

### XIII – CONGRÉS MONDIAL

## ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT DES ASSURANCES- PARIS – 2010-

### **“INSTRUMENTOS ECONÓMICOS DE GESTIÓN AMBIENTAL. EL SEGURO DENTRO DE UN SISTEMA DE GARANTÍAS AMBIENTALES”.**

*Autora - Rossana Bril<sup>1</sup>*

Sumario: I. Introducción. 1. ¿Por qué un sistema de garantías? 2. La prevención: protagonista en el sistema de garantías. II. Acontecimientos más relevantes en política ambiental a nivel mundial. Breve reseña histórica. II.a) Protocolo de Kioto. II.b) Conclusión de la cronología. III. Conceptos para tener en cuenta para el desarrollo de este trabajo. III.a) Desarrollo sostenible o sustentable. III.b) Cambio climático. III.c) Recursos naturales. III.d) Medio ambiente y externalidades. III.e) Principio contaminador pagador. IV. Experiencia internacional en seguros ambientales. IV.a) Introducción. V. ¿Qué ha pasado en la Argentina con el seguro ambiental obligatorio? V.1. Introducción. a. La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional. b. Leyes Nacionales Ambientales que exigen seguros ambientales obligatorios. b.1. Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051. b.2. Ley de Residuos Industriales N° 25.612. b.3. El Régimen de Responsabilidad de la Ley N° 25.670. c. La Ley General del Ambiente. d. Fondos ambientales. V.2. Síntesis de las resoluciones administrativas. a. Resolución N° 177/2007, de fecha 19-2-2007 (SADS). b. Resolución Conjunta N° 178/2007 y N° 12/2007 –creación de la CAGFA–. c. Resolución Conjunta N° 98/2007 y N° 1.973/2007 –“Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva”–. c.1. Comentario a las condiciones de póliza propuestas por la CAGFA. d. Resolución N° 1.398/2008 –SADS–. VI. Seguro de caución ambiental en el modelo argentino. VII. Fondos ambientales privados –Artículo 22 LGA–. VII.1. ¿Qué son los fondos ambientales? VIII. Conclusión preliminar –planteo para una propuesta de “Sistemas de Garantías Ambientales”–. a. Propuesta. Soluciones de fondo y no de forma para las garantías ambientales. b. Mecanismo de operatoria de los fondos privados. c. ¿Qué pasa con el riesgo a las personas y los bienes de las personas causado a través del ambiente dañado?

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), Especialista en Derecho de Seguros y Reaseguros. Especialista en Impuestos Ambientales, Universidad Austral. Profesora de la Universidad Austral. Miembro de la AIDA –Rama Argentina–; miembro del Club de Abogados del Seguro. Docente de la AACS (Asociación Argentina de Compañías de Seguros). Docente de APAS (Asociación Argentina de Productores de Seguros). Autora de números artículos de doctrina sobre seguros ambientales; oradora y expositora en numerosas jornadas congresos, encuentros. Presidenta de la Fundación Planeta Tierra Universo –ONG–, y directora del Foro DEAm –Foro sobre Derecho, Economía y Ambiente–. Asesora en el ámbito privado de temas ambientales, y en el ámbito público fue asesora de la Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales de la Nación y Asesora de la Secretaría de Minería de la Provincia de San Juan. En ambos casos sobre seguros y fondos ambientales.

## I. INTRODUCCIÓN.

La protección ambiental es un tema que se encuentra dentro de las prioridades de todos los países desarrollados y en desarrollo. No sólo por las motivaciones ideológicas de grupos ambientalistas que defienden las especies de animales en extinción y propugnan por una forma de vida en sincronía con la madre tierra; sino también porque la característica de irreversibilidad que tiene el daño ambiental se ve directamente reflejada en la economía de los países, regiones y en la salud de las personas.

Desde hace varios años, los gobiernos han tomado conciencia de que la economía está directamente relacionada con los recursos naturales y el medio ambiente. Los daños al ambiente son irreversibles, costosos, y los recursos naturales limitados. En efecto, los “recursos naturales” son recursos económicos, y los daños que causamos a ese recurso económico no sólo repercuten en su falta de suficiencia, etc., sino también en la salud de las personas, en el acontecimiento de catástrofes y desastres naturales, a los cuales, seguidamente, los gobiernos (nacionales, provinciales, etc.) deben atender destinando más recursos económicos.

Es así como los problemas ambientales traen aparejados problemas económicos, y los problemas económicos, problemas sociales, y los problemas sociales, problemas internos y externos (nacionales e internacionales), y es por ese motivo que el derecho a un ambiente sano es un derecho humano, inherente al hombre por su propia naturaleza.

Tal como veremos en el capítulo referido a los acontecimientos históricos de mayor relevancia mundial, la preocupación por el daño ambiental, el cambio climático y la imperiosa necesidad de trabajar en un auténtico desarrollo sustentable y la toma de medidas para paliar los efectos negativos al ambiente presentan hoy un lugar de prioridad en la agenda de los gobiernos<sup>2</sup>.

Sin embargo, los encuentros y las intenciones manifestadas en tratados, convenios, propuestas de políticas ambientales, etc., tienen y han tenido una débil repercusión en la protección del ambiente; mientras el cambio climático avanza, sus consecuencias las vemos a diario, no necesitamos esperar cincuenta años, ni más ni menos.

Dentro de este contexto, los desastres ambientales y la magnitud de sus daños han tenido un fuerte impacto en el ámbito del seguro. Efectivamente, a partir de varios accidentes ambientales por escapes de petróleo dramáticos, tales como por ejemplo la varadura del buque tanque “Torrey Canyon” en el año 1967, el mundo del seguro se ha visto afectado por la presencia de siniestros de importancia económica y compleja en los cuales los daños ambientales han sido los principales protagonistas.

La experiencia demuestra que la magnitud de los daños ambientales es tal, que el costo de su recomposición escapa de la capacidad financiera de las aseguradoras, sólo basta recordar

---

<sup>2</sup> “Llamado mundial para salvar el planeta”, convocatoria a periodistas de todos los continentes. En preparación de la próxima cumbre de la ONU sobre cambio climático en Copenhague, expertos instaron a generar conciencia. Publicado en el diario *La Nación*, el 13 de octubre de 2009.

los casos de “Seveso”, “Love Canal”, “Bhopal” o “Exxon Valdez”; es por ello, que el mundo del seguro se introduce en el ámbito del derecho ambiental con cierta cautela.

El seguro como instrumento de garantía es el clásico mecanismo utilizado para transferir riesgos y contar con “cierto” respaldo para la atención a las víctimas que deben ser indemnizadas y responder económicamente por los daños causados.

Sin embargo, si bien el seguro cumple con una función social, carece de capacidad para solucionar los problemas ambientales. Efectivamente el mismo no sólo no es suficiente, sino que además es inadecuado como único sistema de garantías ambientales, tal como lo veremos desarrollado en el presente trabajo.

### **1. ¿Por qué un sistema de garantías?**

Porque el riesgo ambiental se presenta y/o manifiesta en diferentes aspectos, principalmente a las personas y sus bienes, a los bienes colectivos (agua, aire, suelo, etc.), ecosistema, recursos naturales, etc.

Como consecuencia de ello, cada uno de esos aspectos debe ser tratado en forma diferente. No es lo mismo la cuantificación y medición de los daños a las personas, que la de los daños a los bienes ambientales colectivos. Por lo general, éstos últimos son ilimitados y exceden la capacidad financiera de las empresas.

### **2. La prevención: protagonista en el sistema de garantías.**

Ahora bien, es fundamental que ese sistema de garantías ambientales contenga un marcado acento preventivo. En efecto, tanto los seguros como los fondos ambientales no deben presentarse separados de las medidas preventivas, sino que, por el contrario, deben estar íntimamente relacionados con ellas, transitando de esa forma un verdadero camino de prevención y protección ambiental por parte de quienes introducen un riesgo al medio ambiente por su actividad productiva.

Tanto la experiencia nacional como internacional en materia de seguros ambientales o de responsabilidad civil, nos han presentado sobradas muestras de que, cuando el responsable de un daño traslada el riesgo a una empresa aseguradora, el aspecto preventivo y el reparador pasan a un segundo plano. En tales casos los obligados cumplen con las formas, presentan las pólizas ante las autoridades, sin resolver la cuestión de fondo.

Ocurre en muchas ocasiones que, al momento del daño, la cobertura no es suficiente, la compañía de seguros es insolvente y el pasivo ambiental queda dentro de la sociedad.

En ese entendimiento, el objetivo del presente trabajo es presentar una propuesta integral de sistemas de garantías ambientales, en el cual el elemento predominante y central pasa por la “motivación de conductas preventivas ambientales”, mediante la creación y el desarrollo de Instrumentos Económicos de Gestión Ambiental (en adelante IEGA), para garantizar el daño ambiental identificado como daño colectivo o el daño medioambiental. Con énfasis en

la prevención, y responsabilidad de los agentes dañadores del ambiente, implican un cambio de conductas y de paradigmas del clásico sistema de transferencia de riesgos y seguros.

Así como el principio de “el que contamina paga” ha sido reemplazado por el de que “el que contamina repara”, se propone en el presente trabajo lo siguiente: “el que introduce un riesgo al ambiente (llámese aire, suelo, agua, minerales, petróleo, etc.) entrega una garantía por posibles daños”.

En ese entendimiento para los daños ambientales de incidencia colectiva<sup>3</sup>, o daños medioambientales, “el que introduce un riesgo al ambiente entrega una garantía por posibles daños”, para lo cual separa y afecta parte de “su” patrimonio para garantizar por ese daño. Si no hay daño, el patrimonio lo recupera; si hay daño ese patrimonio es afectado a la reparación.

En esa inteligencia, en la medida que mayor sea el riesgo ambiental del agente obligado, mayor será el patrimonio de afectación por separar para esa garantía; en la medida que menor sea el riesgo ambiental, menor será el patrimonio de afectación, de esa forma la motivación de la conducta preventiva estará basada en la exposición a riesgo.

Sostenemos que el riesgo ambiental de incidencia colectiva no puede ser transferido, al igual que hemos confirmado con la experiencia que “el que contamina no paga”.

Y en su caso, si pretendemos transferir el daño de incidencia colectiva, *¿cómo nos garantizamos que el que ha asumido el riesgo va a pagar?, ¿cómo evitaremos que las catástrofes financieras internacionales no afecten el respaldo financiero del seguro ambiental?*

Por otra parte, *¿de qué forma un seguro ambiental por los daños colectivos logrará motivar la conducta preventiva?* En definitiva estamos hablando de una transferencia de riesgo, con lo cual el que contamina no va a pagar y suponemos que la compañía que lo aseguró sí va a pagar. El que contamina ha contratado un seguro ambiental, con lo cual los cuidados ambientales que deberá contemplar serán los que le corresponda por ley más los que le indique la compañía. Y en este último punto dependerá de la flexibilidad o no de la compañía en la suscripción de riesgo ambiental.

Con lo cual, *¿cómo lograremos una auténtica motivación de conducta preventiva si promovemos la transferencia de riesgo?*

*Sostenemos que el daño ambiental de incidencia colectiva no debe ser transferido, debe ser evitado, prevenido, para lo cual debemos inexorablemente generar Instrumentos Económicos Ambientales que apunten a la motivación de esa conducta.*

---

<sup>3</sup> A los fines del presente trabajo, nos referiremos a los daños de incidencia colectiva, los definidos en el Art. 27 de la Ley General del Ambiente N° 25.675, que dispone: “[...] Se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

*¿Por qué instrumentos económicos?* Porque es parte de la naturaleza del hombre comportarse de acuerdo con motivaciones económicas.

*¿Cómo logro la motivación de la conducta?* Si el potencial contaminador se encuentra obligado a separar de “su” patrimonio un activo líquido y debe caucionarlo o afectarlo como garantía en un fideicomiso, y el monto de ese patrimonio de afectación tiene relación directa con la potencialidad del daño que por su actividad pueda causar al ambiente, el comportamiento de ese agente será netamente preventivo.

A mayor riesgo, más separo y a menor riesgo menos separo; si disminuyo el riesgo creado en la misma proporción que ha sido disminuido el mismo, recupero el patrimonio afectado.

Para el desarrollo y fundamento del presente trabajo, haremos un paneo de los hechos políticos más importantes a nivel mundial referidos a protección ambiental y desarrollo sustentable. Seguidamente, una breve descripción de la experiencia internacional en materia de fondos y seguros ambientales. Presentaremos el caso argentino en relación con las leyes que exigen seguros ambientales obligatorios y la problemática que ha creado, para finalmente desarrollar una propuesta integral sobre un sistema de garantías ambientales que comprende seguros y fondos, en el cual la conducta preventiva como motivadora del “sistema” es la principal protagonista.

## **II. ACONTECIMIENTOS MÁS RELEVANTES EN POLÍTICA AMBIENTAL A NIVEL MUNDIAL. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.**

La Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Estocolmo sobre el Medio Ambiente (1972) fue el primer paso de la comunidad internacional por tomar contacto con las relaciones entre el medio ambiente y el desarrollo económico a nivel mundial. La Conferencia logró situar el tema del medio ambiente como de interés mundial mediante la adopción del Plan de Acción de Estocolmo, el primer plan de acción mundial en pro del medio ambiente, que sirvió de base para un programa normalizado y un marco de políticas comunes para encuadrar la primera generación de medidas ambientales. Se aprobó una declaración de 26 principios y 103 recomendaciones, que sirvió de base para la inclusión del tema ambiental en las acciones de gobiernos y la inclusión de la protección ambiental dentro de las legislaciones. Luego de la Conferencia se estableció el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y comenzó la búsqueda de un concepto nuevo, perfeccionado de desarrollo relacionado con *los límites de la base de recursos naturales*, en el cual las consideraciones ambientales desempeñaron un papel central.

En la Conferencia de Estocolmo por primera vez se reconoce la “[...] necesidad de un criterio y principios comunes, que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio ambiente humano”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Del texto de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.

Años después, en la sede del PNUMA (organismo creado por la ONU en 1973 para trabajar por el medio ambiente), se celebra la Conferencia de Nairobi. En la Declaración de Nairobi de 1997, aprobada por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y apoyada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se establece claramente que el PNUMA es “el principal órgano de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente” y se aclara su función como “principal autoridad ambiental mundial que establezca las actividades mundiales en pro del medio ambiente, promueva la aplicación coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúe como defensor autorizado del medio ambiente a nivel mundial”.

Luego, en el año 1985, las naciones convinieron en adoptar medidas apropiadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono. El objetivo del Convenio es alentar la investigación entre países e intercambio de información. Gracias a las investigaciones realizadas a partir de esta propuesta, en el año 1897, se llegó a un acuerdo sobre la adopción de medidas concretas y se formó el Protocolo de Montreal.

En el año 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo presentó su informe titulado “Nuestro Futuro Común”, se presenta el informe de World Comisión, que incorpora y formaliza el concepto de desarrollo sostenible, como : “[...] en la creencia que el desarrollo sostenible, que implica satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas, debería convertirse en el principio central que guíe a las Naciones Unidas, a los Gobiernos e Instituciones privadas, organizaciones y empresas [...]”.

En el Protocolo de Montreal, sobre sustancias que agotan la capa de ozono, se acordó definitivamente, en la sede de la Organización Internacional de Aviación Civil en Montreal, la eliminación de las sustancias que agotan a la capa de ozono como su objetivo final.

Luego, el Convenio de Basilea (1989) sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, tiene como objeto la protección de la salud humana y el medio ambiente frente a los efectos adversos que pueden resultar de la generación.

Exactamente 20 años después de Estocolmo, en Río de Janeiro tuvo lugar la Cumbre para la Tierra. La Conferencia fue un importante punto de inflexión para volver a orientar las políticas nacionales e internacionales hacia la integración de las dimensiones ambientales en los objetivos económicos y de desarrollo.

Los resultados de la Conferencia, en particular el Programa 21 y los Principios de Río, fueron fundamentales para el fomento del desarrollo y el fortalecimiento de la arquitectura institucional para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional.

*Destacamos que el principio dieciséis<sup>5</sup> establece el deber de las autoridades nacionales de fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, mediante el principio “quien contamina paga”.*

En el capítulo 38 del Programa 21 se esbozan arreglos institucionales internacionales, y se especifican las tareas que debe desempeñar el PNUMA. Posteriormente, en la Resolución N° 47/191 de la Asamblea General, del 22 de diciembre de 1992, se establecieron nuevos arreglos institucionales internacionales, incluido el establecimiento de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible. Se aceleró el desarrollo de regímenes internacionales para abordar complejos problemas ambientales mundiales, como el cambio climático, la diversidad biológica y la desertificación. Además de los gobiernos, cada vez se han reconocido como más esenciales para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible las organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y otros grupos principales de la sociedad.

*Es necesario introducir un nuevo modelo de gestión ambiental a nivel internacional basado en la necesidad del desarrollo sostenible que satisfaga los requisitos sociales, económicos y ambientales interrelacionados. Los problemas ambientales de hoy no pueden seguir tratándose de forma aislada, sino que están unidos inexorablemente a las demandas sociales, las presiones demográficas y la pobreza en los países en desarrollo, en contraposición con un consumo excesivo y derrochador en los países desarrollados. Además, cualquier enfoque del fortalecimiento de la gobernanza ambiental a nivel internacional debe inspirar la sensación de pertenencia y el compromiso universal y creíble de todos los interesados, una base autorizada indiscutida y una financiación suficiente, estable y predecible.*

La Convención de Biodiversidad<sup>6</sup> establece en su artículo primero como su objetivo fundamental la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización. Para ello, cada parte contratante adoptará medidas económicas y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica.

La III Conferencia de las Partes sobre el Cambio Climático tuvo lugar en Kioto en diciembre de 1997. Como resultado del encuentro, fue aprobado un protocolo legalmente vinculante para los firmantes por el cual un total de 39 países se comprometieron a limitar las emisiones de los principales gases de efecto invernadero en el período comprendido entre 2008-2012. Se adoptaba así el primer Protocolo que desarrollaba el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Recién en el año 2001, un total de 180 países firman el acuerdo de puesta en marcha del Protocolo de Kioto. Estados Unidos no lo firma.

---

<sup>5</sup> Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. Dentro de los contenidos de la agenda 21, proclama en el principio 16: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en *principio*, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

<sup>6</sup> Conferencia realizada en Buenos Aires, en noviembre de 1996, convenio ratificado por 162 países que formaron parte de la COP.

En el año 2004, el Protocolo de Kioto es ratificado por Rusia. Esta situación resultaba fundamental para la implementación de una serie de medidas muy importantes para reducir las llamadas “emisiones difusas”<sup>7</sup>, puesto que con la ratificación por parte de Rusia se cubría la firma de los Estados que emitían el 55% de los gases de efecto invernadero globales. Nos referiremos al PK con más detalle en el punto II.a) del presente.

Dentro de la Unión Europea, también se dictan normas de protección ambiental que deben ser atendidas por los países que la forman. Son los llamados “Programas Comunitarios de Acción en Materia de Medioambiente”<sup>8</sup>.

En el ámbito regional, en el año 1991, fue creado el Mercosur: los mandatarios de las Repúblicas de Argentina, Federativa de Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay suscribieron el llamado Tratado de Asunción, con el principal objetivo de constituir un Mercado Común del Sur (Mercosur). El Mercosur es una organización económica, política cultural, jurídica y administrativa de integración latinoamericana.

El Preámbulo del Tratado de Asunción establece el objetivo de acelerar el desarrollo económico con justicia social, define entre sus considerandos: “[...] el objetivo de constitución de un mercado común debe ser alcanzado desde el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de igualdad, flexibilidad y equilibrio”.

El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, resultado de la VII Reunión de Trabajo del Subgrupo N° 6, en Asunción (República del Paraguay), en el año 2001: los Estados miembro se comprometen a asumir en relación con la protección del ambiente y el desarrollo sustentables, la promoción de la protección del medio ambiente y el aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales.

## **II.a) Protocolo de Kioto.**

Punto aparte merece el comentario sobre el Protocolo de Kioto. Fue el primer instrumento legal en el compromiso de reducción de gases de efecto invernadero.

En efecto, el año 1997, las Partes<sup>9</sup> de la Convención aprobaron el Protocolo de Kioto en el que acordaron consolidar las metas de reducción de emisiones establecidas en la Convención, en la que los países reducirían o limitarían sus emisiones de gases de efecto

---

<sup>7</sup> Como las de transporte, calefactores, etc.

<sup>8</sup> I Programa 1973-77; II Programa 1977-1981; III Programa 1982-1986; IV Programa 1987-1992; V Programa 1992-2000.

<sup>9</sup> La definición del término “parte” es la que figura en el Protocolo (Artículo 1º, puntos 6 y 7) que indica: “[...] por *Parte* se entiende, a menos que del contexto se desprenda otra cosa, una Parte en el Protocolo. Por *Parte* incluida en el Anexo I se entiende una Parte que figura en el Anexo I de la Convención, con las enmiendas de que pueda ser objeto, o una Parte que ha hecho la notificación prevista en el inciso g) del párrafo 2 del Artículo 4º de la Convención”.



invernadero (GEIs en un 5,2% respecto de valores de 1990), y la meta debería ser alcanzada al finalizar el Primer Período de Compromiso (comprendido entre 2008-2012).

Los países firmantes se comprometen a cumplir con la meta de “estabilizar la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera a niveles que eviten interferencias antrópicas con el sistema climático”.

El dióxido de carbono es el que mayor incidencia tiene en el cambio climático; este gas se produce por la quema de combustibles fósiles, y representa un insumo básico para los sistemas productivos.

A fin de lograr los objetivos propuestos, el PK incentiva la implementación de Metodologías de Desarrollo Limpio, en países (no Anexo I<sup>10</sup>), mediante la aplicación del principio de la equidad en la asignación de cargas para la mitigación y la adaptación a la nueva situación, ello implica la obligación de los países desarrollados (principales responsables de las emisiones de GEIs –gases de efecto invernadero–<sup>11</sup>) de transferir tecnologías más limpias a los países en desarrollo y otorgarles asistencia financiera para enfrentar el problema y, especialmente, para que puedan cumplir con los compromisos adoptados para la mitigación de las emisiones de gases efecto invernadero.

El Protocolo de Kioto establece para las partes incluidas en el Anexo 1, el compromiso de aplicar medidas tendientes a la reducción progresiva o eliminación gradual de los incentivos fiscales, las exenciones tributarias y arancelarias y las subvenciones que sean contrarios al objetivo de la convención en todos los sectores emisores de gases efecto invernadero (Art. 2.1.v.). Asimismo, las partes no incluidas en el Anexo I deberán ayudar a las partes a contribuir al objetivo último de la convención (Art. 12. 2).

Por otra parte, el Artículo 12 del PK establece un mecanismo por el cual las partes del Anexo I pueden utilizar reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos. Lo cual motiva a la iniciativa privada en la inversión de Mecanismos de Desarrollo Limpio, que luego de certificarlos y cuantificarlos, emiten los llamados Bonos de Carbono, que representan Créditos de Carbono (CERs), y pueden ser comercializados en el mercado de Carbono.

Sin embargo, todos recordamos el Protocolo de Kioto, el ir y venir de países que firmaban y países que no firmaban. La incertidumbre ante ese resultado. La rotunda negativa de EE UU. La expectativa que despertaba Rusia, desde una posición ambigua. Pero finalmente Rusia firmó y un inmenso suspiro de alivio descendió sobre todos los integrantes de esas

---

<sup>10</sup> El PK contiene el llamado Anexo I, en el cual se encuentra el listado de todos los países desarrollados que han asumido el compromiso, en diferentes grados, de disminuir su emisión de gases de efectos invernadero, y los países no Anexo I, que son los que están en vías de desarrollo –entre los cuales se encuentra Argentina– que se benefician con los mecanismos de desarrollo limpio, y obligados a ayudar a las partes del Anexo I, a dar cumplimiento con este compromiso (Art. 12 PK).

<sup>11</sup> Los seis gases de efecto invernadero regulados por el PK son: Dióxido de Carbono (CO<sub>2</sub>), Metano (CH<sub>4</sub>), Oxido Nitroso (N<sub>2</sub>O), Hidrofluorocarbonos (HFC's), Perfluorocarbonos (PFC's), Hexafluoruro de Azufre (SF<sub>6</sub>).

reuniones que se iban celebrando por todo el planeta. El Protocolo entró en vigor oficialmente el 16 de febrero de 2005, y a partir de entonces todos los años se reúnen en las Convenciones de las Partes (COP).

El propósito es intercambiar información y definir estrategias, tomando en cuenta, por otra parte, a los países en desarrollo para el asesoramiento sobre nuevas tecnologías para el cambio climático.

Si bien el documento tenía las mejores intenciones, no se puede decir mucho en cuanto a los resultados obtenidos en estos años que se encaminan hacia 2012 sin prisa y sin pausa. A partir de ese momento fueron celebradas en todo el planeta infinidad de cumbres y reuniones, durante las cuales hubo muchos desacuerdos y pocos acuerdos y así llegamos a la COP 13, la Conferencia sobre el Clima de la ONU.

### ***Bali - COP 13.***

En Bali, Indonesia, del 3 al 14 de diciembre de 2007 se reunieron los delegados de los 187 países integrantes de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas. Por otra parte, estaban presentes además una gran cantidad de medios de comunicación y representantes de la sociedad civil, haciendo su aparición, paralelamente, activistas de organizaciones sociales y movimientos ecologistas, llegados de todas partes del planeta, *levantando la bandera por la justicia social, la justicia ecológica y de género.*

En tanto la Conferencia estaba plagada de contradicciones a pesar de que los unía un objetivo vital, un acuerdo de reducción de emisiones para después del año 2012; un compromiso que se había acordado ya, además de ayuda tecnológica y financiera para la adaptación de los países en vías de desarrollo. Entre otras cosas, la definición de mecanismos necesarios a los principios de equidad y justicia climática.

La Unión Europea llevó sus propuestas pero tuvo que renunciar a ellas, aunque las mismas contenían fechas y proponían cifras de reducción de emisiones.

Estas cifras no convencieron a EE UU, que se negó a firmarlas.

Los países industrializados y ricos presionaron para que los países pobres también redujeran sus gases de efecto invernadero.

Las negociaciones se tornaron difíciles y estuvieron al borde del fracaso.

Finalmente, los países no industrializados cedieron ante la exigencia del compromiso de reducción de emisiones y los industrializados, a transferir fondos y tecnología de manera “medible, verificable y notificable”, como lo exigió India.

En este clima, de alguna manera tumultuoso y de escasos acuerdos, se preparó la próxima Cumbre para el Protocolo de Copenhague, que reemplazará al Protocolo de Kioto.

### ***COP 15 - Cumbre de Copenhague.***

Llegamos al año 2009 y, en Bonn, se ha realizado una reunión sobre cambio climático que antecede a la Cumbre de Copenhague, que se hará en diciembre de 2009 (debemos tener en cuenta que el presente trabajo se ha realizado antes de la reunión de Copenhague).

Hay expectativas de que, para esa fecha, Estados Unidos firme la nueva versión del Protocolo de Kioto.

La Cumbre se llevará a cabo del 7 al 18 de diciembre del presente año, en Copenhague, capital de Dinamarca.

Su importancia está centrada en la negociación de un nuevo Protocolo que sustituya en el año 2012 el Protocolo de Kioto.

Dinamarca es un país anfitrión muy adecuado para la COP 15, ya que tiene un *importante liderazgo en el campo de la energía eólica que, como sabemos, junto a la solar, es una energía limpia y no contaminante. Este país produce más del 10% de su energía con molinos de viento, y su empresa danesa, Vestas, tiene ingresos superiores a los 8 mil millones de dólares por año. Ha creado, además, un Ministerio de Medio Ambiente que se especializa en reducir la contaminación local y otro Ministerio de Clima y Energía cuyo objetivo es la reducción del consumo de energía.*

Los representantes de 189 países se darán cita en Copenhague, ministros y funcionarios que acudirán allí para la búsqueda de soluciones y el propósito de llegar a un acuerdo vinculante sobre el cambio climático<sup>12</sup>.

## **II.b) Conclusión de la cronología.**

De la cronología de los hechos históricos más relevantes descriptos en materia de política ambiental a nivel internacional, se destaca la enorme preocupación que reina en torno a la contaminación ambiental, la introducción del concepto de desarrollo sostenible o sustentable en la economía, como así también la necesidad de acelerar los plazos, decisiones y hechos en materia ambiental, debido a que las consecuencias no son ya para las generaciones venideras, sino para la actual y vigente generación.

Por otra parte, actualmente se conoce que las pérdidas materiales y las personas afectadas por el cambio climático y los problemas ambientales, en los países en desarrollo, superan a las de los países más desarrollados. En efecto, los países más desarrollados vienen trabajando e invirtiendo en lograr un desarrollo sustentable.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que *el daño ambiental y las consecuencias dañosas ambientales se encuentran globalizados. ¿Cómo los países más desarrollados van a evitar la migración de poblaciones enteras procedentes de los países más castigados por la pobreza causada por el cambio climático?*

Así como no es posible dividir el daño ambiental socializado, ni el impacto de sus consecuencias dentro de un país, tampoco es posible dividir el planeta.

Todo se encuentra interconectado e interrelacionado. Y lo que perjudica a uno, indefectiblemente impacta en el otro, y las medidas aisladas que en forma independiente

---

<sup>12</sup> Bril, Rossana, "Rumbo a Copenhague" - Publicación de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros", *Novedades*, septiembre de 2009, pp. 13 y 14.

puedan hacer los países, no los libera de las consecuencias de los impactos ambientales negativos que tengan lugar en otros continentes.

Al respecto, es importante destacar que en una de las últimas reuniones previas a la Cumbre de Copenhague, se hizo hincapié en que *los mecanismos hasta el momento instrumentados para lograr un adecuado desarrollo sustentable no han sido suficientes ni eficaces para paliar los aludidos efectos no deseados que impactan sobre las economías, y que se originan en el cambio climático y generan externalidades negativas.*

Como principal ejemplo tenemos el principio “el que contamina paga”, ahora sustituido por el principio “el que contamina repara”, que en esencia son lo mismo.

Sin embargo, este tipo de principios ha dado sobradas muestras de su ineficiencia, *puesto que el que contamina destruye los recursos naturales y luego no paga, y en su caso “no repara”.*

Consecuentemente, el daño ambiental queda socializado, posteriormente globalizado, y el cambio climático continúa en aumento.

Es necesario *un cambio de rumbo, un cambio de paradigmas, asumir costos que hasta ahora no han sido asumidos por los gobiernos y por los agentes contaminantes.* Generar instrumentos de gestión ambiental motivadores de conductas sustentables y preventivas tendientes a la evitación del daño ambiental, a través de premios y no de los castigos. Los premios deben ser inmediatos, a diferencia de los castigos que requieren de procesos larguísimos y costos cuyas soluciones, en la mayoría de los casos, son tardías cuando no imposibles.

En ese sentido, es fundamental trabajar sobre la creación de instrumentos económicos de gestión ambiental (IEGA), dentro de los cuales se encuentran los seguros y los fondos privados (entre otros).

En esa línea de investigación el grupo de países que forman la OCDE<sup>13</sup> hace tiempo viene trabajando en el desarrollo de instrumentos económicos ambientales. *“La tendencia y orientación de los instrumentos económicos ambientales es que los mismos sean motivadores de conductas, y no sancionadores”*<sup>14</sup>.

Al respecto corresponde destacar que si bien los IEGA tuvieron su punto de partida en el ámbito de los tributos o impuestos ambientales, los mismos han excedido dicho ámbito, encontrándose dentro de ellos los seguros, las fianzas (*performance bonds*) y los fondos de compensación ambiental. Además de exenciones impositivas, subvenciones, cánones de utilización (*user charges*), impuestos sobre los recursos naturales (*taxes for natural resource management*), entre otros.

---

<sup>13</sup> En este punto es muy interesante el trabajo de los Dres. Pedro Manuel Herrera Molina – Domingo Carbajo Vasco, del Libro *Deiro Tributario Ambiental*, Organizado por Heleno Taveira Torres, ed. Malheiros, pp. 158 y 159.

<sup>14</sup> Bril, Rossana, “Publicación de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros”, N° 9, *Rumbo al Protocolo de Copenhague: expectativas para el mercado de seguros*, septiembre de 2009, pp. 14 y 15.

Sin embargo, tal como lo hemos destacado, el seguro como instituto no es suficiente para dar respuesta a este contexto de tanta urgencia en lo que se refiere a las modificaciones de las conductas ambientales. Se trata de un instrumento adicional, pero necesariamente debe estar acompañado, o acompañar un sistema de fondos privados que apunten directamente a la motivación de la conducta preventiva, y en última instancia “reparadora”.

### **III. CONCEPTOS PARA TENER EN CUENTA EN EL DESARROLLO DE ESTE TRABAJO.**

Antes de ingresar al análisis de la formación de un sistema integral de garantías, constituido por seguros y fondos ambientales, resulta necesario ahondar en algunos conceptos económico ambientales, que se requiere conocer para el desarrollo de este trabajo.

#### **III.a) Desarrollo sostenible o sustentable.**

El desarrollo sostenible puede ser definido como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. Esta definición fue empleada por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU<sup>15</sup>.

Se destaca en este informe la relación entre el desarrollo de las economías y el problema ambiental.

El informe finaliza: “[...] la compatibilidad de los objetivos ambientales con los económicos a veces se pierde, cuando se tratan de conseguir ganancias individuales o colectivas y se otorga escasa consideración a sus consecuencias a largo plazo de las decisiones adoptadas en el momento. La rigidez de las instituciones se añade a esta miopía”.

Para la aludida Comisión de las Naciones Unidas, “la prosecución de un desarrollo sustentable requiere de varios factores, entre los cuales señalaremos los siguientes:

Un sistema económico capaz de producir excedentes y conocimientos técnicos con base constante; un sistema internacional que promueva modelos duraderos de comercio y finanzas, un sistema administrativo flexible capaz de autocorregirse”.

“El trabajo califica el concepto de *desarrollo sostenible* como complejo. Involucra, por cierto, un desarrollo que es sustentable en el largo plazo, en términos no sólo económicos, sino también sociales y ambientales, es decir, que mantengan la productividad de los sistemas naturales. Con anterioridad, se había concentrado la atención en la eficiencia económica, sin considerar factores sociales y, en ocasiones, deteriorando la naturaleza”<sup>16</sup>.

En la 96ª reunión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas celebrada el 11 de diciembre de 1987 se presenta el Informe 42/187 de la *World Comisión* que comienza: “[...] conscientes del acelerado deterioro del medio ambiente [...] En la creencia de que el desarrollo sostenible, que implica satisfacer las necesidades del presente sin comprometer

---

<sup>15</sup> Presentación del Informe 42/87 de la WCED de la ONU o informe Brundtland.

<sup>16</sup> Bellorio Clabot, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo II, Ed. Ad-Hoc, p. 412.

la capacidad de las generaciones futuras pasa satisfacer las suyas, debería convertirse en el principio central que guíe a las Naciones Unidas, a los Gobiernos e instituciones privadas, organizaciones y empresas [...].

“La sostenibilidad es a la vez un presupuesto intrínseco para el desarrollo de los países pobres, ya que es impensable que puedan salir de tal condición si deterioran sus recursos: agua, suelo, bosques. La contaminación es en sinónimo despilfarro y por lo tanto a medio y largo plazo resta riqueza. Estas consideraciones son válidas también para las sociedades avanzadas, que podrán crecer más, económica y ecológicamente a la vez, generando combustibles limpios y equipos descontaminadores, e incrementando la productividad sobre la base de tecnologías limpias”<sup>17</sup>.

Lo más saliente para destacar a partir de la mencionada declaración es que el *concepto de desarrollo sostenible o sustentable* es el principio rector de las políticas medioambientales, y tal como surge de los diferentes hechos o hitos a nivel gubernamental local, regional o internacional, este concepto se encuentra dentro de los objetivos de las políticas de Estados mundiales.

El concepto de *desarrollo sostenible* ha sido incorporado en nuestra Constitución Nacional en la reforma introducida en el año 1994, manifestado en el Artículo 41, tal como es analizado en el punto V.1.a).

### **III.b) Cambio climático.**

El efecto invernadero es una noción que implica considerar al planeta como un vivero natural. Ciertos gases, en especial dióxido de carbono, actúan en la atmósfera de manera tal que crean una “barrera” que mantiene caliente la superficie de la Tierra. Los rayos solares atraviesan la atmósfera y son absorbidos por la superficie terrestre, la cual se calienta; pero durante la noche, esta energía es devuelta al espacio. Actualmente, debido a la barrera antes mencionada, los rayos solares llegan a la superficie, pero no pueden salir, debido a que la barrera actúa como el vidrio del invernadero. De esta manera el calor queda atrapado, lo que produce el calentamiento del planeta, y los constantes cambios de temperatura.

Para graficar tales cambios, sólo basta con observar un poco cómo ha cambiado la temperatura en nuestro país; qué ha pasado con los glaciares; cómo han aumentado recientemente los huracanes, tanto en México, como en los Estados Unidos; la desaparición de pueblos enteros en países de Latinoamérica debido a los derrumbes de montes, por el lodo como consecuencia de las lluvias; las bajísimas temperaturas en Europa, etc.

Lamentablemente, con sólo leer las noticias nacionales e internacionales, podemos advertir claramente que el calentamiento de la Tierra no es un mito de los ecologistas, en contra de las empresas que contaminan, sino una realidad, que diariamente podemos comprobar.

---

<sup>17</sup> Mateo, Ramón, “El monopolio público de la tutela ambiental”, JA 1998-IV-1002, publicado Lexis Nexis.

Las manifestaciones de las consecuencias del daño al medio ambiente se reflejan también en el aumento de enfermedades y nuevos virus, de origen desconocidos.

Debemos tener presente que, actualmente, estamos ante fenómenos climáticos que se aguardaban para años venideros. El cambio climático no sobrevendrá, está aquí, somos testigos diariamente, gracias a los medios de comunicación de las variaciones que se están dando con respecto a las temperaturas en todo el planeta.

En 2001, la Comisión Internacional de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC), dependiente de las Naciones Unidas, publicó un informe en el cual se reconocía que la acción del ser humano en el cambio climático de la Tierra era apreciable y que el calentamiento global del planeta ya no era una especulación.

Resulta importante destacar en el resultado del llamado Resumen<sup>18</sup> las siguientes conclusiones:

- 1) los cambios de clima recientes, particularmente los aumentos de temperatura, han afectado a muchos sistemas físicos y biológicos; pudiendo mencionar los siguientes:
- 2) disminución de los glaciares; el congelamiento retrasado y la ruptura más temprana del hielo en ríos y lagos; la declinación de ciertas especies de animales; los adelantos en el florecimiento de especies vegetales, emergencia de insectos y del empollar de las aves;
- 3) algunos sistemas humanos han sido afectados por los aumentos recientes en condiciones de inundación y sequía;
- 4) pérdida de diversidad biológica;
- 5) muchos sistemas humanos son sensibles al cambio climático, y algunos son vulnerables;
- 6) los impactos adversos incluyen: una reducción general en el rendimiento potencial de los cultivos; disminución de la disponibilidad de agua en poblaciones donde ya es escasa; un incremento en el número de personas expuestas a enfermedades transmitidas por vectores (malaria) y enfermedades producidas por el agua (cólera), y un aumento en la mortandad por estrés térmico, etc.

Destaco este informe, porque claramente el cambio climático afecta las economías de los países, lo que requiere de una urgente atención por parte de los gobiernos. Urgente porque no hay tiempo, porque las consecuencias las vivimos día a día.

### **III.c) Recursos naturales.**

Concepto: La definición de recursos naturales ha sido desarrollada por la doctrina.

---

<sup>18</sup> Entre el 13 y 16 de febrero de 2001 tuvo lugar en Ginebra la Reunión Planetaria de Grupo de Trabajo II del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC). En dicha reunión los representantes de 100 países aprobaron el llamado “Resumen para responsables de políticas y tomadores de decisión”, que describe el estado actual de conocimiento de los impactos, adaptación y vulnerabilidad al cambio climático y las incertidumbres respectivas.

El concepto se encuentra relacionado y proviene de la economía, y es aplicado a la totalidad de las materias primas y medios de producción que el hombre toma para su actividad económica, su desarrollo y subsistencia. Mario Valls define como recursos: “[...] los elementos que el hombre puede utilizar para su beneficio. Los recursos naturales son los que le brinda la naturaleza. Existen sin la acción del hombre, pero tampoco el hombre puede crearlos”<sup>19</sup>.

Se trata de los bienes que tienen su origen en la naturaleza y que no han sido transformados ni creados por el hombre. Entre ellos se incluyen el aire, el agua, el suelo, los yacimientos minerales, los bosques, la fauna, la vida silvestre, etc. Tienen la capacidad de satisfacer las necesidades humanas, y son la base de la economía y riqueza de los países.

Los recursos naturales son básicamente las riquezas de la tierra, componentes renovables y no renovables, y un elemento clave del desarrollo económico. Son activos que se encuentran a disposición del hombre, ya que ambos forman parte del planeta Tierra.

Gran parte de estos activos se encuentra limitados en su cantidad y en su capacidad de sustitución por otros recursos.

El hombre, su desarrollo económico, social, cultural, y en especial su salud, dependen del uso y administración que se le den a esos recursos naturales, disponibles en todo el planeta, y por la vulnerabilidad que los mismos presentan ante la acción antrópica, es obligación del hombre su adecuada administración, conservación, protección, prevención y cuidado.

Es clave para el hombre la utilización de esos bienes que nos ofrece tan generosamente la tierra, ya que de ellos y su “utilización” deviene el progreso; sin embargo, también es “fundamental” la administración, el cuidado, la protección y la conservación de los mismos, puesto que la mayoría son limitados.

Los recursos naturales se caracterizan por: “[...] limitación y agotamiento, la dotación original de recursos naturales que recibió la humanidad es rígida, mientras que la demanda crece como crece el hombre y sus apetencias<sup>20</sup> [...]; desigual distribución geográfica, si bien son universalmente limitados y aún escasos o singulares, la mayoría de los problemas económicos que plantean los recursos naturales derivan de su distribución desigual en el espacio geográfico<sup>21</sup> [...]; demanda selectiva y creciente<sup>22</sup> [...]”, entre otros .

Dentro de los recursos naturales encontramos dos categorías bien diferenciadas, los renovables y los no renovables.

Los recursos naturales renovables son aquellas que, con los cuidados adecuados, pueden mantenerse e inclusive aumentar. Se trata generalmente de organismos vivos que crecen y

---

<sup>19</sup> Valls, Mario F., *Recursos Naturales. Lineamientos de su régimen jurídico*, Tomo I, p. 11.

<sup>20</sup> Ídem, p. 12.

<sup>21</sup> Ídem, p. 13.

<sup>22</sup> Ídem, pp. 14/15.



se renuevan, como por ejemplo la flora y la fauna, los cuales a su vez dependen de otros recursos renovables que son el agua y el suelo.

Los no renovables son los que se agotan con su explotación, como por ejemplo el petróleo y los yacimientos de minerales.

Los recursos naturales son determinantes de la posición económica de un país o de una región, ya que el hombre depende de ellos, y son escasos con relación a su demanda actual y potencial.

### **III.d) Medio ambiente y externalidades.**

“En el sistema económico se produce una externalidad cuando la actividad desplegada por un sujeto (persona física o jurídica) repercute sobre el bienestar de otro u otros, sin que este se encuentre facultado para cobrar un precio; de esta forma se produce una divergencia entre lo que un agente económico produce y los efectos ambientales que causa su producto o proceso productivo”<sup>23</sup>.

El autor nos da ejemplos de externalidades negativas y externalidades positivas; destaca que el problema ambiental que tenemos se debe –en parte– a la existencia masiva de externalidades negativas, y la falta de reconocimiento o compensación para quienes producen externalidades positivas. Como los bienes ambientales o los recursos naturales no tienen un valor económico, no hay incentivos para su uso racional. Ello conlleva a la generación de daños ambientales irreversibles que afectan directamente en las economías.

### **III.e) Principio contaminador pagador.**

Este concepto nace de la necesidad que recaiga en el agente contaminador la obligación de asumir el costo ambiental. El principio fue difundido en el 1974 por la OCDE en el documento *Note of the implementation of the polluter pays principle*.

La efectividad de este principio implica que quien causa un daño a otros sujetos, a la comunidad o al ambiente debe abonar las sumas necesarias para su resarcimiento<sup>24</sup>. Al respecto corresponde destacar que no se trata de un permiso para contaminar a cambio de un pago, sino que debe ser interpretado como la obligación de recomponer<sup>25</sup> el daño que una actividad produce a cargo de su ejecutor o causante.

Este principio tiene dos mandatos fundamentales. El primero, que los costos sociales causados por la degradación ambiental deben ser pagados por quienes la generan; y segundo, que los poderes públicos no deben asumir las externalidades ambientales que benefician particularmente a los individuos. En este segundo aspecto de la directiva,

---

<sup>23</sup> Peña Chacón, Mario, “El régimen económico y jurídico de los servicios ambientales”, *el dial.com*.

<sup>24</sup> Martín Mateo, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Madrid, ed. Trivium, 1991, p. 239.

<sup>25</sup> Art. 41 CN, “El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer [...]”.

autoriza a los poderes públicos a corregir las externalidades negativas, con diferentes mecanismos entre los que se encuentran los instrumentos de naturaleza tributaria, impuestos, con lo cual, el costo del daño socializado ingresa nuevamente en la comunidad y no en el contaminador/pagador/reparador.

#### **IV. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN SEGUROS AMBIENTALES.**

##### **IV.a) Introducción.**

Tal como lo habíamos adelantado, el daño ambiental presenta dos aspectos bien marcados. El daño a las personas y los bienes de las personas a través del ambiente dañado. Y el daño al ambiente o daño de incidencia colectiva.

La asegurabilidad o transferencia de riesgo de ambos aspectos han sido resistidos por las compañías de seguros, a partir de los accidentes catastróficos del Torrey Canyon que en 1967 arrojó al Mar del Norte 119.000 toneladas de petróleo crudo; luego la Exxon Valdez en 1989, que debió pagar más de dos mil quinientos millones de dólares a pescadores y otros.

Sin embargo, a partir de esas primeras experiencias de siniestros ambientales, la primera intención de los gobiernos fue la exigencia de seguros. En efecto, en la línea de “el que contamina paga” la transferencia de riesgo a una empresa, que pueda garantizar mediante su solvencia y las exigencias al asegurado al momento de la suscripción del riesgo, resultaban alternativas viables y coherentes con el sistema de garantías, hasta ese momento concebido para otro tipo de riesgos (por ejemplo, automotores).

No fue mucho el tiempo en el que las compañías de seguros expresaron su rechazo y resistencia por la transferencia de este tipo de riesgos, y la experiencia del derrame del Torrey Canyon antes indicado, “permitieron apreciar que las compañías de seguros y los clubes de protección de indemnización poco podían hacer para cubrir las ingentes demandas surgidas de los daños causados por los derrames de hidrocarburos persistentes”<sup>26</sup>. Como resultado, en el Comité de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO), se aprobó el Convenio Internacional de Responsabilidad Civil ante Daños Producidos por Hidrocarburos, 1969 (CLC-69). En base al mismo fue creado el Fondo Internacional de Compensación por Derrames de Hidrocarburos, 1971 (FUND, 71). Luego se formaron los fondos internacionales privados como los acuerdos TOVALOP y CRISTAL.

Por lo expuesto, destacamos que el aseguramiento del daño medioambiental ha sido resistido por parte de los aseguradores, debido a las características que presenta el mismo. Así lo ha afirmado el Dr. Antonio Cabanillas Sánchez: “En todos los países, las compañías de seguros son reticentes a cubrir el riesgo de contaminación debido a la especificidad que

---

<sup>26</sup> Prefecto Marín, Francisco Javier, “Los convenios internacionales de responsabilidad e indemnización de 1992”, *Rev. Petrotecnia*, abril 2003.

el mismo presenta y los innumerables problemas que desde un punto de vista técnico plantea”<sup>27</sup>.

Sin embargo, la resistencia ha encontrado mayor eco en el aseguramiento de los daños al ambiente y no tanto en relación con los daños a las personas o sus bienes a través del ambiente dañado.

Ello, debido a las características que el daño ambiental colectivo presenta. A modo de ejemplo, señalamos los aspectos más relevantes destacados por el Dr. Cabanillas Sánchez antes citado, a saber: “Una de las principales características del riesgo de contaminación es la dificultad que desde un punto de vista técnico presenta el calcular la tasa de siniestralidad. Otra característica esencial del riesgo es su aleatoriedad, y este rasgo presenta particular relevancia cuando tratamos el tema de la contaminación; otro problema es delimitar la frontera entre la contaminación accidental y gradual. El asegurador normalmente se limitará a cubrir la primera excluyendo la segunda. Pero en la práctica, tal distinción presenta dificultades y es a menudo fuente de conflictos. Por otra parte, la evaluación financiera de los daños derivados de la realización del siniestro resulta extremadamente complicada, y muchas veces la magnitud de los daños escapa a la propia capacidad financiera de las aseguradoras”<sup>28</sup>.

En ese sentido, en el 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros se ha planteado el problema acerca de si existe una capacidad de seguro suficiente en los mercados nacional e internacional para atender los límites necesarios. Algunos de los desastres hechos públicos señalan que serían necesarios cientos de millones de dólares para indemnizar a las víctimas tanto de desastres accidentales como de acumulaciones graduales de productos tóxicos<sup>29</sup>.

En el caso de los daños a las personas y bienes a través del ambiente dañado, contamos hoy en día con una multiplicidad de ofertas de seguros, que parten de la adaptación de póliza de responsabilidad civil comprensiva en pólizas ambientales que amparan los daños a las personas, a través del ambiente dañado. Como así también coberturas de limpieza de suelos comúnmente denominadas como “Clean Up”, transportes de mercaderías peligrosas, cultivos contaminados, etc. Todas presentan sus características particulares; exigen un análisis de riesgo ambiental; informes ambientales; la solicitud de cobertura contempla situaciones ambientales e información específica; presentan, en su gran mayoría, la modalidad *Claims Made*; definiciones y exclusiones acordes con el tipo de riesgo, períodos de retroactividad y períodos extendidos de denuncias; cubren acontecimientos súbitos e imprevistos y consecuencias inmediatas (en su mayoría); etc.

Esto otorga una cierta garantía, para un aspecto del riesgo ambiental, que es medible, cuantificable, que tiene experiencia siniestral y jurisprudencia, etc.

Por otra parte, además de estas coberturas ambientales, en los riesgos ambientales colectivos se ha avanzado en que “[...] la creación de los fondos de compensación es una alternativa surgida en los últimos años para hacer frente al problema de la contaminación, a

---

<sup>27</sup> Cabanillas Sánchez, Antonio, *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, Ed. Aranzandi, p. 280.

<sup>28</sup> Ídem, pp. 281 y 282.

<sup>29</sup> 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros –Ponencia General–.

la vista de la estrechez del mercado tradicional del seguro, los intereses sociales en juego y de los grandes grupos industriales afectados

El Fondo es una institución de carácter público, privado o mixto, cuya misión fundamental es facilitar la indemnización de los perjudicados y la restauración del medio ambiente”<sup>30</sup>.

Por su parte, en Estados Unidos se crea el *Superfund*, o más conocido CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*), de 1980. Mediante esta ley, se crea un fondo para sufragar los gastos de limpieza; se establece la responsabilidad de pagar los gastos a todas las personas que deban colaborar en la limpieza de tales lugares inherentes; se autoriza a las empresas a crear sistemas de grupos de autoseguros, y contratar seguros con los que cobra la responsabilidad civil. El CERCLA es creado sobre la base de un fideicomiso. Este fondo actúa en forma subsidiaria, o bien, cuando no es posible identificar al sujeto responsable se aplica el fondo. Por otra parte, el mismo se alimenta con impuestos ambientales.

El fondo japonés de Minimatta también se nutre de impuestos y tiene por objeto indemnizar los daños corporales por contaminación atmosférica o acuática.

Tanto Francia como España han trabajado sobre fondos ambientales conformados por un grupo de reaseguradores, mediante los cuales, a través de la formación de pools de riesgos ambientales, se otorgan coberturas por daños ambientales.

Por su parte, en el mes de diciembre de 2008, fue aprobado el reglamento de desarrollo parcial de la Ley N° 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental de España, que establece la obligatoriedad de la exigencia de garantías financieras mediante avales<sup>31</sup>, reservas técnicas<sup>32</sup> y fondo de compensación de daños ambientales del Consorcio de Compensación de Seguros<sup>33</sup>.

Tal como surge de la experiencia internacional en materia de seguros ambientales los sistemas de garantías exceden el marco del clásico esquema de seguros, exigiendo otros mecanismos y que lo complementen y completen.

Sin embargo, todos estos esquemas han sido desarrollados en base a estructuras jurídicas que han demostrado ser insuficientes como motivadores de conductas ambientales preventivas, que es el caso de “el que contamina paga”.

En ese sentido, debemos tener muy presente que los daños ambientales colectivos *exigen antes de buscar alguien que pague algo que ciertamente es impagable. Prevenirlos.*

Y para prevenirlos debemos generar instrumentos que motiven la conducta preventiva ambiental.

---

<sup>30</sup> Cabanillas Sánchez, *op. cit.*, p. 298.

<sup>31</sup> Art. 41, “La garantía financiera podrá constituirse mediante aval otorgado por bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, sociedades de garantía recíproca o establecimientos financieros de crédito”.

<sup>32</sup> Art. 42, “El operador podrá constituir la reserva técnica prevista en el Art. 26.c) de la Ley N° 26/2007, del 23 de octubre, en el plazo máximo de cinco años desde que la garantía financiera sea exigible”.

<sup>33</sup> Art. 44, “Los titulares de actividades que, estando obligados a constituir una garantía financiera, opten por la alternativa de contratar un seguro de responsabilidad medioambiental, deberán complementar dicha cobertura con la contribución al Fondo de compensación de daños medioambientales que será gestionado y administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros”.

*En ese caso corresponde preguntarnos si el seguro ambiental obligatorio por daño colectivo motiva esa conducta. La respuesta es no.*

***¿Por qué?***

Porque dependerá de la política de suscripción de la compañía de seguros, y sus necesidades, que pueda ser más o menos flexible al momento de suscripción de un riesgo que es obligatorio de contratar por parte de los asegurados. O sea que no tienen opción.

***¿Y cuáles podrían ser los efectos de una contratación compulsiva en relación con un riesgo técnicamente inasegurable o intransferible como el daño de incidencia colectiva?***

- Las empresas se ven obligadas a contratar un seguro ciertamente costoso, con la incertidumbre de que la aseguradora permanezca en el mercado y resulte solvente ante la ocurrencia de un siniestro.
- El pago de la prima no le garantiza a la sociedad (que en definitiva es la afectada) que al momento del siniestro la compañía responda, por diferentes motivos: puede ser que no opere más en el mercado, que haya sido liquidada, o haya tenido problemas financieros y que no cuente con capacidad para hacer frente al reclamo, etc.
- Asimismo, la compañía de seguros pasa a cumplir funciones de policía ambiental, lo cual no garantiza los términos de sus exigencias, puesto que dependerá de las condiciones de política de suscripción del riesgo ambiental.

**V. ¿QUÉ HA PASADO EN LA ARGENTINA CON EL SEGURO AMBIENTAL OBLIGATORIO?**

**V.1. Introducción.**

El seguro ambiental obligatorio se encuentra inserto en varias normas ambientales de nuestro ordenamiento jurídico desde hace un par de años, tal como lo veremos en detalle: tanto en la Ley de Residuos Peligrosos, como en la Ley de Radicación Industrial, Ley de Residuos Industriales, Ley de Presupuestos Mínimos para eliminación de PCBs, como así también en la Ley General del Ambiente de Presupuestos Mínimos.

En todos los casos, las disposiciones relativas a seguros ambientales se encuentran sujetas a reglamentación, de la cuales únicamente la Ley General del Ambiente ha sido reglamentada por el Poder Ejecutivo, tal como será desarrollado en el presente trabajo.

El detonante para que las autoridades de contralor procedan a la reglamentación del seguro ambiental establecido en la Ley General del Ambiente fue la causa que tramita en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, CSJN, 24-8-2006, comúnmente conocida como la causa del Riachuelo.

En este caso, un grupo de vecinos, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, interpusieron una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del Río Matanza-Riachuelo.

Se responsabiliza, en este caso, al Estado Nacional porque la situación denunciada se produce sobre una vía navegable e interjurisdiccional, respecto de la cual éste tiene facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 75, incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, imputan responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los Artículos 121 y 124 de la Carta Magna.

También responsabilizan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público y, además, al estar obligada a utilizar equitativa y razonablemente sus aguas y el resto de los recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin causar perjuicio sensible a los demás corribereños, por tener su jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata y porque le corresponde preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el Artículo 81 de la Constitución local.

Asimismo, demandan a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

La Corte Suprema resuelve en su decisión del 20 de junio de 2006 delimitar las pretensiones de la demanda, en virtud de las facultades ordenatorias e instructorias que el Artículo 32 de la LGA confiere al tribunal:

a) La primera reclamación se refiere al daño que los individuos sufren en su persona y patrimonio, a través del ambiente. La CSJN se declara incompetente para entender en competencia originaria. Este reclamo continúa por la vía de la Justicia ordinaria, quedando fuera del ámbito de la Corte en esta instancia.

b) La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del ambiente como bien de incidencia colectiva, de uso común, indivisible e indisponible, protegido por la Ley N° 25.675. Respecto de este tipo de daño, la CSJN declara la competencia originaria.

De este modo, la “Causa Mendoza” quedó circunscripta al reclamo por daño ambiental de incidencia colectiva provocado en la Cuenca, quedando fuera de la misma todo reclamo por daños individuales, incluyendo a la salud.

La demanda que dio origen a la “Causa Riachuelo” fue interpuesta el 14 de julio de 2004 ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Está compuesta por tres rubros indemnizatorios: daños a la salud supuestamente sufridos por los reclamantes, daño ambiental colectivo provocado en la Cuenca Matanza-Riachuelo (CMR) y daño moral colectivo.

El total general del reclamo por los daños a la salud alegados por los demandantes asciende a la suma de **USD 1.700.000 (un millón setecientos mil dólares)**.

Los demandantes originarios solicitaron la constitución de un Fondo de Compensación Ambiental por la suma de **USD 500.000.000 (quinientos millones de dólares)**.

En este punto el monto reclamado para ser destinado al Fondo es el del Artículo 34 (Fondo Público Ambiental).

El grupo de los demandantes se componía de:

-Vecinos de la Cuenca Matanza-Riachuelo (CMR), especialmente de “Villa Inflamable”, ubicada en Dock Sud, Partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

-Profesionales (médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros) del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

En respaldo de sus afirmaciones, los demandantes originarios citaron informes sobre la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo preparados por la Fundación Greenpeace, el Defensor del Pueblo de la Nación y la Auditoría General de la Nación, así como diversos artículos periodísticos. También citaron los Informes conocidos como JICA I y JICA II, realizados sobre el Polo Petroquímico de Dock Sud (PPDS). Asimismo, ofrecieron como prueba un estudio denominado “Sisteval-Cowi” realizado hace más de una década sobre varias empresas de la Cuenca.

Luego de presentada la demanda por los particulares, en agosto de 2006 se sumó un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONGs) que presentó ante la CSJN un escrito que constituyó una significativa ampliación de la demanda original, solicitando que se los admitiese como parte en el proceso en carácter de “terceros interesados”.

Conformaban dicho grupo la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); la Fundación Greenpeace; el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación de Vecinos de la Boca (en adelante, las “ONGs”). La CSJN rechazó la intervención de otras entidades que también solicitaron ser tenidas como “terceros interesados”, pero aceptó la participación de estos organismos.

El objeto del reclamo de las ONGs se limitó al daño ambiental de incidencia colectiva. Solicitando además la condena a las demandadas “a llevar adelante todas las inversiones necesarias para evitar que continúe la contaminación y para remediar lo ya contaminado”. Según las cifras preliminares aportadas por la SADS, el costo de la remediación **ascendería a no menos de USD 3.500.000.000 (tres mil quinientos millones de dólares)**.

El 8 julio de 2008, la CSJN dictó la primera sentencia definitiva, en relación con la prevención y recomposición del daño ambiental colectivo, reservándose el pronunciamiento de una segunda sentencia en la cual se establecerían las responsabilidades económicas en relación con la reparación del daño ambiental colectivo, en el cual se va a incluir el daño ambiental colectivo moral, la responsabilidad final por los costos de la misma, la compensación ambiental y la indemnización por daños ecológicos irreversibles.

A la fecha la justicia no se ha expedido en relación con los montos indemnizables a favor de los damnificados por los daños en sus bienes (salud y/o propiedades) a través del ambiente dañado. Contamos con elementos para estimar los montos indemnizables por daños de incidencia colectiva.

Los accionantes exigieron a la Corte Suprema la presentación del seguro ambiental que exige el Artículo 22 de la LGA (el cual desarrollaremos más adelante). A lo que las empresas contestaron que el mismo no se encontraba reglamentado, no era posible dar cumplimiento por la falta de producto en el mercado.

En razón de ello, la Corte solicitó explicaciones a la autoridad de contralor, quien de inmediato comenzó con las tareas de desarrollo normativo a fin de lograr una propuesta de seguros ambientales y dar respuesta al reclamo de los damnificados.

A partir de ese momento (año 2006), las disposiciones de la Ley General del Ambiente (LGA) tomaron protagonismo, y dentro de la misma, el instituto del denominado “Seguro Ambiental”.

Para ello, se han dictado una serie de resoluciones administrativas, y creado algunos productos, los cuales no han logrado los resultados esperados por la comunidad ni por el espíritu de la ley.

Sin perjuicio de ello, vamos a presentar el marco normativo ambiental de nuestro país, un somero análisis de las normas que exigen seguros ambientales, para finalmente presentar una propuesta en base a un sistema mixto de “Garantías Ambientales”, formado por seguros y fondos en forma complementaria.

#### ***a. La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional.***

El derecho a un ambiente sano, derecho humano y fundamental, de gran trascendencia e importancia para la era actual, ha sido incorporado expresamente en el texto de nuestra Carta Magna en el Capítulo Segundo, denominado “Nuevos Derechos y Garantías”, Artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional, a través de la modificación introducida en el año 1994.

El Artículo 41<sup>34</sup> de la CN establece el derecho de todos los habitantes al goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

Como contrapartida a ese derecho, surge la obligación a cargo de las autoridades a proveer a la protección de ese derecho.

---

<sup>34</sup> Art. 41 CN dispone: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.



Continúa la norma diciendo: “[...] corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

La Constitución Nacional ha tomado como base lo dispuesto en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales denominado “Protocolo de San Salvador”. Allí, en su Artículo 11, establece: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos [...] Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Por su parte, el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y apto para las actividades productivas que satisfagan las necesidades humanas sin comprometer las de las generaciones futuras, tiene simetría con la definición de *desarrollo sostenible o sustentable*, empleado por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU<sup>35</sup>.

De lo expuesto se desprende que el mandato constitucional apunta a la protección de derechos humanos, salud, ambiente y desarrollo económico.

Como contrapartida de los derechos antes descriptos, se encuentran las obligaciones a cargo de los gobiernos.

En efecto, para que “todos” puedan gozar de los derechos fundamentales que hemos descripto, es necesario y obligatorio que el Estado regule la forma de protección de los derechos ambientales, a través de normas que establezcan políticas ambientales.

Seguidamente vamos a analizar el mandato constitucional descripto en el Artículo 41 en relación con las competencias normativas ambientales.

En síntesis, la protección ambiental se encuentra dentro de los derechos fundamentales amparados en la Constitución Nacional, según la cual, establece el derecho para todos los habitantes a un ambiente sano, la obligación de preservarlos, *la utilización racional de los recursos naturales*, la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica; la competencia de la nación en dictar normas de presupuestos mínimos, y las provincias las necesarias para complementarlas.

Es por ello que teniendo en cuenta que los bienes jurídicamente protegidos por la normativa ambiental tienen el carácter de derechos humanos inherentes al hombre, y teniendo en cuenta que los daños ambientales son en la mayoría de los casos irrecomponibles, el conjunto de normas tanto nacionales como provinciales debe “necesariamente” apuntar a la prevención, a la precaución de forma integrada. Generar mediante las normas conductas dentro de la sociedad que motiven a estas acciones. Dejando las sanciones o castigos por el principio “el que contamina paga” como último recurso, colocando en primer lugar

---

<sup>35</sup> En dicha oportunidad el desarrollo sostenible ha sido definido como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. Presentación del Informe 42/87 de la WCED de la ONU o informe Brundtland.

premios, ayudas e incentivos para que las acciones del hombre sean sustentables, preventivas, protectoras de los recursos naturales, etc.

***b. Leyes Nacionales Ambientales que exigen seguros ambientales obligatorios.***

Tal como lo hemos adelantado, la Ley de Residuos Peligrosos, la Ley de Residuos Industriales, la Ley de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs y, por último, la Ley N° 25.675 y sus reglamentaciones –que analizaremos in extenso– exigen seguros ambientales obligatorios; sin embargo, presentan algunas diferencias entre sí en relación con el tipo de cobertura y con el régimen de responsabilidad que plantea cada norma y los seguros obligatorios que establecen, a fin de identificar las posibilidades de asegurabilidad.

***b.1. Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051.***

La Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051<sup>36</sup>, conjuntamente con su Decreto reglamentario N° 831/1993<sup>37</sup> regulan la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos. A los fines de la ley se consideran peligrosos “los que puedan causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”<sup>38</sup>.

“Es residuo peligroso, según el Artículo 2° de la LRP y su reglamentación: todo material que resulte objeto de desecho o abandono y que pueda causar daño directa o indirectamente, a seres vivos, o cuando pueda contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”<sup>39</sup>. Y considera peligrosos los residuos que puedan constituirse en insumos para otros procesos industriales<sup>40</sup>.

La ley distingue tres sujetos: el generador del residuo, el transportista del residuo y el operador –refiriéndose a la planta de tratamiento y disposición final–.

Según el Artículo 14 de la LRP, es generador de residuos peligrosos toda persona física o jurídica que, como resultado de sus actos o cualquier proceso, operación o actividad, produzca residuos calificados como peligrosos en los términos de la ley.

Los generadores deben inscribirse en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligros creado por la ley<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> BO 17-1-1992.

<sup>37</sup> BO 3-5-1993.

<sup>38</sup> Conforme lo describe el Artículo 2° de la Ley N° 24.051.

<sup>39</sup> Nonna, Silvia, *La Materia Ambiental a los ojos de los Jueces*, Ed. Colegio de Abogados de San Isidro, p. 24.

<sup>40</sup> Conforme tercer párrafo del Art. 2° de la Ley N° 24.051.

<sup>41</sup> Art. 4° de LRP, la autoridad de aplicación llevará y mantendrá actualizado un Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos, en el que deberán inscribirse las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. Por su parte, el Art. 15 establece los requisitos que deben cumplimentar todos los generadores que soliciten su inscripción en el mencionado Registro.

Por su parte, “el transportista es el sujeto al que el generador encomienda las actividades de recolección y traslado desde el sitio de generación de los residuos peligrosos hasta el centro de tratamiento y/o disposición final. Es responsable, en calidad de guardián, de los residuos que transporte, incluyendo las maniobras de carta y de descarga”<sup>42</sup>.

En lo que se refiere al régimen de responsabilidad por los daños causados por los residuos considerados peligrosos para la ley, se trata de un régimen especial, que complementa el régimen del Código Civil agravándolo.

En efecto, el Artículo 45 de la Ley N° 24.051 dispone: “Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del Artículo 1113 del Código Civil, modificado por la Ley N° 17.711”.

La ley establece una presunción *ius tantum* que el residuo peligroso es considerado cosa riesgosa.

Continúa el Artículo 46: “En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos”.

Con este artículo se agrava la responsabilidad, puesto que esta limitación en la eximente de responsabilidad no se encuentra en el régimen del Código Civil. En el caso de los residuos peligrosos, el desprendimiento de los residuos, ya sea mediante la transmisión o el abandono voluntario de los mismos, no es oponible a terceros en el marco de la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, el Artículo 47 dispone: “El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso”.

Con este artículo también se amplía el régimen de responsabilidad, puesto que se encuentran limitadas las defensas para el dueño o guardián de la eximición de responsabilidad.

“Va más allá de la responsabilidad del Código Civil por cuanto establece una responsabilidad subsistente del residuo ‘de la cuna a la tumba’, ya que aquella, en el caso de los generadores, no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de los residuos peligrosos que hayan causado daño”<sup>43</sup>.

Por último completa este esquema de responsabilidad el Artículo 48 que dispone: “La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final”.

---

<sup>42</sup> Nonna, Silvia, *op. cit.*, p. 25.

<sup>43</sup> Nonna, Silvia, *op. cit.*, p. 31.

Como conclusión, encontramos que en materia de responsabilidad por los daños a terceros por los residuos peligrosos, la ley establece en los artículos antes mencionados la responsabilidad que le corresponde a cada uno de los sujetos alcanzados por la norma: el generador, el transportista y el operador.

Para lo cual la LRP establece o reafirma la responsabilidad civil objetiva del Código Civil, en cuanto considera al residuo peligroso como cosa riesgosa, y la emisión de responsabilidad sólo se produce cuando los daños provocados por los residuos sean el resultado de la mayor peligrosidad que un residuo adquiera como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.

#### *b.2. Ley de Residuos Industriales N° 25.612.*

Por su parte, la Ley N° 25.612 de presupuestos mínimos<sup>44</sup> de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades e servicios (Art.1° LRI), también contiene disposiciones de seguros ambientales.

En lo que se refiere al régimen de responsabilidad por los daños causados a través de los residuos industriales que regula la norma en análisis, destacamos que el Título II, en los Artículos que van desde el 40 al 43, prácticamente reitera el capítulo de responsabilidad objetiva agravada establecido en la Ley de Residuos Peligrosos.

En efecto, establece que los residuos definidos en la ley “son cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del Artículo 1113 del Código Civil; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no es oponible a terceros la transmisión del dominio o abandono voluntario de los mismos, y el dueño o guardián no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo las circunstancias del caso”.

- Seguro ambiental obligatorio.

Esta norma que comprende a la Ley N° 24.051<sup>45</sup> antes descripta, en su Artículo 27 establece la obligación para todo transportista de este tipo de residuos de asegurar la recomposición<sup>46</sup> de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar. Para lo cual, indica, 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.

La contratación del seguro se encuentra dirigida al transportista de los residuos industriales, entendiendo por los mismos cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido,

---

<sup>44</sup> Sancionada el 3 de julio de 2002, promulgada parcialmente el 25-7-2002.

<sup>45</sup> Ley de Residuos Peligrosos, modificada por la Ley N° 25.612.

<sup>46</sup> Más adelante me referiré brevemente al alcance del término *recomposición*.

semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo (Art. 2°).

El objeto del seguro sería la recomposición de posibles daños que la actividad del transportista pudiere causar. Para lo cual propone la contratación de: a) un seguro de responsabilidad civil, b) caución, c) fianza bancaria, d) la constitución de un autoseguro o e) un fondo de reparación, u f) otra garantía equivalente.

En virtud de lo expuesto, la exigencia de la contratación del seguro se encuentra enfocada a una cobertura de responsabilidad civil, en el cual rige el régimen de responsabilidad de la normativa específica.

En la actualidad dicha obligación no es exigible, debido a la falta de reglamentación de la misma.

### *b.3. El Régimen de Responsabilidad de la Ley N° 25.670.*

La Ley de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs fue sancionada el 23 de octubre de 2002, y establece las pautas de protección ambiental para la gestión de los PCBs, en todo el territorio de la nación y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 41 de la Constitución Nacional antes descripto.

Define a los PCBs como los policlorobifenios (Bifenios Policlados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm).

Respecto de los aparatos que contienen PCBs a: cualquier aparato que contenga o haya contenido PCBs (por ejemplo, transformadores, condensadores recipientes que contengan cantidades residuales) y que no haya sido descontaminado. Los aparatos de un tipo que pueda contener PCBs se considerarán como si contuvieran PCBs a menos que se pueda demostrar lo contrario (Art. 3° L PCBs).

En lo referente al régimen de responsabilidad resulta aplicable la Ley de Residuos Peligrosos recién descripta, especialmente respecto de los usados. El Artículo 20 establece que se “presume, salvo prueba en contrario, que todo daño causado por PCBs y PCBs usado es equivalente al causado por un residuo peligroso”.

En la misma línea, el Artículo 19 presume –salvo prueba en contrario– que el PCBs, PCBs usado y todo aparato que contenga PCBs, es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del Artículo 1113 del Código Civil, modificado por la Ley N° 17.711.

Establece la obligación de la contratación de un seguro para asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales, en el Artículo 9° que reza: “Toda persona física o jurídica

que realice actividades o servicios que implica el uso de las sustancias enumeradas en el Artículo 3° 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”.

En este caso, la obligatoriedad en la contratación de un seguro por daños ambientales se encuentra dirigida a todas las personas físicas o jurídicas que realicen actividades o servicios que impliquen el uso de las siguientes sustancias: PCBs, aparatos que contienen PCBs. Los aparatos de un tipo que pueda contener PCBs se considerarán como si contuvieran PCBs a menos que se pueda demostrar lo contrario.

Al igual que en la ley antes comentada, la fórmula que utiliza el artículo refiere a la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

La duda se plantea cuando ambas normativas se refieren al seguro de caución y a la fianza, puesto que claramente, en ambos supuestos, se requiere una obligación principal derivada de un contrato o régimen legal. Tal como se analiza más adelante.

Como en la ley anterior, ante la falta de reglamentación de esta norma, el seguro no es exigible, y a la fecha no cuenta con productos en el mercado.

### ***c. La Ley General del Ambiente.***

La Ley General del Ambiente promulgada parcialmente el 27 de noviembre de 2002, N° 25.675<sup>47</sup> de Orden Público, presenta como principal característica ser una norma que establece los presupuestos mínimos<sup>48</sup> para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable, en todo el territorio de la República Argentina.

Se trata de una ley marco o ley general. En lo que se refiere a los presupuestos mínimos de la norma, el Artículo 6° de la LGA entiende como presupuesto mínimo “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tienen por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga, y en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”

“Los presupuestos mínimos no son una categoría que debe ser definida, sino un concepto genérico que refiere a las normas de base, al piso, que deberá establecer el Estado nacional

---

<sup>47</sup> BO 28-11-2002.

<sup>48</sup> Art. 1° dispone: “La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

por delegación de las provincias, sin usurpar sus facultades originarias para reglamentar con mayor rigurosidad si así lo desean”<sup>49</sup>.

Es posible afirmar que estamos frente a una norma base, orientadora de políticas ambientales nacionales y provinciales.

Esta norma establece los objetivos que debería cumplir la política ambiental nacional, los cuales describe en forma “no taxativa”, sino “enunciativa”, en el Artículo 2º, y apuntan a:

- a) asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;
- b) promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria;
- c) fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;
- d) promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;
- e) mantener el equilibrio y la dinámica de los sistemas ecológicos;
- f) asegurar la conservación de la diversidad biológica;
- g) prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;
- h) promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como no formal;
- i) organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma.
- j) establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional;
- k) establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Tal como ha sido destacado por la doctrina, “los objetivos de la ley coinciden con las recomendaciones contenidas en el documento preparado por la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN), ‘Estrategia Mundial para la Conservación’. La conservación de los recursos vivos para el logro del desarrollo sostenido<sup>50</sup>, con la asesoría, cooperación y apoyo financiero para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), publicado por la revista *FARN*, La Ley, vol. II, nro. 1 enero/marzo de 1985”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Extracto del informe desarrollado por la Fundación para el desarrollo Forestal Ambiental Ecoturismo Patagónico, elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución N° 68/2003 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la Fundación.

<sup>50</sup> Cafferatta, Néstor A, Ley N° 25.675, comentada, *DJ*, 2003-3, p. 1113.

<sup>51</sup> Rodríguez, Carlos Aníbal, *Ley General del Ambiente - Comentada*, Ed. Lexis Nexis, p. 55.

Asimismo, en el Artículo 4º se establece: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios, a saber: congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiaridad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación”.

En lo que se refiere a garantías ambientales, son varias las disposiciones que contienen referencias a su necesidad. En efecto, desde el Artículo 2º, que exige “asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales en la realización de las diferentes actividades antrópicas”; asegurar la conservación de la diversidad biológica; prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo.

En el Artículo 4º dentro de sus principios se encuentran el precautorio, de responsabilidad y de sustentabilidad.

El Artículo 22 exige la contratación de un seguro o la conformación de un fondo de restauración.

El Artículo 26 impone a las autoridades competentes establecer medidas tendientes a la instrumentación de sistemas de protección de la calidad ambiental; la adopción de medidas de promoción e incentivos, teniendo en cuenta los mecanismos de certificación realizados por organismos independientes, debidamente acreditaros y autorizados.

Por último, el Artículo 34 dispone la creación de un Fondo de Compensación Ambiental a ser administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción, con el objetivo de garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, entre otros.

- *Principio precautorio en la LGA.*

Dentro de los principios rectores que estructuran la Ley General del Ambiente se encuentra el principio “precautorio”, y es una de las principales claves para el desarrollo de instrumentos económicos eficaces que acompañen un desarrollo sostenible.

Partiendo de la premisa de que “en materia de daño ambiental debe jugar una ‘doble estructura’: la preventiva y la reparadora; cada una con sanciones apropiadas al comportamiento no preventivo y al dañador. Siempre es mejor anticipar que reparar”<sup>52</sup>.

Si tenemos en cuenta que en materia de daños ambientales prevenir es más saludable que curar, la garantía exigida debe tener un acento motivador de conducta, y en última instancia sancionador de la misma.

En efecto, las consecuencias de los daños ambientales son graves, tanto para las personas y sus bienes (salud, patrimonio, etc.), como así también para la sociedad y el propio Estado (nacional o provincial) por la “externalización” de los daños.

---

<sup>52</sup> Ídem, p. 162.



En esa línea la propia LGA establece dentro de sus principios rectores el de prevención y el de precaución.

El *principio de prevención* establece que ante la certeza de la existencia de una actividad dañosa para el ambiente, deben ser tomadas todas las medidas preventivas posibles para evitar o minimizar el daño.

Por su parte, *la prevención* se encuentra íntimamente asociada con la precaución.

En ese sentido la norma señala que, ante la posibilidad de ocurrencia de un daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no serán utilizadas como razón para adoptar medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

- *Los seguros ambientales obligatorios de la Ley General del Ambiente.*

El Artículo 22 de la Ley N° 25.675 establece: “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”.

Veamos puntualmente cada uno de los aspectos *de la obligación* que dispone la norma.

“*Seguro de cobertura*”, término ciertamente impreciso; el seguro no es de cobertura, otorga cobertura.

Para “*garantizar el financiamiento de la recomposición*”: el objeto del seguro parecería ser una garantía financiera, objeto prohibido de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 7° de la Ley N° 20.091.

Del “*daño que en su tipo pudiere producir*”: los tipos de daños ambientales son muchos, pero básicamente podemos resumirlos en dos grandes grupos: a) los daños a las personas y los bienes de las personas a través del ambiente dañado, y b) los daños al ambiente en sí mismo.

Seguidamente analizaremos cada uno de sus aspectos.

*¿Qué es el seguro?*

Es un mecanismo de transferencia de riesgo, regulado en la Ley N° 17.418.

De acuerdo con la definición del Artículo 1° de la Ley de Seguros: “[...] hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”.

Se trata de una transferencia de riesgo que una persona realiza a favor de una compañía aseguradora autorizada para funcionar según la Superintendencia de Seguros de la Nación<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Conforme la Ley N° 20.091.

Por su parte, el Artículo 2º establece: “[...] el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable [...]”.

El interés asegurable es un elemento esencial en el contrato de seguros.

Para que exista interés asegurable debe existir un riesgo determinado o determinable<sup>54</sup>.

Asimismo, el capítulo II de la norma regula el régimen de los denominados “seguros patrimoniales”, dentro de los cuales se encuentra el seguro de responsabilidad civil, de incendio, de agricultura, de los bienes de propiedad del asegurado, etc.

Siempre que exista un riesgo de ocurrencia de un hecho incierto y no se encuentre prohibido por la ley, existe interés asegurable.

*¿Qué ocurre con el interés asegurable en el riesgo ambiental?*

El riesgo ambiental se presenta en varios aspectos, y a los efectos del desarrollo de seguros nos encontramos frente a dos grandes grupos:

a) La protección de los bienes del asegurado, que pueden sufrir algún acontecimiento<sup>55</sup> o evento de contaminación. Por ejemplo, el predio o terrenos de propiedad del asegurado, que sufra un daño ambiental por un derrame de alguna sustancia contaminante.

b) La protección del patrimonio del asegurado, por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato<sup>56</sup>. Por ejemplo, los reclamos de terceros derivados de un evento de contaminación, que afecte a los bienes de esos terceros, ya sea la salud, la vida, el patrimonio (terrenos, viviendas, campos, etc.).

Dentro de este punto, en lo que se refiere a la responsabilidad ambiental, la misma puede manifestarse desde un doble plano.

b.1.) Como perturbaciones que afectan al propio medio ambiente: las aguas, los suelos, la atmósfera, los recursos naturales en general. Este tipo de daños se encuentra regulado en la Ley General del Ambiente como un daño de incidencia colectiva<sup>57</sup>.

b.2.) Los daños causados a través del medio ambiente dañado, los cuales se manifiestan en los bienes de las personas, tales como la salud, la vida, las propiedades, etc.

En base a lo expuesto, advertimos que los daños *ambientales que en su tipo pudieren producir son varios*. En efecto, si tenemos en cuenta los principios que rigen la LGA, y el carácter de derecho humano y protector de las personas y la salud, en nuestra opinión cuando el texto se refiere al daño que en su tipo pudiere producir, no excluye ninguno de sus aspectos o derechos; muy por el contrario, los abarca y comprende.

Tomando en cuenta la enumeración, no taxativa, en materia de daños ambientales el régimen apunta a la protección de los siguientes intereses asegurables: el ambiente; la salud de las personas; los ecosistemas; el patrimonio individual (tierra, propiedades, inmuebles); el patrimonio natural colectivo (suelo, agua, aire, flora, fauna, etc.).

---

<sup>54</sup> C.Nac.Com., Sala A, 28-8-1979, ED 86-473.

<sup>55</sup> No vamos a ingresar en el detalle sobre si la contaminación es súbita o gradual puesto que ese punto requiere otro trabajo específico.

<sup>56</sup> Art. 109, Ley de Seguros - Responsabilidad Civil.

<sup>57</sup> Art. 27 define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores, colectivos.

Por lo cual, ahora nos corresponde analizar si todos los aspectos del riesgo ambiental son asegurables o no, únicamente en relación con la responsabilidad que le pueda corresponder al asegurado por la causación de un daño.

**1.** Responsabilidad civil del asegurado, por reclamos de terceros derivados de un evento de contaminación, que afecte a los bienes de esos terceros, ya sea la salud, la vida, el patrimonio (terrenos, viviendas, campos, etc.). Cuyo régimen de responsabilidad corresponde a las disposiciones del Código Civil, Artículos 1113, 2618 y cctes.

Tal como lo desarrollaremos más adelante, este “aspecto del riesgo ambiental” cuenta con diferentes ofertas de seguros ambientales, tanto en el ámbito nacional como internacional.

**2.** Responsabilidad del asegurado por los daños de incidencia colectiva, o los denominados daños medioambientales; con la experiencia internacional hemos advertido que no han logrado obtener cobertura en el mercado clásico de seguros, avanzando en el desarrollo de otros sistemas, tales como los pooles de riesgo, fondos, avales, etc.; los cuales en algunos casos han tenido resultados positivos y en otros han presentado las mismas dificultades que los seguros clásicos (debido a la transferencia de riesgo).

#### ***d. Fondos ambientales.***

Dentro del Artículo 22 en análisis, la LGA propone la creación de un fondo de restauración ambiental.

Establece: “[...] asimismo y según las posibilidades del caso, se podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

Los fondos de restauración a los que se refiere el Artículo 22 son los comúnmente denominados de garantía, indebidamente confundidos con los autoseguros y constituidos por los particulares.

¿Por qué?

Porque se diferencia del fondo de compensación que establece el Artículo 34 de la ley que indica, el cual será administrado por la autoridad competente en cada jurisdicción y estará *destinado a garantizar la calidad ambiental*, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Se trata claramente de un fondo público, puesto que el mismo será administrado por la autoridad competente en cada jurisdicción, las que podrán ser: a) el Estado Nacional, b) los Estados provinciales y c) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La integración, composición y administración deben ser tratadas por ley especial de cada jurisdicción que hasta la fecha no fue dictada.

Este tipo de fondos se nutren de tributos ambientales, por la aplicación de multas por incumplimiento de las normas ambientales y por indemnizaciones sustitutivas por daños ambientales colectivos.

*¿Qué ha ocurrido en la reglamentación del Artículo 22 de la LGA?*

En lo que se refiere a las resoluciones, debemos tener en cuenta que las mismas han sido cuestionadas por la doctrina, no sólo por los problemas técnicos y legales que las mismas presentan, sino también por cuestiones referidas a la competencia y facultades por parte de las autoridades en la reglamentación del seguro ambiental. En efecto, tal como hemos destacado en el punto V.1.a, las normas de presupuestos mínimos deben ser la base para que las provincias regulen los aspectos contemplados en las mismas con sus propias autoridades ambientales. En ese sentido se ha dicho que la SADS se ha extralimitado en sus facultades regulatorias, invadiendo las competencias provinciales.

## **V.2. Síntesis de las resoluciones administrativas<sup>58</sup>.**

### ***a. Resolución N° 177/2007, de fecha 19-2-2007 (SADS).***

*Apruébense normas operativas para la contratación de seguros previstos por el Artículo 22 de la Ley N° 25.675.*

Mediante esta resolución, la SADS destaca en sus considerandos que desde la vigencia de la Ley N° 25.675<sup>59</sup>, *se han registrado dificultades que limitan una oferta adecuada de este tipo de seguros, impidiendo su exigibilidad por parte de las autoridades.*

*Destaca que dada la grave situación creada por las actividades con mayor potencial contaminante y que actualmente carecen de seguros adecuados para afrontar tales contingencias, resulta razonable priorizar la implementación de la obligación contenida en el Artículo 22.*

Continúa con la descripción de enunciados sobre la necesidad de la reglamentación, en un marco de cierta justificación por el contenido de la resolución.

Incorpora la figura del *autoseguro* –es el no seguro, porque no hay transferencia de riesgo, el riesgo lo retiene (se lo queda el propio asegurado)– como “herramienta válida y eficaz para atender a los objetivos previstos por el artículo de la Ley General del Ambiente, teniendo en cuenta su amplia recepción en la práctica aseguradora en general, así como las disposiciones de las Leyes Nros. 24.557 (Artículo 30 y ccs.), 25.612 (Artículos 27, 36 y ccs.) y 25.670 (Artículo 9° y ccs.)”.

---

58 El análisis que describimos de las resoluciones administrativas que regulan el art. 22 de la ley General del Ambiente han sido publicados en el Diario de la Ley On Line, en un artículo denominado “ Seguros Ambientales . El árbol no ha permitido ver el bosque – Debemos seguir trabajando”.

<sup>59</sup> Publicada BO, 28-11-2002.

En las otras normas reguladas y referenciadas por la Resolución N° 177/2007, se trata la Ley N° 25.612<sup>60</sup> denominada de Gestión Integral de Residuos Industriales, la cual en su Artículo 27 establece la obligatoriedad para todo transportista de asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar; y propone como alternativas la 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<sup>61</sup>.

Asimismo, la Ley N° 25.670, sobre PCBs, denominada Presupuestos para su Gestión y Eliminación<sup>62</sup>, establece en su Artículo 9° la obligación para toda persona física o jurídica que realice actividades o servicios que implican el uso de las sustancias enumeradas en la ley de 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.

El autoseguro no debe ser confundido con el fondo ambiental privado, porque tal como lo veremos en detalle el fondo ambiental privado, si bien no transfiere riesgo, transfiere y separa patrimonio, y en el autoseguro no hay ni separación de patrimonio ni transferencia de riesgo, con lo cual no genera motivaciones de conducta preventiva.

Pero en el caso del autoseguro no se trata de una verdadera garantía, por cuanto el patrimonio continúa dentro de la órbita del obligado, y por lo tanto puede ser afectado o verse disminuido por situaciones de concurso o quiebra de la empresa, embargos, etc.

En definitiva, la alternativa del autoseguro que la Secretaría manifiesta como válida, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 5° de la resolución, *introduce una modificación en la Ley General del Ambiente, ampliando indebidamente el sistema de garantías, puesto que los instrumentos que incorpora no otorgan la garantía que exige Ley de Presupuestos Mínimos y de Orden Público, reglamentada.*

No obstante lo expuesto, resulta rescatable de la resolución en análisis, la creación de la *Unidad de Evaluación de Riesgo Ambiental*. En efecto, dentro de los considerandos destaca la normativa que la suficiencia de la garantía enunciada en el Artículo 22 requiere necesariamente de una evaluación estatal, ya que la idea de “suficiencia” debe entenderse no sólo como la afectación específica de determinado monto, sino también como la evaluación del instrumento respecto de una efectiva respuesta ante una eventual producción de un daño.

---

<sup>60</sup> BO 29-7-2002.

<sup>61</sup> Artículo 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”.

<sup>62</sup> BO 19-11-2002.

Para lo cual se requiere la creación de un área específica con personal idóneo en la materia; para ello, dentro del ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, se crea un grupo de trabajo denominado “Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales”<sup>63</sup> (UERA), con amplísimas facultades en la intervención del desarrollo de las garantías ambientales, como así también en la aprobación de los planes ambientales propuestos y la certificación y auditoría de los mismos.

En efecto, entre otros puntos, la norma claramente establece que la UERA deberá (se encuentra obligada y facultada):

- a) Evaluar las categorizaciones efectuadas sobre la base de la complejidad ambiental de las actividades industriales y de servicio, conforme con el Anexo II de la presente.
- b) Participar en la determinación de los montos mínimos asegurables en función del riesgo.
- c) Establecer las metodologías y los procedimientos aplicables para acreditar el estado del ambiente al momento de la constitución de la garantía financiera.
- d) Establecer las metodologías y los procedimientos aplicables para certificar el alcance de los daños ocurridos al ambiente como consecuencia del siniestro.
- e) Aprobar los planes de recomposición, mitigación o compensación propuestos y auditar su cumplimiento.
- f) Formular y desarrollar los recaudos ambientales a incorporar en las pólizas de los contratos de seguro por daño ambiental.
- g) Elaborar guías técnicas que permitan orientar a las jurisdicciones locales, al Poder Judicial y al sector privado sobre la evaluación de riesgo por daño ambiental y sobre las acciones necesarias para sanear y disminuir el riesgo conforme con los usos definidos.
- h) Desarrollar capacidades y difundir información para la prevención de riesgos ambientales, etcétera.

Del detalle de las obligaciones (decimos obligaciones porque la norma indica que *deberá*) y facultades del “Grupo de Trabajo” UERA, es posible advertir una clara invasión por parte del Estado Nacional en el desarrollo de garantías ambientales, marcando una tendencia sobre el seguro ambiental, el autoseguro y luego el seguro de caución, de base técnica errónea, tomando un lugar como referente, en un tema técnico, legislado por una norma de orden público, y además del ámbito de competencia de cada provincia.

La norma describe en los Anexos las actividades por rubros que se encuentran comprendidas en la reglamentación consideradas riesgosas, estableciendo, además, una

---

<sup>63</sup> Art. 5º, Resolución N° 177/2007.

fórmula polinómica para categorizar las industrias y actividades según su nivel de complejidad ambiental.

***b. Resolución Conjunta N° 178/2007 y N° 12/2007 –creación de la CAGFA–.***

El mismo día en que es publicada la Resolución N° 177/2007<sup>64</sup> recién comentada, es publicada la Resolución Conjunta N° 178/2007 y N° 12/2007<sup>65</sup>, de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y la Secretaría de Finanzas. Mediante esta resolución conjunta se crea la Comisión Asesora de Garantías Financieras Ambientales (CAGFA), conformada por un (1) representante de la Subsecretaría de Servicios Financieros de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Producción y un (1) representante titular y un (1) suplente de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

En efecto, debido al carácter interdisciplinario que caracteriza la creación de un sistema de garantías para el ambiente, se requiere de la participación de varios sectores especializados en cada uno de los aspectos del desarrollo de garantías ambientales.

Dispone la norma que la Comisión Asesora, dentro de los noventa días de creada, tiene la función de analizar y formular propuestas referidas a:

- a) Las normas generales reguladoras de las condiciones contractuales de las pólizas de seguro de riesgo por daño ambiental.
- b) Los requisitos mínimos necesarios y la instrumentación de su acreditación para la admisibilidad de los autoseguros.
- c) La instrumentación de los fondos de restauración a que se refiere el último párrafo del Artículo 22 de la Ley N° 25.675.

***c. Resolución Conjunta N° 98/2007 y N° 1.973/2007<sup>66</sup> –“Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva”–.***

Mediante esta resolución conjunta, la CAGFA propone un modelo de póliza de seguros identificado como “Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva”.

La propuesta de la CAGFA, lejos de generar entusiasmo por parte de las aseguradoras para el desarrollo de este tipo de coberturas asegurativas, aumentó el desconcierto y alejó del tema a los aseguradores. Las inconsistencias planteadas en el modelo se encuentran reflejadas en los hechos. En efecto, a la fecha, no hay una sola compañía que haya adoptado el modelo propuesto y desarrollado alguna propuesta de seguros ambientales sobre esa base.

---

<sup>64</sup> BO 13-3-2007.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> De fecha 8-9-2008.

Tal como se explica a continuación, la técnica de redacción implementada en el modelo de póliza presenta varias incongruencias entre la propuesta, la Ley General del Ambiente y la Ley de Seguros<sup>67</sup>.

Mediante esta resolución nuevamente la SADS se excede en sus facultades reglamentarias, ya que reincide en introducir modificaciones de fondo que desnaturalizan el sistema de garantías propuesto por la Ley General del Ambiente, dado que introduce la figura del seguro de caución como mecanismo válido de cumplimiento con la exigencia legal, excediendo el ámbito de las facultades del “grupo de trabajo”.

El llamado “seguro de caución” no es un *seguro*. La naturaleza jurídica de dicho instituto no es un seguro ya que no se encuentra incluido en la Ley N° 17.418, sino que se trata de una excepción introducida en el Artículo 7° de la Ley N° 20.091.

El contrato de seguro de caución es un contrato de garantía bajo la forma y la modalidad de un seguro, ya que implica una garantía accesoria al acreedor de cierta obligación que su deudor cumplirá en las condiciones que pactaron. Así, el asegurado encuentra en el asegurador un nuevo responsable que añade su garantía a la del obligado primigenio.

La doctrina es pacífica en negarle carácter asegurativo a este contrato, asimilando al seguro de caución a una fianza.

Ello, debido a que en el seguro de caución no existe transferencia de riesgo a una aseguradora; la aseguradora actúa únicamente ante el incumplimiento de la obligación principal, y luego repite, o sea, reclama contra el tomador de la cobertura.

En cambio, en los seguros regulados por la Ley N° 17.418, existe claramente una transferencia de riesgo, ya que es parte de la esencia del seguro.

### *c.1. Comentario a las condiciones de póliza propuestas por la CAGFA*

Sin perjuicio de lo expuesto, seguidamente nos referiremos a las imprecisiones más salientes de las condiciones de cobertura desarrolladas por la CAGFA.

En primer lugar, vemos que el *objeto de la cobertura* es el de “garantizar la disponibilidad de fondos necesarios para recomponer el daño ambiental de incidencia colectiva” (punto 3.1.).

Uno de los elementos esenciales del contrato de seguros es el “interés asegurable”<sup>68</sup> y el otro elemento fundamental es la posibilidad de un riesgo, o sea el “álea”, lo cual también caracteriza al contrato de seguros.

---

<sup>67</sup> En relación con este tema, se puede consultar un artículo publicado en la *Revista Ambiental* de Lexis Nexis –hoy Abeledo Perrot–, de junio de 2009, en el cual he desarrollado en forma exhaustiva los problemas técnicos y legales que presenta el modelo de cobertura de la resolución.

<sup>68</sup> Art. 1° de la Ley de Contrato de Seguro que dispone: “El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley”.



El álea depende siempre de un suceso fortuito, con lo cual corresponde preguntarse si la disponibilidad de fondos corresponde a un suceso fortuito. Como así también, si puede ser entendida como una cobertura de riesgo proveniente de operaciones de crédito financiero<sup>69</sup>.

En definitiva, el álea no se encuentra claramente identificada en el objeto de la cobertura, como así tampoco el interés asegurable, aunque parecería ser que se tratara de “los fondos para la recomposición” pero el “alcance de la recomposición” puede llegar a exceder los fondos estimados o no por el asegurador o el asegurado. En ese caso, el límite de la suma asegurada, ¿operaría como tope ante un conflicto judicial?

¿Qué indica la CAGFA en lo referente a *la suma asegurada*?

Dispone que “es el límite máximo y único que el asegurador se obligará a pagar en caso de siniestro” (punto 6). Asimismo, establece que “la indemnización deberá hacerse efectiva a través del pago de sumas de dinero que solventen las tareas de recomposición establecidas” (punto 7.3.) y tal como lo vimos antes, el punto 3.3. en cierta forma amplía estos “límites” en la definición del alcance de la recomposición.

Ciertamente el alcance de la cobertura no se encuentra debidamente delimitado. El problema de esta situación confusa e indefinida es que ante la ocurrencia de un siniestro, será la justicia quien en definitiva interprete la normativa, las condiciones de cobertura y, consecuentemente, determine su alcance en cada caso.

Por último, corresponde analizar el impacto de la obligación concreta y sin condiciones de confidencialidad de la exigencia del estudio de la *Situación Ambiental Inicial*, exigida por las condiciones de cobertura. Se trata de un diagnóstico previo realizado por la compañía para el análisis del riesgo, y en caso de ser asumido por la aseguradora, las condiciones de suscripción.

Ahora bien, si la información sobre la Situación Ambiental Inicial (SAI), por disposiciones administrativas o por otros mecanismos, quedase en poder de las autoridades competentes, podría ser válidamente requerida por toda persona física o jurídica que la solicite. En efecto, si la mentada información se encuentra en poder de las empresas (compañías de seguros) que son controladas por organismos públicos (Superintendencia de Seguros de la Nación), es previsible que dicha información sea válidamente requerida y exigida por el público.

Ello daría lugar a una gran cantidad de reclamos judiciales oportunistas puesto que la situación ambiental que resulte de ese estudio daría fundamento y pie para ello.

#### ***d. Resolución N° 1.398/2008 –SADS–.***

Con esta última resolución, la SADS anunció el final de la reglamentación del Artículo 22 de la Ley General del Ambiente. Sin embargo, ha dejado ciertamente muchas más dudas que certezas.

---

<sup>69</sup> Estos riesgos se encuentran expresamente prohibidos por el Art. 7° de la Ley N° 20.091.

Mediante esta resolución intenta definir el alcance de la expresión “monto mínimo asegurable de entidad suficiente” y el alcance de las “actividades de recomposición” que deben ser financiadas con ese monto. Para lo cual propone una metodología de cálculo que se describe en el Anexo II.

Según la norma, el monto mínimo asegurable de entidad suficiente “es la suma que asegura la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva producido por un siniestro contaminante”<sup>70</sup>. Asimismo, indica que la suma mínima asegurable en ningún caso podrá ser inferior al monto mínimo asegurable de entidad suficiente<sup>71</sup>, y que ese monto alcanza a instalaciones con niveles de complejidad 12 o superiores (por lógica).

## **VI. SEGURO DE CAUCIÓN AMBIENTAL EN EL MODELO ARGENTINO.**

El seguro de caución es una garantía de carácter accesorio a una obligación principal, ya sea que dicha obligación surja de un contrato o del cumplimiento de la ley.

Gran parte de la doctrina le niega el carácter asegurativo a este contrato, asimilando al seguro de caución a una fianza.

En el seguro de caución ambiental el interés asegurable se identifica con el cumplimiento de la ley. En efecto, la obligación a cargo del tomador (empresa) es la de cumplir con la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva, una vez que ésta se manifieste. Al momento de la contratación del seguro no hay obligación principal asegurable. O sea no “hay interés asegurable” en los términos del seguro de caución.

El seguro de caución es una garantía del cumplimiento de una obligación principal, preexistente a la contratación del seguro.

Es pacífica la doctrina y es conteste la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “el objeto principal del seguro de caución es garantizar, a favor de un tercero, el beneficiario, las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria”<sup>72</sup>.

No obstante ello, los seguros de caución por cumplimiento de sentencias ambientales, como así también por cumplimiento de contrato o realización de obras ambientales, que puedan surgir de sentencias o resoluciones administrativas, presentan un claro interés asegurable bajo el mecanismo del seguro de caución ambiental.

## **VII. FONDOS AMBIENTALES PRIVADOS –ARTÍCULO 22 LGA–.**

Este aspecto de la norma hasta el momento no ha sido reglamentado por la autoridad nacional, ni se ha desarrollado una norma específica en el ámbito de las jurisdicciones

---

<sup>70</sup> Véase Art. 1° de la Resolución.

<sup>71</sup> Art. 2°.

<sup>72</sup> Corte Suprema, 30-6-1992, “Estado Nacional c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A.”, Fallos: 315:1406.

provinciales. Recordemos, que tal como lo hemos manifestado en el punto V.1.a) de acuerdo con la legislación argentina, las Provincias se encuentran facultadas para dictar sus propias normativas ambientales, en base a la problemática local que se presente y de acuerdo con el piso establecido en la Ley General del Ambiente.

No obstante ello, en base a la experiencia extranjera la inclusión de este sistema de garantías es acorde con el desarrollo de la asegurabilidad o la no asegurabilidad del daño de incidencia colectiva en el mundo.

### **VII.1. ¿Qué son los fondos ambientales?**

Son sistemas de garantías alternativos o conjuntos que operan con los seguros, formados por activos líquidos que son separados de su patrimonio por los obligados a su constitución, mediante esquemas fiduciarios.

Estos activos son destinados exclusivamente a los daños ambientales, hasta el límite del monto que se encuentre en el fondo en cuestión.

Mediante una doble estructura, de administración de riesgo ambiental y de administración de fondos, es posible su instrumentación.

Su principal objetivo es facilitar en forma ágil y eficiente contar con fondos para la restauración del ambiente dañado en caso de un siniestro, hasta las sumas de dinero que se encuentren en el mismo, lo cual no limita la responsabilidad del obligado al pago, quien deberá luego responder con todo su patrimonio.

Pueden operar conjuntamente con alguna cobertura de seguros ambientales, o sin ella.

En algunas legislaciones, como la alemana, se exigen únicamente las garantías financieras para la recomposición del daño, con lo cual con la mera acreditación de la existencia del fondo y la seguridad jurídica del mismo, es suficiente como para dar cumplimiento al requerimiento del seguro ambiental.

Existen varios tipos de fondos, que varían de acuerdo con los objetivos que se pretendan cubrir.

A modo de ejemplo, podemos nombrar los siguientes: *Fondos de Garantía, Fondos Complementarios, Fondos Autónomos, Fondo de Indemnización, Fondos de Subrogación, etc.*

### **VIII. CONCLUSIÓN PRELIMINAR –PLANTEO PARA UNA PROPUESTA DE “SISTEMAS DE GARANTÍAS AMBIENTALES”–.**

Tal como hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, los daños y problemas ambientales causados por la acción antrópica traen aparejados innumerables problemas económicos, sociales, y en la forma de vida y salud de las personas.

Para revertir este proceso, hacen falta acciones rápidas urgentes y eficaces.

Las externalidades negativas, en su gran mayoría, se encuentran dentro de la sociedad, por lo cual “todos somos responsables”, comunidad, empresas y gobiernos; no han logrado tener su recompensa con la aplicación del principio “el que contamina paga”.

En estos momentos urge la necesidad de modificar las conductas empresariales y políticas ambientales, en pos de un auténtico desarrollo sustentable.

Cada vez son más las propuestas de metodologías de reciclado, recupero de residuos, procesos para que las industrias sean más limpias, elaboración de energías alternativas, procesos de limpieza de petróleo, etc.

Por lo cual un proceso sostenido, sin prisa y sin pausa, que logre incorporar cada una de las metodologías limpias de eco-industria, eco-servicios, que permita disminuir la exposición de riesgo por daños ambientales, es fundamental.

Por otra parte, la sociedad se encuentra muy alerta de las acciones de las empresas en sus procesos productivos o de prestación de servicios con el medio ambiente, exigen garantías por los daños que puedan causar un evento de contaminación que afecte tanto al ambiente (ya considerado como un derecho colectivo), como a las personas o los bienes de las personas a través del ambiente dañado.

Todo ello obliga a los gobiernos a desarrollar políticas ambientales que tengan su base en la prevención, y no tanto en el principio contaminador pagador (sin descartarlo, obviamente).

Sin embargo, nos obliga a buscar otros sistemas que motiven tal conducta, sistemas que sean acordes con la naturaleza del ser humano.

En algunas legislaciones, como la española, se habla del concepto de “*garantías financieras para el ambiente*”, y *no tanto de seguros, que puede ser complementario. Sin embargo, aunque con aspectos más sofisticados, continuamos trabajando en el mismo sistema de creencias del principio “el que contamina paga”.*

En efecto, si tenemos en cuenta la crisis financiera global que ha sufrido el mundo en el año 2008, con impacto en el año 2009, es posible advertir la fragilidad del sistema propuesto dentro de un sistema que únicamente se base en esas características.

Resulta, además, otra forma de transferencia de riesgo. Con lo cual, el agente contaminante continúa pasando la pelota a otro, quien lo asumirá de acuerdo con sus políticas de suscripción. Significa otro ropaje de la aplicación del principio “el que contamina paga”.

Estos sistemas, si bien pueden ser lo más parecido a lo adecuado, no son suficientes para motivar la “prevención”.

#### **a. Propuesta. Soluciones de fondo y no de forma para las garantías ambientales.**

En base a todo lo expuesto, la experiencia en relación con los siniestros, los seguros ambientales, los fondos, la aplicación del principio el que contamina paga, las manifestaciones de los países más desarrollados en materia de política ambiental internacional y las disposiciones normativas, estamos en condiciones de proponer un “Sistema Integral de Garantías Ambientales” con algunas variantes. Sistema que exige solidez. Los valores en juego son nada más y nada menos que la salud de las personas, en el cual la motivación de conducta “preventiva” será la principal protagonista.

Hemos advertido las dificultades y el escaso éxito preventivo que presenta la transferencia del riesgo ambiental colectivo.

El riesgo ambiental colectivo debe quedar dentro del ámbito de la empresa, y por su parte la empresa/agente contaminante debe presentar alguna garantía, por ese daño.

En este esquema la suficiencia de la garantía pasa a un segundo plano, y pasa a primer plano la motivación de la conducta preventiva.

Para lo cual proponemos un “sistema de garantías que contemple”:

- Fondos Ambientales Privados para los daños de incidencia colectiva.
- Seguros de Responsabilidad Civil, para los daños a las personas y los bienes de las personas a través del ambiente dañado.

Ahora bien, los Fondos Ambientales Privados a los que hacemos referencia deberían tener las siguientes características:

- a. no se transfiere el riesgo.
- b. se transfieren activos.
- c. el monto de la transferencia de dichos activos tendrá relación directa con la exposición a riesgo creado.
- d. si la exposición a riesgo creado disminuye, en la misma proporción disminuyen los activos separados.
- e. a mayor exposición a riesgo, más separo; a menor exposición, menos separo.
- f. la responsabilidad del agente contaminado no queda limitada por el monto separado al fondo.
- g. y los daños a las personas a través del ambiente dañado quedan amparados por seguros de responsabilidad civil o los pooles de riesgos que se puedan crear por actividad.

#### **b. Mecanismo de operatoria de los fondos privados.**

Mediante leyes especiales de “sistemas de garantías ambientales”, es posible instrumentar la creación de fondos ambientales privados de garantía, sin transferencia de riesgo, pero con transferencia de fondos, mediante un esquema fiduciario de administración de riesgos ambientales, por el cual los agentes obligados deben separar un porcentaje de su valor a riesgo ambiental, para atender a siniestros ambientales. Con la motivación de que tales fondos regresen al patrimonio de los obligados, una vez acreditada la extinción del riesgo ambiental o la acreditación de una gestión ambientalmente responsable, que certifique la disminución de la exposición a riesgo ambiental.

El monto por el cual se realiza la garantía será un porcentaje mínimo (5% al 10%) de las sumas que resulten de calcular la exposición a riesgo de la empresa, para lo cual tendrá en cuenta el comportamiento ambiental de la misma y las medidas tendientes a mitigar los efectos negativos ambientales como consecuencia de la actividad.

Mediante este mecanismo, el obligado/responsable tendrá una doble motivación para tener una conducta ambientalmente responsable. Por un lado, la expectativa de que los fondos regresen a su patrimonio, ya sea porque se acredita la disminución de la exposición a riesgo, porque la actividad de la empresa concluye o porque se certifica la ausencia de riesgo.

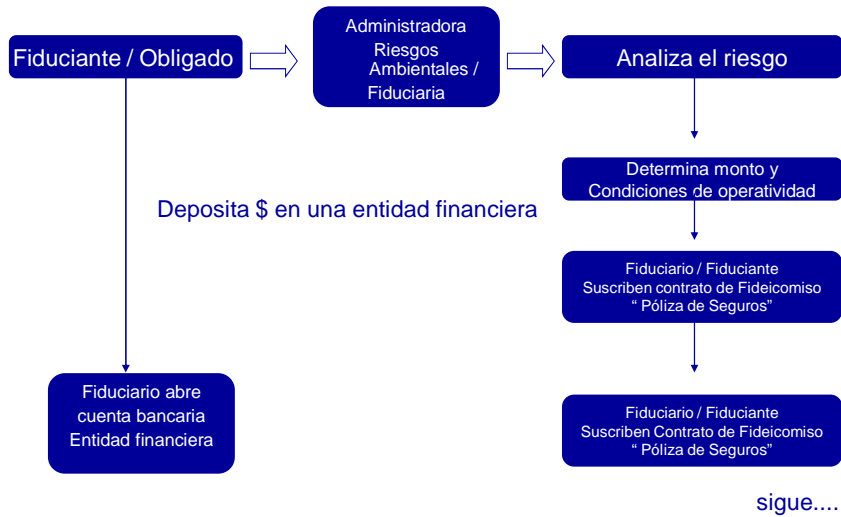
Es importante destacar que dentro de este esquema básico, cada tipo de actividad tendrá sus particularidades y la normativa deberá atender a ellas para desarrollar un sistema de garantías acordes con la prevención ambiental y motivadora de conductas ambientales.

Dentro de este esquema es clave estructurar que estos fondos –si bien se encuentran fideicomitidos– continúan siendo privados (aunque afectados a una determinada actividad); como consecuencia de ello, no son ni deben ser tratados como un tributo (tasa ambiental) sino como un patrimonio de afectación.

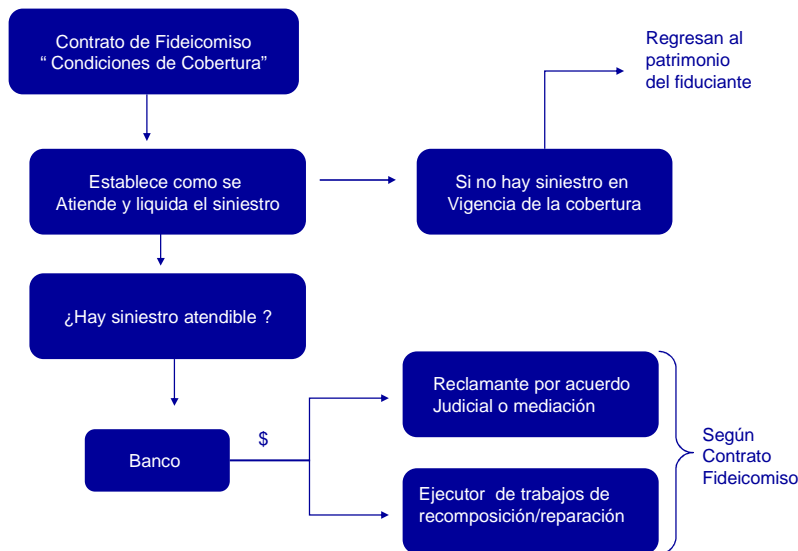
En este esquema se obtiene un triple beneficio: la empresa puede desarrollar su actividad, la comunidad cuenta con una garantía real y concreta para el caso de daños ambientales y el gobierno genera una adecuada tutela ambiental mediante un desarrollo sustentable que permite “sólo” la actividad empresarial que es protectora, preventiva, cuidadosa y solvente en su comportamiento y gestión ambiental.

El contrato de fideicomiso establecerá las condiciones de ingreso/egreso y administración del riesgo ambiental, el cual deberá contemplar, también, el control de la autoridad ambiental local, con participación de las Organizaciones no gubernamentales ambientales, de mayor trayectoria y reconocimiento institucional.

¿Cómo opera el fondo?



¿Cómo opera el fondo?



- **Beneficios del sistema de la creación de Fondos Ambientales Privados.**

- *Sincronicidad con los convenios internacionales, el Pacto Global y Desarrollo Sustentable.*

El impulso de estos mecanismos por parte de las políticas ambientales constituiría *una señal inequívoca para toda la sociedad en su conjunto*, en lo que respecta al compromiso de los gobiernos con las políticas contenidas en el aludido Pacto, lográndose aproximar al deseado equilibrio entre la concreta aplicación de tales principios con el desarrollo de una actividad productiva que pueda ser perjudicial al ambiente, y que sin embargo es beneficiosa –en términos económicos– para su comunidad.

➤ ***Disponibilidad de activos líquidos para el caso de siniestros ambientales.***

Ante el acaecimiento de accidentes ambientales, o de daños ambientales de incidencia colectiva, el Gobierno contará con recursos financieros perfectamente disponibles como para atender, en forma urgente, cualquier tipo de emergencia de este calibre.

➤ ***Existencia de garantías “verdaderas” para responder frente a quienes reclamen por los daños de incidencia colectiva.***

Frente a los aludidos sucesos desafortunados, los activos separados del patrimonio, que fueran afectados al fondo ambiental, serán la garantía real para la comunidad en su conjunto.

➤ ***Seguridad jurídica para los inversores y directivos de empresas.***

El cumplimiento de la normativa ambiental que conforma nuestro ordenamiento jurídico resulta también indudablemente un alivio para quienes depositan su confianza en emprendimientos productivos así como para sus directores. Ello así, habida cuenta de las responsabilidades que les caben por la inobservancia de una norma legal que se encuentra vigente.

➤ ***Beneficios para las empresas.***

a) Flexibilidad: los fondos ambientales son desarrollados mediante contratos de fideicomisos, los cuales conllevan la versatilidad que se requiere para acomodar el instrumento a los particulares intereses de cada negocio.

b) Seguridad jurídica: los activos destinados al fondo fiduciario serán intocables y estarán jurídicamente protegidos, ya que tienen como único objetivo la reparación de daños ambientales o el pago por responsabilidades del mismo.

En este sentido, los bienes que salen de la empresa obligada/fiduciante son transmitidos del patrimonio de ésta hacia el fideicomiso, “en propiedad fiduciaria”. Estos fondos tendrán como única finalidad la de recomponer los daños ambientales que la empresa por su actividad pudiere producir. Estarán a salvo de las acciones de acreedores de la empresa, como así también ante una situación de concurso o quiebra de la misma.

Recordemos que la contratación de un seguro no garantiza la solvencia de la aseguradora al momento en que deba pagar el siniestro, circunstancia que demuestra a las claras la ventaja de elaborar un sistema de fondos ambientales.

Por otro lado, la empresa también podrá –en determinadas condiciones– utilizar los fondos del fideicomiso para inversión en planes de medidas técnicas a implementar dentro de su empresa para la mitigación de riesgos ambientales.

c) Los activos pueden volver al patrimonio de la empresa. La normativa deberá contener una motivación de que en función de la disminución del riesgo el patrimonio regrese a la empresa.



d) *El fondo cumple la función de garantía ambiental*: dado que establecerá las condiciones de su funcionamiento, tal como lo hace una póliza de seguros, deberá determinar algunos aspectos, a saber: el beneficiario, el siniestro indemnizable, el daño ambiental a ser cubierto, la naturaleza y extensión del riesgo ambiental que va a recomponer; los riesgos que excluye, etc. Para determinar la composición del fondo, deberá procederse a realizar un análisis técnico jurídico y actuarial.

**c. ¿Qué pasa con el riesgo a las personas y los bienes de las personas causado a través del ambiente dañado?**

En relación con este aspecto del daño ambiental, tal como lo hemos adelantado, dentro del mercado internacional de seguros y reaseguros contamos con coberturas asegurativas que amparan este tipo de riesgos. Y en lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable en estos supuestos se aplica el régimen del Código Civil, que establece la obligación de resarcir mediante el pago de indemnizaciones, en contraposición de lo que ocurre con el daño de incidencia colectiva, o sea el daño medioambiental, que exige “recomponer”, o sea volver las cosas al estado anterior.

Dentro de este contexto normativo y de obligaciones, en lo que se refiere a los seguros es posible afirmar y adelantar que la obligatoriedad del establecimiento de seguros ambientales que tengan por objeto o como “interés asegurable”, la protección de los bienes de las personas (salud, patrimonio, etc.), se presenta factible de asumir por los aseguradores, debido a limitación indirecta que tienen los montos indemnizables, los cuales se traducirán básicamente en el valor vida, o valor de las lesiones, o los valores de la propiedad afectada, etc.

Para este tipo de riesgo las clásicas coberturas de responsabilidad civil ambiental resultan adecuadas y pueden ser exigidas en forma obligatoria. Al igual que ocurre con el seguro obligatorio del automotor.

En definitiva, mediante este “sistema de garantías” que contemple principalmente la protección de los dos grandes aspectos del riesgo ambiental, “el ambiente” y las “personas”, en el cual, las conductas preventivas tengan su “premio inmediato”, en contraposición con los castigos, lejanos, lentos y en algunos casos inútiles, que siguen las conductas reprochables ambientalmente, por aplicación del principio “el que contamina paga”.

Ciertamente, si para el daño ambiental colectivo, el empresario se encuentra obligado a separar activos de su patrimonio en función del riesgo creado y caucionarlos a favor de la comunidad, no sólo será favorable para esta última, sino que, además, las aseguradoras se encontrarían más seducidas en el desarrollo de productos de seguros ambientales que amparen otros aspectos del riesgo ambiental. En efecto, si el propio asegurado cuenta con un fondo ambiental privado, es porque el empresario desarrolla su actividad sobre la base de la prevención y la aplicación de metodologías que paulatinamente transformen sus procesos productivos a fin de que los mismos sean cada vez más limpios.

*Los instrumentos económicos para el ambiente requieren ser desarrollados de acuerdo con la naturaleza del hombre, con sus debilidades y fortalezas.*

En efecto, tal como lo hemos destacado, la experiencia en materia de seguros ambientales indica que cuando los obligados a contratación de una póliza únicamente buscan la contratación de un seguro para presentar a las autoridades, el aspecto preventivo indefectiblemente quedará de lado.

La propuesta va más allá del concepto de que el que contamina paga. Puesto que establece la exigencia de la garantía, desde el momento en que existe la posibilidad de causar un daño al ambiente, con independencia de que lo haya causado o no. Colocando al ambiente y al hombre en un pie de igualdad y de equidad en la transacción, puesto que, en el momento en que el hombre introduce un riesgo ambiental por su actividad productiva o de servicios, deberá entregar algo a cambio en señal de compromiso con su protección y cuidado.

La reseña histórica señalada al principio del presente trabajo ha demostrado la enorme preocupación que existe en los gobiernos de los países más desarrollados, por el calentamiento global, los daños ambientales, y vienen trabajando en diferentes áreas y desde diferentes organismos para revertirlo.

Sin embargo, hemos llegado a un punto en que la urgencia merece el “compromiso real” y concreto de todos los actores económicos del planeta, con acciones concretas, rápidas y efectivas, y basadas fundamentalmente en la “prevención”; la “sanción”, si bien tiene un lugar importante, no debe ser el primero ya que no hay tiempo de sancionar.

El hombre, como ser económico, necesita motivaciones económicas para actuar en una forma u otra.

*Por lo tanto, si tenemos en cuenta que el contamina no paga, tampoco repara, el responsable no responde, y la transferencia de riesgo es la transferencia de un problema de difícil solución.*

*Somos cada vez más conscientes que la clave pasa por la prevención; en efecto, “prevenir antes que curar”.*

*Y el sistema de fondos privados implica un intercambio directo e inmediato. En el momento en que introduzco la posibilidad y exposición de un daño al ambiente, entrego como muestra de mi compromiso real, con su cuidado, una porción de mi patrimonio.*

*Los hechos son los que hablan, no las palabras.*