

## Presupuestos mínimos para el seguro ambiental obligatorio [\*]

### Introducción al tema

El tema ambiental en los últimos tiempos ha tomado interés a nivel gubernamental y de la sociedad en su conjunto. Los medios han colaborado a este aumento del interés en la temática haciéndose eco de reclamos puntuales de diferente índole que involucran a sectores de la comunidad. Al mismo tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha “reflotado” el tema del seguro ambiental obligatorio que, estando expresamente establecido por la Ley General del Ambiente N° 25.675, dictada en el año 2003 (en lo sucesivo: LGA), había quedado de alguna manera “suspendido” en su aplicación al interpretarse – bien o mal – que requería de una reglamentación.

Lo cierto es que la Corte en los casos “Assupa” y “Mendoza” ha puesto en el tapete la cuestión de la obligatoriedad de contar con un seguro ambiental, según lo dispuesto por el artículo 22 de la LGA.

En particular, en el caso “Mendoza” la Corte en un procedimiento *sui generis* requirió a los demandados que informen determinados aspectos de su situación ambiental y de la existencia o no de la contratación del mentado seguro. En ese expediente judicial, la gran mayoría de los demandados manifestaron que no existía una póliza autorizada por la Superintendencia de Seguros de la Nación en esa materia, en tanto que unos pocos demandados, dando cumplimiento al artículo 22 de la LGA presentaron seguros de caución con coberturas que garantizan de alguna manera el cumplimiento de la obligación de remediar exigida por la mencionada LGA.

La opinión generalizada fue que la disposición citada (i.e. el artículo 22) no era operativa y requería para su efectiva entrada en vigor de una reglamentación. No comparto la opinión de que se trata de una disposición programática y, salvo algún aspecto puntual donde sí sería conveniente el dictado de una norma reglamentaria, bien podrían cubrirse hoy los riesgos que refiere la LGA. Sin embargo, el dictado de sucesivas resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la Subsecretaría de Finanzas (Resoluciones 177/2007 y su modificatoria 303/2007 y Resoluciones 178/2007 y 12/2007) fijando criterios preliminares y creando comités y grupos de trabajo para reglamentar la normativa referida, ha dejado en claro, al menos en cuanto a la opinión oficial del Poder Ejecutivo, que

es necesario definir y reglamentar ciertos aspectos del seguro obligatorio establecido por la LGA.

Este artículo, sin entrar en la validez constitucional de una reglamentación dictada por la autoridad nacional ni a la conveniencia de su dictado mediante normas de jerarquía muy inferior a las requeridas, pretende delinear algunos aspectos y señalar algunas consideraciones que, si se entiende que se requiere una reglamentación, deberían tenerse en cuenta a la hora de regular la materia en cuestión.

### **La Ley General del Ambiente (LGA) y El Seguro**

El ya mencionado artículo 22 de la LGA (titulado "*Seguro ambiental y fondo de restauración*") establece, con las habituales falencias técnicas y de redacción de nuestro Poder Legislativo, lo siguiente: "*...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;...*".

Desmenuzando esta disposición, podemos esbozar de alguna manera – y sin perjuicio de la mala técnica y redacción de la norma – cuál es la exigencia de la LGA en la materia.

Así, está claro que la LGA ha querido establecer un seguro obligatorio a todo tipo de persona – aún a las entidades estatales y mixtas – en tanto realicen "*actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos*". Evidentemente, al formular de esa manera la exigencia aseguradora, está remitiéndose a otras definiciones normativas, pues la calificación de "riesgosa" establecida en la LGA conlleva una apreciación subjetiva, salvo que se la remite a alguna otra norma que defina con precisión quiénes son los obligados. Es cierto que hay determinadas industrias respecto de las cuales "es sabido" que son riesgosas para el medio ambiente. Pero otras son "menos riesgosas" y otras son solamente "un poco riesgosas", según la opinión no-técnica generalizada. De ello se deduce que el legislador quiso disponer esta obligatoriedad a aquellas personas que realizan actividades que debían ser enumeradas de alguna forma.

En tal sentido, las normas provinciales ya habían calificado, antes de la LGA, listas de actividades riesgosas con formulas y parámetros que establecen categorías para tales actividades. Y así, la mencionada Resolución 177/2007 de la SAyDS adoptó la categorización que, en su momento había dictado la legislación de la Provincia de Buenos Aires y, a su vez, vía una nueva reglamentación calificará concretamente a las empresas.

Continuando con la definición de la ley, se advierte que la exigencia concreta es la de que esas actividades contraten un seguro que sea por una suma asegurada "suficiente". Este

punto, quizás el más delicado del artículo referido, amerita ser analizado especialmente.

### **Los daños y perjuicios individuales y el daño ambiental colectivo**

A partir de la LGA se ha introducido – y así esta ya receptado con precisión por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – que un evento de contaminación puede producir daños individuales a las personas – sean estos, danos materiales a sus bienes, o lesiones físicas o aún muertes de personas – y daños al ambiente de incidencia colectiva.

En el primer caso resultan de aplicación las normas del Código Civil en materia de responsabilidad y quien fuera víctima de un ilícito ambiental tendrá derecho a una reparación integral que se materializa, en general, mediante una indemnización.

El segundo supuesto, legislado mediante la LGA, es el caso del daño al ambiente que afecta a la comunidad o a una parte de la comunidad, y genera a favor de ella una reparación limitada que se materializará mediante una remediación.

La LGA ha definido a este daño y considera que es reparable (mediante una remediación) en tanto afecte en forma negativa y relevante al ambiente. Es claro que la actividad antrópica no puede ser absolutamente reversible. Vivimos en un mundo donde la actividad humana ha generado la producción de necesidades al hombre que, al mismo tiempo, afectan el medio ambiente.

Y este daño colectivo y su consecuencia (la remediación) es el que, mediante un seguro obligatorio, se pretende garantizar. La reglamentación entonces deberá señalar esto en forma expresa.

### **El alcance de la remediación**

Con fundamento en el artículo 41 de la Constitución Nacional, la LGA introduce dos términos esenciales en la definición del daño ambiental de incidencia colectiva que debe ser remediado: que el daño al ambiente implique una “alteración relevante” y que dicha alteración modifique “negativamente” al ambiente (sus ecosistemas y recursos).

En tal sentido, la reglamentación deberá establecer de manera clara y precisa que el seguro que se autorice a ofrecer al mercado genere la obligación de remediar el ambiente afectado hasta niveles aceptables de contaminación de manera tal que ésta deje de ser relevante y negativa. A tal efecto, el seguro deberá contener limitaciones mediante fórmulas o *standards* que permitan delinear el alcance de la cobertura aseguradora, que será garantizar (si el seguro es de caución) o pagar (si el seguro contiene transferencia del

riesgo, como ser el seguro de responsabilidad) la remediación hasta montos razonables teniendo en consideración que el ambiente protegido constitucionalmente es aquél que sea apto para el desarrollo humano y para las actividades productivas.

Como se ha indicado, el alcance de la remediación establecido por la LGA implica que no hay, como ocurre en los daños individuales una reparación integral, sino un retrotraer la situación a un estado donde la afectación antrópica deje de ser relevante y/o negativa.

El tema, tal como lo define la LGA ha generado inquietudes serias entre las empresas asegurables y los aseguradores. Las primeras, temen con razón que los jueces las obliguen en sus fallos a remediar hasta límites que van más allá de lo razonable y exigible, excediendo lo definido por la Constitución Nacional y la LGA. Las aseguradoras, por su lado, temen que los jueces consideren a las sumas aseguradas y límites, inoponibles a los reclamantes.

En suma, caben dos acciones a nivel gubernamental: una ley especial que complemente la LGA fijando un criterio más preciso y cierto del alcance de la remediación para las empresas riesgosas que deban remediar en caso de un evento de contaminación. Por otro lado, para las aseguradoras se requiere fijar el alcance de la expresión "entidad suficiente" establecida como mínimos a asegurar por el artículo 22 de la LGA mediante un instrumento legal con jerarquía no menor a decreto, que no sea entonces objetada ante los jueces.

### **Tipos de seguros posibles**

La interpretación literal del artículo 22 de la LGA nos llevaría de entrada a afirmar que lo que exige la ley aludida es un seguro de caución o de garantía de cumplimiento de la remediación a la que están obligadas las empresas con actividades riesgosas para el ambiente.

Sin embargo, una interpretación del espíritu del artículo nos lleva a considerar que el legislador no quiso limitar el tipo de seguro, sino que quiso algún tipo de seguro que permita contar con un obligado adicional o "garante" que financie y efectivice la remediación.

En consecuencia, la LGA – y así debe indicarse en la reglamentación – admite tanto a los seguros de caución donde el asegurador actúa como fiador en caso de incumplimiento de la obligación de remediar, como a los seguros de responsabilidad donde la empresa transfiere el riesgo al asegurador para el caso de ocurrir el siniestro definido. Asimismo, cabrían otras alternativas que probablemente la creatividad privada y experiencia de los reaseguradores, los aseguradores y los *brokers* generarán si no se regula demasiado la materia.

### **Sumas aseguradas y límites – problemática**

La cuestión ha sido tratada por la LGA con total imprecisión. En efecto, el artículo 22 ya aludido dispone que el seguro debe ser de "entidad suficiente". Esto significa que desde el punto de vista de la LGA, el seguro debería tener mínimos que se deben asegurar. Al mismo tiempo, es sabido que la técnica aseguradora exige, desde el punto de vista de la tarificación, que las coberturas tengan sumas máximas de aseguramiento o límites.

Desde mi punto de vista, la cuestión debería haberse dejado librada a la definición que hagan, en forma conjunta, la empresa solicitante del seguro y el asegurador. Y a tal efecto, deberán las partes del futuro contrato de seguros proceder a realizar los estudios del riesgo correspondientes utilizando como base el PML (o Pérdida Máxima Probable, en su sigla en inglés) que será el "punto de partida" para determinar las sumas aseguradas o límites de póliza. Y enfatizamos la expresión punto de partida, pues ante la inexistencia en el país de un mercado de seguros ambientales tal como el que exige la LGA, la reglamentación debe proceder con la cautela, seriedad y realidad inicial con que debe actuarse en un caso como éste.

Si bien el seguro debe tener, como se dijo, un límite numérico fijado, el criterio de razonabilidad que surge de la propia Constitución Nacional autorizaría a las partes del contrato de seguro ambiental a introducir, por debajo de aquel límite numérico, un límite técnico a la cobertura. En tal sentido, parece muy razonable y serio utilizar metodologías de análisis de riesgo mundialmente aceptadas – a las que expresamente debe receptarse en el texto de póliza – que permitan analizar, ocurrido un siniestro, el alcance de la situación de contaminación y los costos de su remediación de manera que aquella contaminación deje de ser relevante y negativa.

Una propuesta interesante es la utilización del denominado Risk Based Corrective Action ("Rebeca" en la jerga en inglés) aprobado y utilizado en USA. Esta metodología, ampliamente conocida por los partícipes de la actividad ambiental, ya ha sido además receptada por cierta legislación reglamentaria de nuestro país, de manera que no se está proponiendo algo desconocido a nivel normativo.

Las autoridades no parecen considerar el tema de la metodología del análisis de riesgo. Por el contrario, se estarían encaminando a regular el tema mediante la elaboración de sumas aseguradas mínimas (que además, probablemente, operarán como sumas aseguradas máximas o límites), partiendo de la base de una categorización de actividades en primer lugar (ya definida por la Resolución 177/2007 y su modificatoria 303/2007) y una calificación más específica, caso por caso, tomando al efecto una fórmula

polinómica basada en las reglamentaciones de la Provincia de Buenos Aires "enriquecida" con otras consideraciones técnicas.

### **Exclusiones a la cobertura**

Parecería a primera vista que si se fijan los presupuestos mínimos para un seguro ambiental obligatorio, no habría lugar para exclusiones a la cobertura. Ello es inexacto. En efecto, las coberturas, ya sean de riesgo nominado y aún más si son del tipo de "todo riesgo", para evitar interpretaciones en cuanto a su alcance conceptual, exigen una serie de definiciones de aquello que no está cubierto.

Puntualmente para el caso que nos ocupa, vemos esencial incluir, al menos los siguientes rubros que, mas allá de estar claro que no son obligatorios para la LGA, sería conveniente incorporarlos al condicionado de póliza como exclusiones para facilitar la labor del intérprete:

(a) la obligación sustitutiva (artículo 28 de la LGA) que pesa sobre las empresas, para el caso de no ser factible técnicamente remediar, de aportar un determinado monto de dinero fijado por los jueces a un fondo de compensación ambiental. Desde el punto de vista del seguro ambiental, es claro que no corresponde incluir esta obligación sustitutiva en el amparo asegurador, simplemente porque no resulta así de la propia ley. Es decir, los aseguradores podrán incluir adicionalmente a la remediación esta compensación, pero ello no es obligatorio para encuadrarse en la LGA y así lo debe indicar la reglamentación.

(b) las típicas consecuencias de la acción de cese de contaminación, como ser, las medidas exigidas en materia de innovación tecnológica, introducción de mejoras, etc. Lo que la LGA exige como obligatorio es un seguro que ampare la consecuencia de la acción de remediación y no de la acción de cese de contaminación.

(c) El denominado "daño moral colectivo", creación jurisprudencial más o menos reciente, que se esta pretendiendo introducir en el derecho ambiental. La LGA quiere una garantía al financiamiento de la remediación del ambiente, y no el pago de una indemnización a la denominada angustia moral de una comunidad.

### **Configuración del siniestro**

La LGA, por supuesto, nada dice sobre cómo se "gatilla" la cobertura obligatoria de seguros.

Dos aspectos deben considerarse: (a) la modalidad del seguro, sea base *claims made* o base ocurrencia, y (b) la definición de "reclamo".

Respecto de lo primero, mas allá de la discusión sobre la cláusula *claims made* – que entiendo que es absolutamente válida de acuerdo a nuestro derecho de seguros – la reglamentación de la LGA no debería entrar en este punto. Debe quedar sujeto a la oferta y demanda del producto que se desarrolle, admitiéndose entonces cualquiera de ambas modalidades u otras mixtas.

En cuanto al tema del reclamo, debería considerarse reclamo a los efectos del seguro tanto el típico reclamo de un tercero (la LGA admite como reclamantes a cualquier afectado, a ONGs y al *ombudsman*), como a la orden firme dada a la empresa asegurada por la autoridad ambiental competente que corresponda, de remediar el ambiente dañado.

### **Conclusiones preliminares**

Este artículo es una muy apretada síntesis de los presupuestos mínimos que debería contener la reglamentación del seguro ambiental que se encuentra en estudio. Mucho más puede decirse y sugerirse en la materia. Sólo se espera que las autoridades escuchen la voz de la actividad privada, quién es el verdadero motor de las actividades.

[\*] **Ramón Santamarina**. Ex CEO de Zurich Argentina. Socio del Estudio Rattagan, Macchiavello, Arocena & Peña Robirosa ([www.Rmlex.com](http://www.Rmlex.com)), a cargo del área de práctica Seguros y Reaseguros. Cualquier duda o aclaración dirigirse a [rs@Rmlex.com](mailto:rs@Rmlex.com)