DAÑO		Daños de incidencia colectiva. Incluye daños en forma accidental, por una conducta culposa o dolosa. Queda excluida toda responsabilidad por el daño civil que pueda originar el daño ambiental de incidencia colectiva.	Solo daño causado en forma accidental (en forma súbita o gradual). No comprende la responsabilidad emergente del dolo y, salvo pacto en contrario, de la culpa grave.

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, la validez de ambas normas fue objetada y al día de hoy se encuentran suspendidas, a la espera de una resolución judicial que determine constitucionalidad. La reciente sanción de la Resolución SAyDS N° 999/14 no esclarece el panorama, ya que establece nuevos requerimientos para los seguros, de conformidad con normas derogadas por el Decreto 1638/12.

5. Precedentes del seguro ambiental argentino

5.1. Unión Europea

La Unión Europea ha llevado a cabo un rol fundamental en el establecimiento de garantías financieras para cubrir riesgos ambientales, basándose fundamentalmente en la reducción de riesgos y en una medición de daños ambientales progresiva.

En mayo de 1993, la Comisión publicó su Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, que fue el primer documento en versar sobre aseguramiento y los sistemas de indemnización conjunta como medio de controlar el riesgo de pérdidas económicas. Luego, en febrero del año 2000, se publicó el Libro Blanco Sobre Responsabilidad Ambiental, estableciendo la estructura del futuro régimen comunitario de responsabilidad y describiendo los principales elementos, sustentados en una garantía financiera viable. Este documento propone una posición contraria a la imposición obligatoria de la contratación de un seguro ambiental. Se sugiere así que *“el régimen comunitario no debe imponer la obligación de disponer de garantía financiera para permitir la flexibilidad necesaria a lo largo del periodo en que se irá acumulando experiencia con el nuevo régimen. El recurso al sector de seguros o bancario para garantizar la seguridad financiera por los riesgos resultantes del régimen debe ser voluntario”*. Para ello es necesaria una póliza de seguros de medición progresiva

Como consecuencia de la redacción del Libro Blanco, cuatro años después se dictó la Directiva 2004/35/CE sobre Responsabilidad Ambiental. Esta garantía financiera aquí estipulada no sería de carácter obligatorio, conforme el Considerando 27 de la Directiva, al no obligar a los operadores a suscribir una garantía financiera para hacer frente a su posible insolvencia. Pero sí pone al Estado como último responsable de velar por que los propios operadores adopten las medidas necesarias de prevención o reparación, lo que incluye la contratación de una garantía financiera, además de fomentar también el desarrollo de este tipo de servicios. Su régimen de responsabilidad se aplica, por una parte, a algunas actividades profesionales enumeradas expresamente y, por otra parte, a las demás actividades profesionales cuando el operador cometa una falta o incurra en negligencia.

La Directiva también establece que la Comisión Europea deberá realizar un seguimiento respecto de la eficacia de la norma en lo que respecta a la reparación real de los daños medioambientales y sobre las condiciones de los seguros y otros tipos de garantías financieras. En virtud de este mandato, se publicó el primer informe en 2010, COM/2010/0581, por el cual se llegó a la conclusión de que no era posible por el momento alcanzar un sistema armonizado de garantía financiera obligatoria. Una

nueva revisión de la Directiva, con su correspondiente informe para la armonización del sistema estaba previsto para 2014, pero a la fecha aún no ha sido publicado, sólo encontrándose disponibles los Informes Nacionales presentados en 2013 sobre el cumplimiento de los Estados de las normas obligatorias y voluntarias de la Directiva.

5.2. España

La Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, mediante la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2004/35/CE, tiene como finalidad hacer efectivo el principio de “quien contamina paga” mediante un sistema de responsabilidad objetiva, por el que se puede exigir la reparación de los daños ambientales. Sigue los lineamientos dictados por la Constitución Española, que incorpora en su artículo 45 la protección al medio ambiente cuando establece que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Además, el objeto de la Ley 26/2007 es equiparar a España con otros países que pretenden que sea efectiva la reparación a los daños ambientales y superar la insuficiencia del sistema civil.

En este marco, la ley obliga a la constitución de una garantía financiera obligatoria únicamente a los operadores de los sectores industriales más contaminantes, listados en el Anexo III de la ley. Dicha obligación, conforme el artículo 26º, puede ser cubierta a través de la contratación de:

- a) Póliza de seguro, suscrita con una entidad aseguradora autorizada para operar en España;
- b) Aval, concedido por alguna entidad financiera autorizada para operar en España;
- c) Reserva técnica mediante dotación de un fondo ad-hoc, con materialización en inversiones financieras respaldadas por el sector público.

Los operadores deben comunicar a la autoridad competente la constitución de la garantía financiera a la que vengán obligados y deben mantener la misma en vigor durante todo el periodo de actividad y hasta su cese efectivo. En cualquier caso, la cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 euros.

Pueden distinguirse dos tipos de seguros:

- Seguro de Responsabilidad Medioambiental: Es el seguro que reúne las coberturas necesarias para hacer frente a la restauración de los daños imprevistos que se causen a los recursos naturales, con traslación de riesgo a las compañías aseguradoras.
- Seguro Complementario de responsabilidad Civil por Contaminación: es un seguro complementario, que puede realizarse como accesorio, dentro del Seguro de Responsabilidad Medioambiental. Tiene una suma asegurada independiente por la que se pueden asegurar las reclamaciones por daños a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de episodios de contaminación.

Por su parte, el artículo 33 de la LRM establece que el Consorcio de Compensación de Seguros administrará y gestionará un Fondo de compensación de daños medioambientales, que se constituirá con las aportaciones de los operadores que contraten un seguro para garantizar su responsabilidad medioambiental, mediante un recargo sobre la prima de dicho seguro. Adicionalmente, la ley española crea un Fondo estatal de reparación de daños medioambientales (art. 34) destinado a sufragar los costes derivados de medidas de prevención, de evitación o de reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal. Se trata de un Fondo dotado con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado y gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente.

Asimismo, se creó en 1994 el Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM), organizado sobre la base a las contribuciones y opiniones que realizó la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (Unespa) para la redacción del proyecto. Se constituyó como una agrupación de interés económico, con el objeto de administrar un Convenio de correaseguro, para la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales. Esto debido al elevado riesgo crediticio que supone compensar los daños que pueden sufrir terceras personas, o incluso la flora y la fauna, por eventuales escapes o vertidos de emisiones contaminantes al agua, aire o suelo de las fábricas aseguradoras.

5.3. Estados Unidos

Estados Unidos ha sido el país dónde el seguro ambiental se ha desarrollado de forma más contundente en lo que hace a su desarrollo y aplicación como instrumento de protección. Entre los años 1960 y 1970 se desarrolló el llamado movimiento ambiental en los Estados Unidos, que derivó en la aprobación de varias leyes de carácter proteccionista y la creación de la Agencia de Protección Ambiental (EPA). Una de las primeras pólizas que comenzaron a cubrir daños ambientales fue la *Comprehensive General Liability* (C.G.L.), la cual es una póliza complementaria dentro de la póliza de responsabilidad de empresas y está destinada a la cobertura de la contaminación directamente accidental, para daños presentes y concretos (no futuros).

Con la aprobación de la Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, CERCLA), el sistema dio un giro estableciendo la responsabilidad de los culpables a la hora de hacer frente a los costes de limpieza de suelos contaminados por desechos peligrosos. La ley estableció un sistema de responsabilidad objetiva retroactiva e ilimitada, así como una definición de responsable y una tipología de los daños cubiertos mucho más amplias que la establecida por el sistema europeo.

Como consecuencia de esta ley, en una etapa posterior, comenzó el desarrollo de una póliza específica, los seguros de Responsabilidad por Daño Ambiental (*Environmental Impairment Liability*, E.I.L.), como una forma creada por las aseguradoras para hacer frente a la mayor extensión de los riesgos cubiertos, limitando su responsabilidad. Las pólizas E.I.L. son más específicas y hechas a

medida, con la obligación previa de las empresas de realizar exámenes de impacto ambiental. Actualmente se ofrecen en el mercado de seguros ambientales norteamericano numerosas pólizas de diferente alcance, de acuerdo a las diferentes características de cobertura y el tipo de actividad que desarrolle el tomador, que incluyen desde cobertura de costos de recomposición o limpieza (cleanup costs); cobertura por contaminación, degradación ambiental o daño a terceros producidos en el sitio específico (Site-Specific EIL Policy), Responsabilidad por Daño Ambiental de Contratistas (Contractors EIL Policy); seguro de Responsabilidad Profesional por Errores y Omisiones para Profesionales del Medio Ambiente (Environmental Professional E&O Liability Policies); cobertura de Remediación Ambiental (Environmental Remediation Policy); entre otras.

Con la Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental (Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, CERCLA) se creó también el instrumento conocido como Superfund que consiste en un fondo reparador de los daños ambientales existentes y futuros. Este fondo permite financiar la recomposición ambiental en aquellos supuestos en los que no puede determinarse el sujeto responsable de los daños. En 1986 el instituto fue modificado por el Acta de Enmiendas y Autorizaciones del Superfund (Superfund Amendments and Reauthorization Act, SARA) del 17 de Octubre.

6. Análisis de las características del seguro

Al comienzo de la investigación se había propuesto dar tratamiento a cinco cuestiones relacionadas con el establecimiento del sistema de seguro ambiental en Argentina. En base al estudio comparado de diversas experiencias en varios países, procederé a su consideración.

6.1. Eficacia del seguro como instrumento económico

Los seguros son un instrumento financiero fundamental para la protección al ambiente, pues eliminan la incertidumbre con respecto a la reparación del daño en caso de eventos catastróficos de carácter ambiental, al mismo tiempo que traen aparejados incentivos para que las empresas implementen una gestión ambiental adecuada. Pero para evaluar la eficacia de los tipos de seguro es necesario hacer algunas consideraciones respecto de los costes que significa su suscripción para las empresas.

En primer lugar cabe aclarar que en ningún sistema existe un costo uniforme para este tipo de seguros, el mismo depende de las distintas variables que tienen que ver con la actividad de la empresa, el tamaño de la misma, las materias primas e insumos que se empleen, la localización geográfica, la distancia a centros urbanos, la experiencia siniestral, el monto mínimo de entidad suficiente –la suma asegurada– entre otros factores. Como regla general podemos afirmar que aquellas empresas que

cuidan y protegen el medio ambiente con medidas concretas de prevención, obtendrán un costo inferior que aquellas que no lo hacen.

A pesar de ello existen una gran diferencia respecto de los dos sistemas actualmente establecidos, en concreto en la legislación argentina que repercuten directamente en los costos: hablamos de la transferencia o no del riesgo, ya sea por la totalidad del daño o una porción del mismo.

En los regímenes con traslación de riesgo, para la determinación de la prima se tiene en cuenta el esfuerzo que realice el agente por reducir la probabilidad de ocurrencia del accidente así como el valor del daño ambiental que potencialmente pueda ocurrir. En un modelo en el que exista traslado del riesgo, también se generan incentivos para implementar sistemas estrictos de evaluación y control de los sistemas de seguridad para prevenir el daño ambiental. Esto provoca una externalidad positiva, debido a que el control sobre las empresas potencialmente contaminantes, mejora sus capacidades técnicas, tecnológicas y de gestión, en aras de reducir el riesgo ambiental.

Sucede lo contrario en los seguros de caución o los sistemas de avales o garantías financieras, en los que no se traslada el riesgo ni la responsabilidad de restaurar el daño, por lo que la prima que paga la empresa no depende de su esfuerzo, reduciendo así incentivos para implementar medidas de gestión de riesgo, así como mejoras tecnológicas.

La compañía aseguradora no tiene incentivos tampoco para realizar ninguna auditoría sobre la empresa potencialmente contaminante, dado que luego de cumplir con su garantía de recomponer la calidad ambiental, repite los gastos afrontados contra la misma. Así la totalidad de la indemnización por el daño ambiental repercute en el patrimonio de la empresa, determinando de todas formas un efecto disuasivo y promoviendo las acciones preventivas necesarias tendientes a evitar el daño. El único incentivo para la empresa potencialmente contaminante proviene de seguir siendo responsable y tener que afrontar el monto de recomposición del daño.

Por todo ello podemos determinar que el seguro ambiental es un instrumento eficiente para la protección del medio ambiente por la magnitud de los incentivos hacia conductas sostenibles por parte de las empresas. Pero sin duda, aquellos instrumentos que supongan una verdadera traslación del riesgo contribuyen de mejor manera en el logro de los objetivos de reducción de riesgo.

6.2. Establecimiento obligatorio o voluntario del seguro

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. La aversión al riesgo crea demanda natural para el seguro que es considerado como una inversión -y no un gasto- debido a la utilidad que las pólizas tienen por sí mismas. Sumado a esto, hemos visto en el caso estadounidense como el propio mercado se ha hecho cargo de la creación de productos del más variado espectro para hacer frente a

las contingencias ambientales. Por todo ello ¿es necesaria su instrumentación obligatoria?

A pesar de los incentivos que la propia actividad económica y el mercado puedan ofrecer, sucede que cuando la potencial responsabilidad medioambiental de una empresa es mayor que su capacidad para pagar los daños, surge un desincentivo para voluntariamente adquirir un seguro completo. El resultado es una externalidad negativa, la falta de internalización de los costos ambientales, como también puede verse en la experiencia norteamericana, en donde el seguro como instrumento económico de protección ambiental continúa infrutilizado. Una contratación obligatoria favorece no sólo a las empresas, que se cubrirían frente a enormes gastos de recomposición, superando la amenaza de insolvencia y cumpliendo a su vez con la internalización de los costos, sino también al propio Estado, que aseguraría la cobertura por daños en su territorio y sus recursos.

Sin embargo, la implementación de un régimen obligatorio no está exenta de dificultades potenciales. El legislador tendrá la difícil tarea de determinar el alcance mínimo del instrumento, incluidas las medidas preventivas necesarias, especificación del tipo de contaminación y daño cubierto, métodos de valoración ambiental riesgos y la base de la cobertura, entre otros. Todo esto teniendo cuidado de no afectar la rentabilidad económica de las aseguradoras y de las propias empresas, sin la cual el régimen se vería desvirtuado. Si las aseguradoras no están dispuestas a asumir pólizas, los gobiernos tendrán que proporcionarles incentivos económicos para hacerlo.

Está claro que correcto equilibrio necesario para un buen desarrollo del sistema no puede crearse de la noche a la mañana. Es por ello que, como vimos, la Unión Europea defiende la existencia de seguros instrumentados de forma progresiva, ya que la medición de daños ambientales es costosa y requiere tiempo. Lejos de obligar el establecimiento de un sistema obligatorio, defiende su implementación voluntaria hasta tanto el mercado cuente con la experiencia necesaria para ofrecer pólizas rentables y que den efectiva cobertura a los daños ambientales. Podemos ver en el caso de España, que ya contaba con un mercado de instrumentos aseguradores e incluso con un pool de correaseguro, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Medioambiental que estableció su obligatoriedad.

En el caso argentino, esto no ha sido así: el mercado no contaba con suficiente experiencia previa a la instrumentación del seguro obligatorio, por lo que los instrumentos creados por el legislador y la administración no resultan eficientes. Creo que en este caso sería necesario por parte del Estado establecer un sistema voluntario, de aplicación progresiva, que permita mejorar la calidad de las pólizas, para luego establecerlas de forma obligatoria.

6.3. Rol de las aseguradoras de cara a la remediación del daño.

El régimen actualmente vigente en Argentina deja en manos de las compañías aseguradoras 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. En los casos analizados, puede observarse que los sistemas normativos se han volcado a la última opción, de modo de tornar más ágil y eficiente la remediación.

Un camino intermedio, de posible aplicación podría ser la existencia de un listado de remediadores con capacidad técnica para efectuar distinto tipo de tareas, cuya capacidad sea verificada por la autoridad competente ambiental al incluirlos en el listado, respecto del cual la compañía asegurada pueda optar libremente.

6.4. Límites a la responsabilidad de remediar

Otra de las grandes discusiones se relaciona con la necesidad o no de establecer un límite para la remediación. En Argentina la Resolución conjunta SAyDS N° 1973/07 y SF N° 98/07 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. El sector industrial y de servicios critica la amplitud de esta noción de recomposición que propone la normativa, al demandar el restablecimiento del ambiente al estado anterior a la producción del daño, por tornar la obligación excesivamente onerosa y de imposible cumplimiento.

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.

Esta circunstancia, como ya se analizó, se tuvo en cuenta en la comunidad europea, cuando se reflejó en el Libro Verde la necesidad el establecimiento de límites al principio de la responsabilidad civil objetiva, ya que de no existir, o establecerse en sumas muy elevadas se desanimará la actividad industrial. En cambio si los límites son muy bajos se desalentará la realización de conductas de prevención.

España soluciona este problema estableciendo en sus seguros módulos dirigidos a la cobertura de un problema concreto (limpieza de terrenos, aguas subterráneas y superficiales o costes de medidas correctoras, bienes de terceros en custodia, responsabilidad civil de las consultoras por los servicios prestados a los clientes o para profesionales de ingenierías encargadas de la construcción de equipos o plantas como depuradoras o vertederos) y que pueden combinarse de acuerdo a las necesidades de las empresas y del tipo de contaminación que se desea cubrir (repentina, accidental o gradual).

En este sentido, creo que la solución en términos pragmáticos no puede significar una interpretación restrictiva del concepto de daño ambiental o de recomposición, por cuanto podría afectar la tutela constitucional del bien jurídico que se busca proteger. Resulta necesaria la búsqueda de un equilibrio entre una reparación amplia e instrumentos económicamente rentables. El fomento de la proliferación de mecanismos de seguros, con regímenes de limitaciones adaptados a las necesidades de cada empresa, como los implementados en España y Estados Unidos, pareciera ser una medida orientada a ese objetivo.

7. Conclusiones

A modo de síntesis, podría decirse que la discusión en torno al seguro ambiental en Argentina, tanto desde sus aspectos jurídicos, como en lo relativo a sus consecuencias prácticas se encuentra lejos de estar cerrada. Los instrumentos establecidos en la normativa carecen de efectividad, y lo que es peor no parece evidenciarse la existencia de mecanismos institucionales del Estado que se encuentren trabajando en forma articulada, abiertos a tratar y resolver en forma consensuada el tema en cuestión.

El seguro de caución tal como se encuentra 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. El establecimiento de un seguro de responsabilidad por daño medioambiental supuso un cambio positivo hacia un esquema que compromete a las compañías aseguradoras a responder ante la ocurrencia de un siniestro. Esto podría llevar 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. De todas formas este nuevo sistema no se encuentra perfeccionado lo que lo vuelve ineficiente, al margen de la suspensión recaída actualmente sobre él.

En virtud de ello, creo que el sistema necesita ser replanteado: en primer lugar es necesaria una apertura de los mercados para el desarrollo de productos aseguradores eficientes, que tengan en cuenta los costos de las empresas, la valuación de los efectos dañinos y la capacidad de recomposición. La experiencia ha mostrado que es inútil el establecimiento de medidas compulsivas por medio de reglamentos que no tienen en cuenta las verdaderas necesidades del mercado. Un camino de implementación progresiva, aprendiendo de las experiencias del sector resultaría beneficioso tanto para las empresas, como para la sociedad y el medio ambiente en su conjunto.

Lograr ampliar el mercado de oferentes, estableciendo incentivos a la actividad aseguradora ambiental podría ser parte de la solución. Un buen ejemplo podría ser la eximición o reducción de impuestos a las primas típicamente aplicados a las operaciones de seguro, en este caso para aquellos seguros ambientales. De esta forma, mediante la correcta articulación de los instrumentos económicos entre sí, se favorecería el aumento de la oferta y su consecuente diversificación y especialización.

Resulta necesario contar con una mayor oferta, con productos aplicables a los distintos sujetos obligados, en función de sus características divergentes.

También sería necesaria la urgente creación del fondo de recomposición ambiental ordenado en la LGA. Algunas jurisdicciones como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha creado por Ley 3341 su propio fondo de compensación ambiental, pero es necesario su establecimiento a nivel nacional para otorgar una mayor garantía sobre una reparación económica más amplia, y agilizar el tiempo invertido en la remediación.

Asimismo, la creación del un pool de reaseguro en el mercado argentino, como hemos visto que se han implementado con éxito en muchos países puede contribuir con el financiamiento de las compañías aseguradoras en el país. Para ello, vuelvo a reiterar, es menester la diversificación del mercado asegurador que pueda organizarse en una asociación económica de tal envergadura.

La intervención activa del Estado tampoco debe subestimarse, el su rol garante último del medio ambiente, debe regular y controlar el sistema de forma clara, transparente y efectiva, tendiendo a la búsqueda de un equilibrio entre una reparación amplia del medio y la regulación de instrumentos económicamente rentables.

Cabe señalar que, más allá de todos los análisis y propuestas que puedan hacerse, ningún régimen de responsabilidad llegará a ser efectivo si en la sociedad no se encuentra plenamente instaurada una conciencia ambiental que lleve a exigir de los poderes públicos la adopción de medidas urgentes contra el daño ambiental.

También funciona en el sentido contrario: esta conciencia social también debe ser alimentada desde la propia administración pública y la legislación. Lo principal es partir de la confianza en el cumplimiento de las normas medioambientales, basada en ordenamientos transparentes y una clara motivación de la administración y la justicia para hacer cumplir las leyes, en las que todos los actores sociales se encuentren representados. De esta forma, el Estado garantizará adecuadamente la protección de un ambiente sano y equilibrado, como bien jurídico establecido en la Constitución.

Recientemente, en febrero de 2016, el Gobierno de la Nación ha anunciado que se estudia "aumentar los controles y penalidades en los casos de contaminación" y una nueva ley para regular los seguros ambientales obligatorios de las compañías mineras, que constituyen una de las mayores actividades con potencial contaminador en el país. En este sentido, sería una buena oportunidad para poder replantear el sistema, aprendiendo de los errores y estableciendo un sistema de garantía y seguro eficiente y rentable, tanto para las empresas como para la sociedad y sobre todo, el medio ambiente.

8. Bibliografía

- Bigorito, S. (2013): *El caso del seguro ambiental*. Revista Derecho Ambiental, La Ley, Año XX N° 2, Buenos Aires, Diciembre de 2013.
- Cabanillas Sanchez, A. (1997): *La reparación de los daños al medio ambiente*. Aranzadi, Pamplona.

- Calveyra, M. C. y Herrero, A. L. (2013): *Derecho del desarrollo sustentable: ¿Hacia dónde deben dirigirse en forma progresiva las acciones gubernamentales para asegurar el progreso de las comunidades actuales y las futuras generaciones?* publicado en "Tratado de los Tratados Internacionales" Tomo I, Coord. Carnota, Walter y Marianello, Patricio., La Ley, Buenos Aires.
- Canosa Usera, R. (2006): *¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?* Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. 2006 (151-215)
- De Miguel Perales, C. (1997): *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Civitas, Madrid.
- Dybdahl, D. J. (2000): *Users to real environmental insurance*. Environmental Claims Journal, Volume 12, Issue 4.
- Environmental Protection Agency. (1993): *Environmental Law: A Selective, annotated bibliography and guide to legal research*. National Service Center for Environmental Publications (NSCEP).
- Heras Herráiz, J. L. (2013): *El pool español de riesgos medioambientales Naturaleza y funcionamiento: la tarea de calcular los riesgos medioambientales*. Actuarios N° 33, 2013. Fundación Mapfre.
- Mills, E. (2005): *Insurance in a Climate of Change*. *Science Journal*. American Association for the Advancement of Science. 12 Aug 2005. Vol. 309, Issue 5737, pp. 1040-1044
- Rios, P. y Salgueiro, A. (2012): *La responsabilidad medioambiental y las garantías financieras: el régimen portugués y el ejemplo español como referencia para otros mercados*. Gerencia de riesgos y seguros. Madrid. Fundación Mapfre Estudios, núm. 112.
- Pesce, G. et alii (2012): *Análisis teórico y empírico de los seguros ambientales en Argentina*, Revista de Economía Política de Buenos Aires, año 6, Vol. 11, 81-118, Argentina.
- Richardson, B. J. (2002), *Mandating Environmental Liability Insurance*, 12 Duke Environmental Law & Policy Forum. 293-330
- Scordis, N., Suzawa, Y., Zwick, A. and Ruckner, L. (2014): *Principles for Sustainable Insurance: Risk Management and Value* (Fall 2014). Risk Management and Insurance Review, Vol. 17, Issue 2, pp. 265-276.
- Stiglitz, R. S. (2005): *Derecho de Seguros*, T I, 1° ed, La Plata.
- Trejo Poison, M. (2015): *El contrato de seguro medioambiental. Estudio de la responsabilidad medioambiental y su asegurabilidad*. Thompson Reuters. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- Viguri Perea, D. A. (2002): *La responsabilidad en materia medioambiental: el seguro ambiental*. Quinta Conferencia sobre el Medio Ambiente: Medio Ambiente y Empresa. Castellón, 18 al 20 de Noviembre de 2002. Disponible en http://www.ces.gva.es/cs/_htm_conferencias/conferencias_05.htm
- Villanueva, C. (2013): *El seguro ambiental en la Argentina*. Revista Futuro Sustentable, año 9, N° 49, Marzo/Abril 2013, Buenos Aires.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2001): *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid.