



Universidad Abierta Interamericana.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Carrera de Abogacía.

Sede Regional Rosario.

EL DAÑO AMBIENTAL

**GARANTIAS FINANCIERAS Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA
LEGISLACION.**

Tutora: Dra. Silvina Vicente.

Alumno: Juan Lucas Bassi.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de presentación: Noviembre de 2016

I Resumen

Desde la sanción de la Ley General del Ambiente 25.675, se comenzó a exigir a los agentes generadores de riesgos ambientales la contratación de un seguro obligatorio que ampare siniestros ambientales. La finalidad de esta norma (art.22 de la LGA) era procurar la recomposición del medio ambiente frente a un acontecimiento dañoso. Lo que no previo esta ley fue que en este caso no se estaba legislando sobre un daño ordinario, sino que estábamos abordando a un daño difuso, cambiante, indeterminable, que afecta a multiplicidad de personas, en ocasiones irreparable, y otras características que hacen que este no entre en armonía con el resto de la legislación.

Frente a esto, la ley 17.418 de Contrato de Seguros, choca constantemente con el hecho que no se pueden aplicar las reglas que esta plantea en caso de siniestros ambientales.

Otros institutos del derecho entran en crisis frente a estos daños, la prescripción, la legitimidad de acción, la valoración y cuantificación del daño, la forma de reparar el mismo y otros que hacen que el daño ambiental tampoco encuadre plenamente en las estructuras clásicas de la responsabilidad civil.

Finalmente mencionamos al mercado asegurador en donde se observa claramente que el mismo no está preparado para abordar el sector de riesgos ambientales, la falta de certidumbre legal y científica hacen que las aseguradoras ofrezcan coberturas muy limitadas y con costos de primas muy elevados por lo cual no llegan a cubrir las exigencias de la LGA y tampoco son contratadas por los agentes de riesgo.

Imperante es la necesidad del dictado de una ley de responsabilidad y daño ambiental que venga a dar respuesta a la problemática planteada y que unifique la legislación en la materia que actualmente se encuentra dispersa.

EL DAÑO AMBIENTAL
GARANTIAS FINANCIERAS Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA
LEGISLACION.

II Estado de la cuestión

Este trabajo se basa en el ámbito del derecho privado, dentro de la temática responsabilidad ambiental por el daño causado y contrato de seguro, precisamente trabajaremos en el marco de la reparación del daño ambiental mediante la implementación de técnicas de aseguramiento, las dificultades que presenta esto en la actualidad, las soluciones a estas, y la evidente necesidad de la creación de una legislación específica.

Antecedentes históricos del Derecho Ambiental:

Desde mediados del siglo XX el mundo comenzó a cobrar conciencia acerca de la protección del medio ambiente y la preservación del mismo para generaciones futuras. La conferencia de Estocolmo de 1972 o Conferencia Sobre Medio Humano desencadena lo que le podríamos llamar la normativización del derecho ambiental y un punto de quiebre en materia de política medioambiental, la misma fue convocada por la Organización de Naciones Unidas y habiendo concurrido a ella 113 países y más de 400 organizaciones, se crea una declaración con principios comunes, enarbolando el derecho a gozar de un medio ambiente saludable, la preservación del ecosistema para las generaciones presentes y futuras, la responsabilidad de no dañar y el uso razonable de los recursos naturales.

Es importante destacar que antes de la conferencia de Estocolmo de 1972 se consideraba que el desarrollo global no era un concepto que fuera de la mano con la preservación del medio ambiente, más bien esto era una fatalidad invencible.

Sucedrían a la anteriormente citada conferencia de Estocolmo manifestaciones como el Informe Brundtland de 1987 llamado también Nuestro Futuro Común, el cual plantea mayormente los problemas del desarrollo económico globalizador y con ello el cuidado del planeta. En este informe se expresa la inminente necesidad de convocar a una nueva conferencia mundial para fijar objetivos comunes en materia medio ambiental. También es de destacar que con este se comienza a utilizar el concepto de DESARROLLO

SUSTENTABLE como aquel que *satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.*

Atendiendo a las necesidades expresadas en el Informe Brundtland se convoca a lo que se convertiría el evento más importante de la historia del derecho ambiental, La conferencia de Rio de 1992 o también conocida como Cumbre de La Tierra, convocada nuevamente por la Organización de Naciones Unidas. Traza directrices y objetivos en miras a la preservación del medio ambiente y el desarrollo sustentable. Vuelve a definir el concepto de desarrollo sustentable:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. », (Principio 1) « Para alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debe ser parte del proceso de desarrollo y no puede ser considerado por separado ». (Principio 4)

Elabora principios generales y una agenda (agenda 21) en donde se tratan una serie de recomendaciones relativas a alcanzar los objetivos planteados por la cumbre.

Si bien con posterioridad a la Conferencia de Rio de 1992 se llevaron a cabo otras convenciones como el Protocolo de Kyoto de 1997, Johannesburgo en 2002, y Conferencia de Rio de 2012 (Rio + 20). La Cumbre de la tierra fue aquella que termino de colocar el sello del medio ambiente en la conciencia de la comunidad internacional.

Luego de esta cumbre numerosos países comenzarían a adoptar principios de protección medioambientales a sus legislaciones internas. Precisamente en la República Argentina con la reforma constitucional de 1994 en el artículo 41 se materializa el derecho ambiental, en donde entre otras cosas consagra el derecho a gozar 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. Llevando claramente la bandera del Desarrollo Sustentable al pilar normativo de la república. Este artículo también cita la necesidad del dictado de normas que contengan presupuestos mínimos para la protección ambiental, y con esto la apertura a la sanción de numerosas normas que nacerían desde este punto.

III Introducción

El surgimiento del derecho ambiental acarreo una serie de inconvenientes la hora de su convivencia y sincronización con otras ramas del derecho. Con la sanción de la Ley General del Ambiente (LGA) se incorpora la obligatoriedad de contratar un seguro para la recomposición del daño ambiental a aquellos agentes generadores de riesgos ambientales. Ya inmiscuyéndonos en la temática de este trabajo podemos decir que el riesgo ambiental y su posterior daño poseen numerosas dificultades a la hora de articularse con las legislaciones vigentes, a citar el Código Civil y Comercial de la nación, Ley General del Ambiente (LGA) y la Ley de Contrato de Seguros (LCS). Si bien la obligación de asegurarse nace en la LGA, nunca se dispuso un mecanismo que pudiera sortear las diversas dificultades que se presentan para lograr materializar esta exigencia.

Numerosos trabajos han demarcado la problemática del aseguramiento de riesgos ambientales, si bien citaremos y desarrollaremos estos problemas, en este escrito lo que trataremos es de plantear una solución mediante la creación de un proyecto de ley de daños ambientales.

Citaremos algunos inconvenientes:

La carga de siniestros ya producidos al momento de contratar el seguro. Daños ya producidos pero no manifestados. Al momento de detectar el daño, quizás el mismo se origino mucho tiempo atrás, y no se trata de un hecho único sino de una conducta reiterada en el tiempo.

Dificultades al momento de aplicar reglas de franquicias.

Dificultades al momento de determinar primas de pago, las mismas se determinan en base al peligro potencial que presenta un determinado riesgo asegurable, en este caso es muy difícil calcular esto.

Dificultades para determinar la responsabilidad ambiental. Relación de causalidad del daño.

Dificultades a la hora de evaluar el riesgo.

Los daños por acumulación. Un solo vertido no provoca daño, pero sí al conjugarse con otros, la pregunta sería quien sería el responsable.

Ámbito temporal de cobertura.

Limitación de cobertura.

Problemas de indefinición. La póliza debe contener datos concretos y definiciones sobre los términos principales, el daño ambiental por su naturaleza es difícil de determinar a corto plazo y de medir.

Problemas de cuantificación de los daños. No existen criterios que permitan prever de antemano cual resultará. Como se determina el monto a indemnizar.

Dificultades para aplicar la cláusula de liberación del asegurador por culpa grave del asegurado.

Dificultades para encontrar aseguradoras que amparen este riesgo.

El daño ambiental puede afectar a sujetos indeterminados y por tanto los daños podrían ser de gran cuantía, las compañías aseguradoras deberán contar con fondos de garantía suficiente para amparar estos daños. El pago de la prima por parte del asegurado debe ser económicamente viable.

Cual sería el plazo de prescripción aplicable y cuando comenzaría a computarse.

Quien está legitimado para reclamar y para exigir la indemnización.

Dificultades para aplicar la regla de exclusión de cobertura por no pago de prima.

Es importante resolver estas cuestiones anteriormente citadas para lograr poder asegurar de manera efectiva a los distintos agentes generadores de riesgos ambientales. Esto orientado a una protección bilateral:

- 1- Proteger a los agentes generadores de riesgos ambientales (Ej. Industrias).
- 2- Proteger el medio ambiente y a los habitantes que se encuentran expuestos a estos riesgos. Lograr un efectivo sistema de prevención de daño ambiental.

Esto es de suma importancia visto y considerando que el gozar de un medio ambiente sano y su posterior reparación en caso de daño es un derecho contemplado

constitucionalmente en el artículo 41 *"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"*.

Esto nos lleva a concluir con que las normativas medioambientales son de orden público tal como lo ha mencionado la Cámara 7a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. "Chañar Bonito S.A. c. Municipalidad de Mendiolaza", 14/12/2005. En LLC 2006 (julio), 749 "Las normas ambientales son de orden público y no son susceptibles de negociación o renuncia entre particulares; por su explícita fuente constitucional tampoco el Estado puede soslayar su cumplimiento consagrando excepciones particulares o provocando derogaciones singulares de disposiciones de alcance general. Por el contrario, la protección del entorno configura una obligación del Estado. Este orden público ecológico es la base ideológica que legitima y exige todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de esas actividades, es decir, la llamada policía administrativa en lo ambiental"

Actualmente las diferentes técnicas de aseguramiento no ayudan a la recomposición de los daños producidos por el impacto ambiental producto de la responsabilidad objetiva debido a que no fueron creadas para estos fines. Creemos que la creación de una ley específica que tutele daños específicos va a poder ayudar a la recomponer y preservar el medio ambiente.

Vista y expuesta la problemática anteriormente citada, pareciera ser que se necesita de nuevas técnicas legislativas en el marco de reglamentaciones, para poner en funcionamiento el aparato de aseguramiento de riesgos ambientales. Actualmente no se poseen antecedentes e historia suficiente acerca de contaminación que permita evaluar el riesgo, esto imposibilita realizar estudios estadísticos. Los sistemas legales convencionales sobre riesgos y responsabilidad que exigen un daño cierto no acompañan la noción de daño y riesgo ambiental. Por tanto se necesitaría de un trabajo de vanguardia para lograr crear una nueva estructura de daños de difícil determinación tanto en cuestiones de extensión, indemnización, cuantificación y tiempo de ocurrencia, esto adaptarse al marco de los contratos de seguro, y luego preparar a compañías aseguradoras para que amparen este tipo de riesgos, teniendo ellas fondos suficientes para poder afrontar una posible reparación integral a un daño ambiental.

Los objetivos a lograr son desarrollar un proyecto de ley de daños ambientales, en el cual se defina, delimite la naturaleza de este daño, y permita mediante la creación de técnicas de aseguramiento adaptadas lograr crear un sistema integral de protección del medio ambiente frente a la vulneración de este. Brindar un marco de legalidad y previsibilidad a los asegurados y aseguradoras para que el requisito de aseguramiento planteado en la LGA se pueda llevar a cabo de la manera más eficiente posible.

Tal como ha afirmado Ricardo Lorenzetti: *El derecho ambiental es decodificante, herético, mutante, se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. La invitación es amplia, abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características.*¹

IV Marco Teórico

Comenzaremos por citar algunos conceptos básicos:

Daño ambiental, según Ley 25.675, Art.27 *”se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.”*

Riesgo asegurable: Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

Contrato de seguro: Ley 17.418. Art 1. *“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”.*

¹ Lorenzetti Ricardo L. Las normas fundamentales del derecho privado.

Con estos conceptos clarificados podremos convenir con que el riesgo asegurable es el daño ambiental, mediante un contrato de seguro entre agentes generadores de este tipo de riesgos y compañías aseguradoras.

El problema radica en que las técnicas convencionales de aseguramiento no están adaptadas a asegurar riesgos de impacto ambiental.

Aquí se presentan una serie de inconvenientes, que desde el momento en el cual este tipo de seguros comenzaron a exigirse obligatoriamente por imperio de distintas leyes, los mismos han comenzado a agudizarse, debido a la imposibilidad de asegurar este tipo de riesgos.

El problema de la implementación de los seguros de daño ambiental posee diversas fuentes legales.

Primero que nada el daño ambiental está tutelado en la constitución nacional en el artículo 41 como anteriormente mencionamos. La ley general del ambiente conceptualiza el daño ambiental.

Más allá de eso las siguientes leyes exigen la implementación de un seguro de medio ambiente:

Nº 25.675 General del ambiente.

- Art. 22 “la persona ya sea física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos contrate un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiere producir”.

Nº 25.612 De Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios.

- *Art. 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”.*

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

Nº 25.670 Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs.

- Art. 9 obliga a que: *”Toda persona física o jurídica que realice actividades o servicios que implica el uso de las sustancias enumeradas en el artículo 3ª 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”*

La ley de seguros 17.418.

Esta regula la actividad de aseguramiento de riesgos. En sus dos primeros artículos delimita que es el contrato de seguro y el objeto del seguro.

- *Definición*

Artículo 1. 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.

- *Objeto*

Art. 2. El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

La reforma constitucional de 1994 sirvió como puntapié inicial para la creación de un sistema de protección medioambiental. Con la posterior incorporación de la ley general del ambiente, quedarían delimitados conceptos y objetivos básicos del estado en materia medioambiental, el cuidado y preservación de un ambiente sano

era prioritario. Para ello se necesitaban normativas para poner en marcha lo legislado.

El puntapié inicial a lo anteriormente citado fue el dictado de la resolución 177/07 y su modificatoria 3003/07 por la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, las cuales determinan cuales son las actividades riesgosas que deben contar con un seguro de medio ambiente y con esto la delimitación de los agentes generadores de riesgos ambientales.

Mediante el artículo 4 de la mencionada resolución se crea la unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales con los objetivos de:

- a) Acreditar el estado del ambiente asegurado al momento de la contratación del seguro.
- b) Certificar el alcance de los daños ocurridos al ambiente como consecuencia del siniestro.
- c) Aprobar el plan de recomposición, mitigación o compensación propuesto.
- d) Auditar el cumplimiento de los Planes previstos por el inciso anterior.

Finalmente establece la viabilidad de un sistema de auto seguro, lo cual permite al agente de riesgo crear su propia garantía financiera contra una hipotética comisión de daño ambiental. Esto siempre y cuando la misma acredite solvencia económica y financiera para hacerse cargo de la recomposición del eventual daño. Cabe agregar que esta modalidad es muy utilizada en la actualidad debido al problema del limitado mercado de aseguradoras de riesgos ambientales y los elevados costos de primas de seguro. Más allá de eso vemos con buenos ojos este sistema ya que al garantizar el agente su propio riesgo creado, el mismo optimizara sus esfuerzos para evitar generar un daño que a futuro pueda perjudicarlo económicamente.

Mediante la resolución 178/07 y 12/07 se crea la Comisión Asesora en Garantías Financieras Ambientales. Esta tendrá como función analizar y formular propuestas referidas a las normas generales reguladoras de las condiciones contractuales de las pólizas de seguro de riesgo por daño ambiental; a los

requisitos mínimos necesarios y a la instrumentación de su acreditación para la admisibilidad de los autoseguros; a la instrumentación de los fondos de restauración a que se refiere el último párrafo del Artículo 22 de la Ley N° 25.675, así como otras cuestiones operativas relacionadas con la implementación de los seguros y fondos previstos por dicha ley.²

Las pautas de estas resoluciones fueron posteriormente aprobadas por la resolución conjunta 98/07 y 1973/07.

También mediante esta norma se establecen las pautas básicas para las condiciones contractuales de pólizas de seguro de daño ambiental de incidencia colectiva, además de conceptualizar elementos del seguro ambiental.

Características del daño ambiental:

- Es un daño colectivo ya que en cuanto al número de víctimas, en general es extenso, gran número de víctimas, un barrio, una región.
- Es difuso, tanto por la forma de exteriorizarse como por la forma en que se determina la relación causa-efecto.
- En ocasiones irreparable.
- Se presenta en dos ámbitos al afectar los derechos subjetivos de individuos determinados y el interés común de la sociedad.
- Generalmente es un daño continuado, es decir aquel que es parte de un proceso dilatado en el tiempo. Aunque también puede darse como un hecho único.
- En muchos casos los autores no pueden determinarse (numerosas industrias o empresas que vierten en el mismo curso de agua).
- Se relacionan con actividades especializadas, con técnicas específicas, desconocidas para las víctimas.
- En general se trata de daños graves para el medio ambiente, aunque para las personas sea sin relevancia en un primer momento.

² Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007

Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva.

Néstor Cafferata lo describe perfectamente al decir: la agresión medioambiental puede ser desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efectos retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico, degradante, capaz de provocar en su camino o desarrollo múltiples daños, supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial o extrapatrimonial en derechos de la salud o en derechos personalísimos y/o coparticipados, insignificantes o pequeños hasta verdaderos desastres o estragos de efectos impredecibles.³

¿Que alcance tiene el daño ambiental?

El daño ambiental forma parte de un sistema bidimensional, es decir dos caras de una misma moneda: en ella encontramos:

- a) Daños Personales, Patrimoniales o Económicos: existen sujetos individualmente afectados. A lo cual se le debería aplicar el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.
- b) Daño Ecológico Puro: menoscabo sufrido por los elementos de la naturaleza sin recaer en personas o cosas jurídicamente tuteladas, afectando en forma indirecta la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta.

De esta manera con lo anteriormente citado podemos decir que el daño ambiental rompe con los elementos básicos del derecho de daños el cual establece que el daño debe ser cierto, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético.

En materia de seguros debemos contemplar la normativa específica en la Ley de contrato de seguros 17.418, la misma es la que regula la actividad de aseguramiento de riesgos, entidades de aseguramiento y otras normas complementarias.

Ahora bien esta ley no prevee específicamente el aseguramiento de riesgos por daños ambientales. No obstante esto el Artículo 2 de la mencionada ley establece " el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos siempre que exista un interés

³ Cafferata, Néstor, Prueba de nexo y causalidad en el Daño Ambiental en obra colectiva, Volumen 3, Medio Ambiente y Acceso a la justicia", Homenaje a Vladimir PASSOS DE FREITAS,

asegurable" por tanto de alguna manera contempla el aseguramiento de este tipo de riesgos.

Qué tipo de daños ambientales ampara el seguro obligatorio exigido por la LGA.

Cuando hablamos de responsabilidad ambiental se nos abren dos canales de trabajo.

El primero es de la responsabilidad civil ambiental por daños a personas determinadas, (sean físicas o jurídicas) producto de la afectación del medio ambiente, habiendo causado un menoscabo a los derechos individuales de estas. El seguro obligatorio de la LGA no focaliza su objeto en la recomposición de este tipo de daños, sino a los daños de incidencia colectiva. Aun así brevemente hablaremos del encuadre jurídico de la responsabilidad civil ambiental a personas determinadas, ya que este nos facilitara incorporar más fácilmente los conceptos del segundo canal de trabajo que más adelante desarrollaremos.

Si bien la responsabilidad civil tutelada en el Código Civil y Comercial de la Nación es abarcativa a todo tipo de daños (sean individuales o colectivos) este nos dará las herramientas para trabajar sobre un hecho dañoso en el plano de la afectación de derechos individuales.

El Código Civil y Comercial tiene dos objetivos en materia de daños una función preventiva y una función reparadora tal como lo establece el artículo 1708.

El artículo 1710 establece un sistema de deber de cuidado genérico en el cual toda persona debe actuar de buena fe y tomando medidas que tengan en miras evitar generar cualquier tipo de daños. Avanzando en 1711 al 1713 en cuestiones de tinte procesal.

Si bien el código tutela el derecho precautorio no lo hace de manera específica hacia daños ambientales con naturaleza de dificultosa determinación. Sino que lo hace de una manera genérica, haciéndose caso omiso en este punto a la Comisión III de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán en octubre de 2011, según la cual *“El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente”*.

El principio precautorio quizás sea uno de los pilares más importantes dentro del esquema del derecho ambiental, precisamente por su función preventiva se colocaría por encima de cualquier otro postulado.

Definido en el art. 4º de la ley general del ambiente, recita que “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.”

Resulta interesante analizar dicho principio que a primeras luces parece de una legislación de “avanzada” pero lo cierto es que este como tantos otros se desprenden de distintos modelos y leyes internacionales.

En este plano, antes de pasar al análisis del artículo, vale la pena citar las definiciones de los distintos órganos internacionales que se han encargado del tema.

El principio 15 de la Declaración de Río de 1992 lo define: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

A decir de Andorno, el primer antecedente de esto se da en el derecho germano, en los años `70, con el (Vorsorgeprinzip), no solamente se cita al “principio precautorio”, sino que se le da una aplicación concreta en lo que fue el “programa gubernamental alemán de protección del medio ambiente”.⁴

Este se podría mencionar como el puntapié inicial a lo que luego recogerían los estados partes de la Unión Europea y que quedaría plasmado en los Tratados de Maastricht (1992) y Amsterdam (1997).

Dicho esto y habiendo analizado sucintamente los antecedentes, nos ocuparemos del análisis del artículo en cuestión, el cual si bien cita casi textualmente el principio 15 de la declaración de Río, quizás en los hechos no haya sido la mejor adaptación a nuestro sistema legal.

⁴ Andorno, Roberto, Principio de precaución. En: Diccionario Latinoamericano de Bioética, J. C. Tealdi, coord., Bogotá, Unibiblos y Red Latino Americana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, vol. II, 2008, p. 345-347

Ahora bien, el Dr. Cafferata en su brillante libro titulado “Introducción al derecho ambiental”, cita que este se “trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil, sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos”.

Suscribimos a esta teoría del Dr. Cafferata, aunque podríamos decir que este principio podría verse inmerso dentro de uno de los principios generales del derecho, tal como lo establecía el viejo art. 1198 con el “Deber de no dañar” hoy transformado en el art. 1716 del CCyC, con lo cual si bien el principio precautorio mantiene esa especificidad propia del derecho ambiental, esto también podría ser aplicado a otros ámbitos del derecho, como por ejemplo a uno íntimamente relacionado con el medio ambiente, como lo es derecho a la salud.

Si desglosáramos el precitado artículo nos encontraríamos que el mismo esta orquestado en tres partes:

“a) la incertidumbre científica; b) la evaluación del riesgo de producción de un daño; c) el nivel de gravedad del daño.” En esta enumeración de elementos coinciden Facciano y Andorno; es de este análisis en donde nos damos cuenta el verdadero sentido del principio precautorio, el cual como lo dice el mismo principio es el de cautela.

Ahora bien, toda doctrina jurídica, cede ante los hechos de la realidad, y por más que Argentina posea una ley general de derecho ambiental, y se encuentre como firmante de diversos tratados internacionales en materia de medio ambiente, el principio protectorio en este país como en tantos otros, cede ante el lobby de las grandes empresas multinacionales.

De más resulta citar los casos de las mineras en San Juan con los derrames de material tóxico a los ríos, o los casos de las papeleras de Fray Bentos, que si bien se ubican en territorio uruguayo, las consecuencias contaminantes de las mismas, terminan perjudicando las costas argentina.

En todos estos casos, se configuraron los elementos fundantes del principio precautorio y absolutamente ninguna autoridad ha puesto en marcha ningún mecanismo de prevención hasta tanto el daño no se encontró materializado.

Aquí es en donde quizás debemos diferenciar a la responsabilidad derivada de los hechos consumados, de una “pre responsabilidad objetiva” en donde el daño debería ser reparado ex ante independientemente de si el hecho se consume o no.

Más allá de la solución que se tome, el derecho es una construcción humana que se va perfeccionando con el paso del tiempo, dicha evolución jurídica será proporcionada por los tribunales locales en la medida del conocimiento íntegro y exacto del derecho ambiental. Si bien esta ley trata principalmente acerca de daños de incidencia colectiva, se considera que este no debe trabajar aisladamente del ordenamiento establecido en el Código Civil, sino en sintonía.

Tal como explicamos anteriormente el Código Civil y Comercial abandona la concepción de responsabilidad civil como únicamente resarcitoria y adopta un mecanismo doble en donde la prevención juega un rol preponderante.

Habiendo ya brevemente desarrollando la función preventiva, nos queda por abordar la reparación como segundo pilar del sistema de responsabilidad civil actual en Argentina.

La función resarcitoria consiste en el deber de reparar un daño causado por un hecho antijurídico o el incumplimiento de una obligación. El artículo 1716 establece en base al deber de reparar que: La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

El artículo 1737 establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

El sistema que plantea el Código Civil y Comercial de responsabilidad civil en la actualidad se muestra perfectamente compensado, ya que si bien establece la obligación de reparar como lo hacía el Código Predecesor, marca sus bases en la obligación de no generar daño y con ello la prevención de la generación del mismo.

Volviendo a la problemática que nos compete, la ley general del ambiente se refiere al momento de exigir un seguro por los daños ecológicos, no al daño individual patrimonial que pueda sufrir una persona, sino a aquel de incidencia colectiva. Por tanto deberemos salirnos del enfoque clásico de la responsabilidad civil y las coberturas de seguro por responsabilidad civil. Aquí podremos diferenciar el daño primario (directo) al medio ambiente que es aquel de incidencia colectiva o DAÑO AMBIENTAL propiamente dicho, y el daño ambiental secundario (indirecto) que es el que afecta intereses individuales estos últimos amparados en las clásicas pólizas de responsabilidad civil.

La Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 sobre Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva clarifica el alcance del seguro al decir:

Que debe precisarse el objeto de la cobertura del seguro por daño ambiental. En ese sentido, la primera distinción que corresponde hacer es que el daño ambiental objeto de la cobertura obligatoria es aquel de "incidencia colectiva" que recae sobre un elemento del ambiente, independientemente de que éste se traduzca en un daño sobre una persona sus bienes.

Por tanto podemos afirmar que solo pueden producirse daños ambientales propiamente dichos a espacios ecológicos libres, no susceptibles de apropiación privada. Siempre que el daño se focalice sobre un espacio de propiedad privada deberemos hablar de daños materiales y no de daño ambiental.

A estos daños está focalizada la ley general del ambiente, a los que inciden al medio ambiente libre, aquel que está al servicio de la colectividad, de la sociedad entera.

Viendo entonces que el interés asegurable es el espacio ecológico libre. Tenemos dos posibilidades de aseguramiento:

- La primera es bajo la cobertura de pólizas de responsabilidad civil que cubran el riesgo anteriormente mencionado, en donde hay un traslado de riesgo y responsabilidad del agente generador de riesgo hacia el asegurador, poniéndose la compañía aseguradora al frente de la cadena de pago frente a un eventual siniestro.
- Una segunda opción se da en los denominados seguros de caución en donde no hay traslado de responsabilidad ni riesgo, la aseguradora simplemente se compromete a garantizar la obligación de resarcir por parte del agente de riesgo, pudiendo luego de satisfacer el pago indemnizatorio, repetir contra su asegurado.

En la actualidad el mercado de las aseguradoras ofrecen como garantía frente al daño ambiental directo las pólizas de seguro de caución (mayormente) siendo las pólizas de responsabilidad civil las que cubren los daños directos.

Partes intervinientes en el contrato de seguro ambiental:

<p>ASEGURADOR:</p> <ul style="list-style-type: none">• ABSORBE EL RIESGO Y RESPONSABILIDAD FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL GENERADO POR SU ASEGURADO COMO CONTRAPRESTACION DE UNA PRIMA DE SEGURO.• DESCONOCE EL ESFUERZO QUE REALIZA EL AGENTE ASEGURADO PARA EVITAR UN POTENCIAL SINIESTRO.	<p>ASEGURADO: (AGENTE DE RIESGO).</p> <ul style="list-style-type: none">• TRANSFIERE LA RESPONSABILIDAD Y RIESGO DE LOS DAÑOS AMBIENTALES QUE PUEDA GENERAR, MEDIANTE EL PAGO DE LA PRIMA DE SEGURO ESTABLECIDA POR CONTRATO DE SEGURO.• ES EL ENCARGADO DE EVITAR CONDUCTAS PROPIAS QUE GENEREN UN POTENCIAL SINIESTRO.
<p>ESTADO:</p> <ul style="list-style-type: none">• ENCARGADO DE REGULAR Y CONTROLAR A LOS AGENTES DE RIESGO.• PUEDE AUXILIAR AL MOMENTO DE LA VALUACION DEL IMPACTO AMBIENTAL.• PARTE LEGITIMADA PARA RECLAMACION DE RECOMPOSICION AMBIENTAL.	<p>VICTIMA:</p> <ul style="list-style-type: none">• GRUPOS DE INDIVIDUOS. SOCIEDAD EN GENERAL O GENERACIONES FUTURAS.• EL ESTADO EN REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD

CAPITULO I

ASPECTOS TEMPORALES DE LA COBERTURA POR DAÑO AMBIENTAL.

Sumario:

- a) **Ámbito temporal de la cobertura. Delimitación, comienzo y fin de la misma. Determinación de la fecha de ocurrencia de los siniestros.**
- b) **Prescripción de las acciones derivadas del daño ambiental. Cómputo y plazos. Imprescriptibilidad de las acciones derivadas del daño ambiental.**

a- Ámbito temporal de la cobertura:

La ley de contrato de seguros establece en su artículo 18:

Comienzo y fin de la cobertura

Art. 18. La responsabilidad del asegurador comienza a las doce horas del día en el que se inicia la cobertura y termina a las doce horas del último día del plazo establecido, salvo pacto en contrario

El seguro por su naturaleza tiene una vigencia temporal. La misma sería coincidente con el tiempo de duración del contrato. Por tanto en principio, todos los siniestros que ocurran durante este tiempo de vigencia en tanto y en cuanto estén amparados por las condiciones de póliza, tendrían cobertura.

Ahora bien, aquí surge un inconveniente. Una de las características del daño ambiental dijimos que es la dificultad para determinar el tiempo en el cual se comienza a generar el mismo y cuando cesa. Por tanto como sabremos si el hecho reclamado a una aseguradora ocurrió durante el tiempo de vigencia de póliza. Estaría la posibilidad que el daño se haya producido por un hecho anterior al inicio de la cobertura y que lo que subsista durante la misma sean las consecuencias o bien que el daño se origine durante la vigencia de la cobertura y se manifieste mucho tiempo después de finalizada esta.

Para esto es importante aplicar un criterio unánime de cómo se determina la fecha de ocurrencia del siniestro. Una solución a esto podría ser que la fecha de ocurrencia de la contaminación sea la fecha del primer descubrimiento de la contaminación. Esta solución puede ser un tanto injusta tanto para el asegurador como para el asegurado. En el primer caso sí, debido a que si la contaminación se descubre durante la vigencia de la póliza, quizás se estaría indemnizando un daño que se causó mucho tiempo antes de celebrarse el contrato de seguro, para compensar esto algunas legislaciones entre ellas la Argentina, permiten a la aseguradora a realizar estudios ambientales previos para determinar el estado ambiental de lo que se está asegurando, esta solución creemos que es muy endeble, debido a que se podrían estar haciendo estudios de un espacio con daños no aun manifestados, que de manifestarse posteriormente se imputarían a la aseguradora, es decir sería una solución que funcionaría como un cuchillo de doble filo. En el segundo caso si el hecho se descubre con posterioridad a la vigencia de la póliza, es decir cuando el asegurado ya no posee cobertura, no se estaría amparando un

siniestro que podría haber ocurrido durante el tiempo de vida del contrato. Este injusto se compensa mirado desde la óptica del asegurado, mediante la solución que aplica la legislación española, que además de aplicar el sistema de primer manifestación de la contaminación y reclamación dentro de la vigencia de la póliza, le concede a al asegurado un plazo de tres años más para recibir reclamos desde la fecha de vencimiento de la cobertura, a esto le llaman periodo de garantía. Lo mismo se adopta en la legislación Argentina únicamente que el periodo es de dos años tal como explicaremos más adelante. Nuevamente la crítica es similar a la del primer caso, se establece un periodo de garantía que no se condice con el carácter difuso propio del daño ambiental y en algunos casos como en la legislación Española se exige que el daño esté debidamente probado como ocurrido dentro del periodo de garantía.

Por tanto consideramos que esta solución no sería la más viable a la hora de establecer y determinar de manera justa la fecha de ocurrencia del siniestro.

Otro de los sistemas aplicables a la determinación temporal de la cobertura es el sistema de reclamos o CLAIMS MADE, en el cual se considera que el siniestro ha ocurrido desde el momento que el asegurado recibe el reclamo por el daño causado. Esta solución no solo conlleva los inconvenientes de la solución anterior sino que da pie a generar situaciones de fraudes en donde las partes podrían convenir esperar a denunciar un hecho hasta tanto el causante no posea una cobertura que ampare el mismo.

La normativa Argentina mediante Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 actualmente establece que se consideran cubiertos por el seguro los daños cuya primera manifestación o descubrimiento se produzca durante la vigencia de la póliza y se notifique fehacientemente al asegurador durante la vigencia de la póliza o en el período extendido de reclamo, que como mínimo deberá ser de 2 (dos) años, a contar desde el final de la vigencia de la póliza. A tal efecto, el Asegurador, podrá realizar un estudio de la situación ambiental inicial a fin de detectar daños preexistentes, los cuales serán asumidos exclusivamente por el titular de la actividad riesgosa.

Claramente la normativa no contempla la problemática de la determinación difusa de la ocurrencia del daño.

Esta resolución además deja en manifiesto la adopción de un sistema CLAIMS MADE cuando establece la ultra actividad de la póliza, el sistema de reparación de la póliza no se activaría en base a la ocurrencia del siniestro sino por el reclamo mismo.

Obviamente la mejor solución de todas y la que daría fin a la discusión de que sistema es el más adecuado a la hora de determinar la vigencia temporal de la cobertura, sería aplicar el criterio de la ocurrencia real del siniestro tal como se opera según las reglas de la ley de contrato de seguro. Pero claramente esto sería una solución utópica ya que iría en contra de la naturaleza del daño ambiental.

Las legislaciones actuales intentan aportar soluciones a esta problemática sin llegar al fondo de la cuestión logrando con esto pobres resultados.

Con seguridad se deben desarrollar nuevas técnicas que aporten soluciones a estos inconvenientes, la aplicación de la tecnología y el desarrollo científico en materia de exámenes de medio ambiente van a jugar un rol preponderante en la delimitación temporal de las coberturas.

b- Prescripción de las acciones derivadas del daño ambiental:

En materia de prescripciones debemos analizar dos cuestiones.

1- Cuando se comienza a computar:

Como regla general podemos decir que el plazo de cómputo de la prescripción para la responsabilidad por el hecho ilícito nace desde que el mismo se produce. Esto trae inconvenientes al momento de aplicarlo en el ámbito del daño ambiental debido a que una de las características del mismo es la dificultad para determinar cuándo se ha producido el mismo y si el daño es producto de un solo hecho o una continuación de hechos.

Para brindar una solución a este primer inconveniente se reconoce la posibilidad de tomar como punto de partida para el cómputo de la prescripción la primera manifestación o consecuencia del daño.

Ahora bien según Bibiloni las lesiones al ambiente son un modo peculiar del daño que no se consolida con la conducta ilícita, sino que a partir de allí se desencadenan. Debiendo computarse el plazo de prescripción no desde que se comete el hecho, sino desde que cesan sus efectos, postura que haría caer el primer planteo de solución.

Por tanto en los casos en que haya falta de certeza en el hecho generador del daño, el momento en que se generó, si el mismo ha sido continuado o no y la extensión del

mismo el cómputo de prescripción debe postergarse hasta el momento del cese de los efectos.

Esta solución es una alternativa intermedia aunque tendiente hacia una postura doctrinaria que sostiene que el derecho a gozar de un medio ambiente sano es de orden público y por tanto este tipo de responsabilidad por daño ambiental debería ser imprescriptible.

La Ley de Daños Ambientales de España soluciona la cuestión del cómputo de la prescripción empezando a contar desde la última emanación o suceso causante del daño, con esto contempla el hecho que el daño ambiental no se consuma con el primer hecho ilícito, sino que considera el carácter de continuado y progresivo, pero olvida el carácter difuso en la cual el periodo de tiempo que se pueda tardar en manifestar la consecuencia quedaría absorbido por el plazo de prescripción, solución un tanto injusta. A continuación citamos esta legislación.

Artículo 4. *Ámbito temporal de la responsabilidad medioambiental.*

Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó.

El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.

2- Plazos de prescripción:

Aquí encontramos un segundo inconveniente en materia de prescripciones. La ley de contrato de seguros establece en su artículo 58 *Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible.*

Este plazo es aplicable para la relación asegurador- asegurado no siendo oponible a terceros. Aquí es donde debemos observar un problema en la aplicación de esta norma, esto debido a que los siniestros que involucran cuestiones ambientales deberían ponderarse plazos mayores de prescripción en la relación contractual misma. La justificación de esta afirmación tiene varias aristas. La primera es que no podemos arriesgarnos a que el asegurador se libere de la obligación de reparar en un plazo tan

corto y que de esta manera el que deba afrontar la obligación de resarcir sea el mismo agente generador, ya que como sabemos, la cuantía de los siniestros de esta naturaleza suele ser muy elevada y en la mayoría de los casos esto provocaría que el asegurado no pueda hacer frente a esta obligación. Una solución a esto es que los siniestros de responsabilidad por daño ambiental sean imprescriptibles en materia de la relación asegurador – asegurado, esto justificándonos en que el derecho a gozar de un medio ambiente sano y saludable es un derecho constitucional tal como sostuvimos anteriormente y que no estamos hablando de daños comunes sino que estamos hablando de daños de incidencia colectiva. De esta manera pondríamos por delante los intereses de la comunidad ante los intereses de los grandes pools de aseguradoras. Esto también evitaría una posible conducta fraudulenta entre asegurador y asegurado.

La segunda arista que notamos es que no le podemos dar el mismo trato al daño ambiental que a otros daños amparados en la ley de contrato de seguros, la justificación de esto radica en la característica propia del daño que tratamos anteriormente. Por tanto a mayor tiempo de manifestación de las consecuencias, mayor dificultad de determinación del daño y mayor cuantía en materia de resarcimiento económico, mayores deberían ser los plazos de prescripción. Se le debería dar un tratamiento de manera tal de que el asegurado no quede desamparado frente a un instituto (prescripción) que debería aportar seguridad jurídica y no al revés.

Pasando al plano de los plazos de prescripción para los terceros podemos decir que el Código Civil y Comercial de la Nación dice en su artículo 2561 que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Claramente en materia de daños ambientales este plazo es aplicable únicamente a los daños individuales, subjetivos o también llamados indirectos. Aun así este plazo de tres años nos resulta sumamente corto analizando la característica del daño que estamos tratando. De todas maneras este tipo de daño no es el que estamos analizando, sino los daños directos al medio ambiente.

Como anteriormente citamos las reglas clásicas de la responsabilidad civil no pueden demarcar el camino del daño ambiental de incidencia colectiva.

La imprescriptibilidad de las acciones derivadas del daño ambiental.

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad, un punto sumamente

importante a la hora de poder establecer el criterio de que las acciones derivadas del daño ambiental no deben prescribir.

Una postura considera que las acciones civiles derivadas del daño ambiental serían imprescriptibles debido a que el derecho a la protección del medio ambiente es considerado un derecho humano de tercera generación.

Particularmente consideramos que el codificador no intento englobar dentro de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad al daño ambiental. Aun así no deja de ser un antecedente importante para darle fuerza a la postura de la imprescriptibilidad.

Si bien el derecho a la protección ambiental es considerado un derecho humano, claramente es un derecho constitucionalmente tutelado y de interés público, sin mencionar los tratados internacionales que tutelan estos derechos a los cual la Argentina ha adherido. Por tanto es un deber constitucional el de mantener un medio ambiente sano y saludable para las generaciones presentes y futuras así también como la recomposición del mismo frente al deterioro, este es un deber irrenunciable que conlleva al estado a tomar acciones judiciales y administrativas tendientes a la cesación, prevención, y recomposición del medio ambiente. Este deber se estaría viendo gravemente afectado si lo limitamos temporalmente mediante el instituto de la prescripción. Debido a que con este último se le estaría quitando la facultad de ejercer la defensa ambiental.

La Ley General del Ambiente nada dice sobre plazos de prescripción derivados de acciones civiles por daño ambiental.

Ahora bien, todos estos argumentos son positivos a la hora de establecer la imprescriptibilidad del daño ambiental por el valor mismo del medio ambiente y lo que representa para la sociedad.

Si lo tratamos de enfocar en base a la naturaleza difusa del daño, su dificultad de mensurar sus consecuencias y determinar su fecha de ocurrencia, claramente el no limitar la acción a un plazo de prescripción nos daría la tranquilidad que el agente generador de daño no se liberara de la obligación de recomponer si el hecho no se descubre rápidamente, o bien si no se manifiesta íntegramente.

Nuevamente surge la necesidad de una ley específica que tutele este instituto y que proteja el medio ambiente de las normas de liberación de obligaciones por el paso del tiempo.

CAPITULO II

DIFICULTADES DERIVADAS DE LA INDETERMINACION DEL DAÑO AMBIENTAL.

Sumario:

- a) Sobre relación de causalidad y responsabilidad sobre el hecho ilícito.**
- b) Determinación de primas de pago.**
- c) Cuantificación del daño ambiental.**
- d) Evaluación del riesgo ambiental.**

a) Dificultades para establecer una relación de causalidad y responsabilidad por el hecho ilícito.

*Se trata de situaciones de causalidad difusa reacias a ser atrapadas por el derecho.*⁵

Tal como se establece en las reglas de la responsabilidad civil, en el caso de los seguros de daño ambiental será objetiva y extracontractual, es necesario para atribuir responsabilidad por un hecho ilícito, la conjunción de ciertos elementos, estos son:

1- antijuridicidad

2- daño

3- relación de causalidad

4- factor de atribución

Por tanto decimos que tiene que haber por parte del asegurado un obrar antijurídico, que provoque un daño y que este mismo guarde una relación causal con el hecho ilícito. En relación al factor de atribución vamos a dejar de lado la culpa y el dolo, debido a que son elementos que no se reprochan en este análisis, sino que el deber de responder va a relacionarse con la responsabilidad objetiva, cuestión que no desarrollaremos por presumirse conocida la materia.

De la mano con esto va la obligación de indemnizar que tiene la compañía aseguradora, quien absorbe la obligación de reparar en lugar del asegurado.

Habiendo recordado los requisitos de la doctrina clásica de la responsabilidad civil abordaremos las razones por lo cual esta no se puede aplicar plenamente en el plano de los daños ambientales y por consiguiente de los seguros ambientales.

Lo primero a determinar debe ser la fuente del daño, los agentes generadores de este y el aporte de ellos en el hecho imputable. Es decir que debe haber una relación íntima entre la acción u omisión de un agente y el daño producido.

Primero que nada diremos que los hechos dañosos al medio ambiente son difusos y lentos, se suman y se acumulan entre sí, y son capaces de causar daños a grandes distancias. Según Cafferata, dentro de los daños ambientales se destaca la contaminación por sinergia, en donde hay concurrencia de agentes generadores de daño

⁵ Cafferata, Nestor. Introducción al derecho ambiental.

y esto hace dificultosa la determinación de la relación de causalidad y responsabilidad. Agrega que el impacto ambiental se da como consecuencia de hechos de enredamiento y que por lo tanto esto excede a simples cuestiones causales.

Siguiendo en las líneas de este autor podríamos decir que en el ámbito de la responsabilidad por daño ambiental:

- . Las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes;
- . Causas diferentes pueden conducir a los mismos efectos;
- . Pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes y viceversa;
- . Algunas causas son seguidas de efectos contrarios (causalidad invertida);
- . Los efectos de causas antagónicas son inciertos.

Es decir, el daño ambiental no responde a una relación causal lineal (CAUSA – EFECTO).

Cabe destacar que este análisis se realiza sobre el supuesto de la generalidad de los hechos que dañan al medio ambiente, los cuales son graduales, continuados, sucesivos y prolongados en el tiempo. No estando bajo análisis un hecho súbito, que no se aplicaría en este caso.

Ahora bien para determinar la reparación de un daño cierto se deben sortear todos los inconvenientes anteriores. Diferentes doctrinas han resuelto la cuestión de diversos modos, citaremos a continuación algunas de ellas:

- a) Teoría Holandesa o de la Causa Disyuntiva: en caso de concurrencia de numerosos agentes, se exime al demandante de probar el nexo causal debido a la dificultad de determinar e identificar quien produjo el daño, siendo todos los intervinientes capaces de producirlo. Haciendo responsable a todos los agentes posibles generadores de la contaminación.
- b) Teoría Alemana o de la condición peligrosa: otorga la posibilidad de imputar la responsabilidad de un hecho por el solo hecho de ser capaz de generar daños de esa característica. En caso de concurrencia de agentes, permite imputar a uno solo y no a todos, aun sin tener la certeza de que la contaminación es producto de su accionar.

- c) Teoría de la proporcionalidad: la imputación de responsabilidad va a ser proporcional al porcentaje de probabilidad de que el agente pueda haber causado o no el daño que se intenta reparar. El problema en esta teoría radica en que se abre la posibilidad a que la reparación no llegue a ser íntegra y pierda el carácter indemnizatorio.

Aparentaría ser que todas las soluciones abordadas van de la mano con la corriente Francesa de la Causalidad Virtual, en donde habría una suerte de causalidad aleatoria, sustentada en razones de equidad. En donde el riesgo causado bastaría como prueba suficiente para lograr imputar de responsabilidad a un agente sin tener debidamente probada su participación en el resultado dañoso.

Parecería ser que el derecho de gozar de un medio ambiente sano contemplado en la Constitución Nacional, bastaría para justificar la aplicación de estas normas que poco de justas tienen. Por el momento es una vaga solución a un problema que aparenta no tener una respuesta basada en el concepto de lo justo.

6- Continuando con lo manifestado en el punto anterior nos surge el inconveniente en caso de los siniestros ocurridos por acumulación debido a que se dificulta determinar quién sería el responsable del daño causado.

A esto le vamos a llamar causalidad común, en la cual varios agentes generadores de riesgo operan sobre un mismo espacio pudiendo afectar el medio ambiente conjuntamente obteniendo un resultado único.

Es decir el daño va a ser uno mientras que la causa puede ser variada.

Nuevamente volvemos a la certeza de la imputación en donde acudimos nuevamente a la causa probable y no a la causa cierta.

La solución parcial se encontraría en la doctrina holandesa tal como indicamos en el punto anterior, en donde el demandante es eximido de la carga probatoria en materia de causalidad y se imputa solidariamente a todos los agentes probables del daño.

De la misma manera resuelve la legislación japonesa en su Código Civil en el artículo 719, cuando indica que cuando varias personas han causado un daño a otra por un ilícito en común, deberán responder solidariamente a la reparación del daño. Agregando que lo mismo sucede cuando es imposible determinar cuál de los coautores del acto ha causado el daño. Son seguidores de esta tendencia el código Alemán y el código Polaco.

Solución que es claramente injusta y que se justificaría por cuestiones de bien común y derechos constitucionalmente tutelados.

De la misma manera lo contempla el artículo 31 de la Ley General del ambiente.

Acepcando esto estaríamos dando a lugar a que un agente de riesgo tenga que pagar un daño por un hecho ilícito que nunca cometió, solo por el justificativo que no se puede determinar quién lo causo. Para compensar este desbalance se podría incorporar a los mecanismos de prevención de daños estatal, la posibilidad que un agente de riesgo intervenga en las auditorias de control de otros. De esta manera todos los agentes de riesgo tendrían la posibilidad de controlarse entre sí, y en caso de detectar conductas peligrosas por parte de alguno, denunciar la misma y que esto sirva como precedente ante un eventual hecho dañoso.

Este tipo de soluciones tal como se han planteado similares durante este trabado, tienen dos aristas, una negativa que se traduce en que no resuelve el problema de la determinación de la causa y concausa, sino que busca ayuda en otro mecanismo que compense la solución injusta que conlleva la indeterminación. Y una positiva que implica una mayor actividad de los agentes de daños y el estado en lo que es el sistema precautorio, lograr mayores controles, que sean conjuntos y que esto colabore a la no generación del daño. Por tanto estas soluciones podrían lograr efectos positivos en el control y prevención de comisión de daños.

b) Determinación de primas de pago.

Las primas de pago de seguro no son una excepción al problema al tratar de adaptarse al daño ambiental.

Podríamos definir a la prima de pago como el precio que debe pagar un asegurado por recibir cierta cobertura por un riesgo. Es decir el asegurado transfiere el riesgo a la compañía aseguradora a cambio de una suma de dinero pautada en el contrato de seguro.

El inconveniente lo encontramos a la hora de determinar el cálculo de la prima de seguro.

Las técnicas convencionales de aseguramiento de bienes patrimoniales utilizan los siguientes elementos para asegurar un determinado riesgo:

- ✓ Probabilidad de ocurrencia del siniestro objeto del seguro: las aseguradoras para conocer esto deberán poder calcular la tasa de siniestralidad del riesgo asegurado. Cuanto mayor sea la probabilidad de ocurrencia de un siniestro y mayor magnitud tenga el mismo, mayor coste tendrá la prima.

Aquí encontramos el primer problema dentro del cálculo de la prima. Esto debido a que una de las características del daño ambiental es su dificultad técnica para evaluar la probabilidad de ocurrencia de un siniestro y calcular las consecuencias económicas del mismo. Actualmente no hay estadísticas confiables que permitan poder obtener valores de primas sustentadas en información certera, no existen antecedentes históricos suficientes de siniestros ocurridos para evaluar hipotéticos escenarios y las compañías no gozan de personal técnicamente capacitado en riesgos ambientales para llevar adelante estos cálculos.

- ✓ Valor a riesgo: diremos que este es el que intenta colocarle un valor monetario a cada unidad de riesgo, en este caso el medio ambiente, como dijimos en puntos anteriores la valuación del medio ambiente conlleva numerosas dificultades. El valor a riesgo intenta calcular la pérdida máxima en una probable situación siniestral. Ahora bien, si no podemos determinar el valor del riesgo asegurado difícilmente podremos conocer la pérdida máxima que podremos sufrir frente a un hipotético siniestro.
- ✓ Como tercer punto encontraremos otros valores en referencia para determinar el cálculo de la prima de pago pero que de alguna manera no estarían sujetos a la problemática ya que estos son principalmente gastos administrativos, tributos y otros costes financieros de la compañía.

Frente al desconocimiento de este tipo de información requerida para la obtención de un cálculo de prima de seguro certero, las compañías aseguradoras se ven forzadas a cotizar las mismas en valores tan altos que los agentes de riesgo no están económicamente preparados para afrontar. Otra solución que le encuentran

las aseguradoras a esta incertidumbre es ofrecer pólizas de seguro de caución en donde si bien el costo de la prima dista de ser preciso y económicamente viable las compañías se recuestan en que de alguna manera no hay transferencia de riesgo, ya que ante la ocurrencia de un siniestro, esta última siempre podrá repetir contra su asegurado por el monto del daño indemnizado. Esta última opción alienta a las aseguradoras a ofrecer coberturas por daños ambientales, cuestión que se da en la Argentina.

Como ya planteamos anteriormente hay ciertos riesgos que difícilmente puedan ser asegurados, estos son los daños irreversibles e irreparables en magnitudes catastróficas. Con seguridad afirmamos que si tendríamos que asegurar este tipo de riesgo utilizando los parámetros de cálculo de siniestralidad y valor a riesgo, difícilmente algún agente generador de daño pueda afrontar el coste de la prima.

En la actualidad en nuestro país no se han encontrado respuestas al inconveniente en materia de cálculos de primas de pago, en la misma situación se encuentran numerosos países.

La resolución S.A y D.S 1398/08 cabe destacar que no clarifica conceptos en materia de primas de seguro sino que establece montos mínimos asegurables, dichos montos si bien el art. 3 de la Res. S.A. y D.S. 177/07 nos dice que emanan entre otras cosas del entorno en donde se desarrolla la actividad del agente contaminante, se calculan en base a la actividad desarrollada principalmente y no aportaría al sistema de determinación de primas.

Aquí nuevamente cobra particular importancia la constitución de un pool de aseguradoras de riesgos ambientales. Ciertamente la unión de fuerzas de aseguradoras lograría unificar un criterio cierto de primas de seguro mediante la obtención de datos de siniestralidad y análisis de riesgos.

c) Cuantificación del daño ambiental.

Según el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comisión de las Comunidades Europeas se necesitan de tres elementos para que el daño ambiental sea reparable, el primero es la identificación del sujeto responsable, el segundo es

la existencia de un daño cierto y cuantificable y el tercero es determinar la relación de causalidad entre el accionar del responsable y el resultado. He aquí en este punto en donde hablaremos de la dificultad de la reparación del daño por la imposibilidad de cuantificación del mismo.

En la actualidad todos los sistemas de recomposición de daños ambientales se encuentran en la incertidumbre de no saber cuánto cuesta económicamente hablando el daño ambiental producido.

En nuestro caso, la Ley Nacional del Ambiente establece la necesidad de la recomposición del daño ambiental, aunque hasta el momento no se ha encontrado la manera de hacerlo. Lo mismo sucede con otras legislaciones como la de Chile, Nicaragua, El Salvador, Unión Europea y otras.

Colocarle un valor económico al medio ambiente claramente es una tarea difícil, claramente se le estaría poniendo un costo a los valores de la sociedad, pero esto más que un inconveniente de índole legal- económico, sería una apreciación de índole moral, algo que no evaluaremos en este trabajo. Lo que si podemos decir es que esta dificultad de cuantificar los daños nos pone en el inconveniente de no poder determinar una indemnización y con ello se perdería el objeto de la garantía financiera que es lo que analizamos en este trabajo. Esto ya que la función del seguro de daño ambiental es la de recomponer el medio ambiente mediante una indemnización por un siniestro causado e imputado a un agente de riesgo asegurado. Siendo por tanto una necesidad imperante encontrar un método de valuación económica eficaz y justo para poder mantener un sistema de coberturas financieras.

Estos inconvenientes se hacen extensos en el marco de la prima de seguro. Tema que tratamos anteriormente.

Algunas de las causas de la dificultad a la hora de la cuantificación económica del medio ambiente son que:

El medio ambiente es un bien colectivo no susceptible de propiedad privada.

Es utilizado por generaciones presentes y futuras.

No posee un valor de mercado.

En ciertos casos es irreparable.

Siguiendo con estas líneas nos surge el primer problema:

No podemos asegurar un riesgo que a prima facie no se puede valorar económicamente.

El segundo problema llega como consecuencia del primero:

No podemos indemnizar un daño que no se puede valorar económicamente.

Como consecuencia de estos dos estaríamos de acuerdo en concluir que para encontrarle una solución al segundo tendríamos que resolver el primero y esto sería lograr encontrarle un valor económico al medio ambiente. Una vez logrado esto el cálculo de la indemnización sería algo más sencillo.

Siguiendo con el análisis, podemos decir que existen dos ámbitos de daños:

A- Daños tradicionales, valuables a través del sistema clásico de resarcimiento.

B- Daños ambientales, en donde existen diversos sistemas de valuación, pero todos con inconvenientes y críticas al momento de la aplicación. Más adelante detallaremos los mismos.

Nuevamente el sistema clásico de responsabilidad civil y determinación de daños tradicionales, queda en evidencia que es inadecuado en materia de daños ambientales.

Con cierta seguridad podríamos afirmar que todo el sistema de restauración ambiental se cae si no logramos resolver la problemática de la valuación del medio ambiente. Tal como expresa el autor Manuel Castañón del Valle en su trabajo *Valoración del Daño Ambiental 6, el estudio y la consecución de un*

⁶ PNUMA 2006 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

sistema de valoración del daño ambiental debe ser la primera ratio, la condición sine qua non, embrionaria para la construcción de una estructura válida de responsabilidad por daños al medio ambiente. Sin valoración del daño ambiental no puede articularse, con unas mínimas garantías de éxito, un sistema de resarcimiento de daños al medio ambiente. Sin saber lo que cuesta reparar un daño no se puede exigir la reparación o indemnización del mismo.

A continuación describiremos algunos de los sistemas de valuación económica del daño al medio ambiente:

- a) Método del precio de mercado: el valor del medio ambiente es el que el mismo tiene en el mercado comercial. Ahora bien, la crítica que se le hace a este método es que se le intenta dar un precio de mercado a algo que se encuentra fuera del mismo.
- b) Método de Reemplazo o restitución: el valor del daño se obtiene del cambio del efecto contaminante por su restitución. Aquí el inconveniente lo encontraríamos cuando el daño sea irreparable o el bien sea irremplazable. Un ejemplo sería, el costo del daño ambiental producido a las aguas de un embalse va a ser el costo de la construcción de una planta depuradora de aguas.
- c) Método de la estimación del precio hedónico: El costo del daño ambiental se obtiene en base a cuánto afecta el medio ambiente a los bienes que lo rodea. Sería el caso de una casa frente al mar, que tendrá más valor que otra que no la tenga.
- d) Método del costo de viaje: consiste en otorgar el valor al medio ambiente en base a cuánto dinero tienen que desembolsar las personas para poder llegar hasta este punto.
- e) Método de la transferencia de beneficios: el valor del medio ambiente se calcula transfiriendo las estimaciones de valores existentes realizadas en estudios ya completados en otras localidades.

- f) Método de valoración contingente: el valor de un bien se obtiene en base a la consulta a la población sobre cuanto estaría dispuesta a pagar por un determinado bien ambiental.
- g) Método de la productividad: el valor económico del medio ambiente se obtiene en base a cuanto contribuye el mismo a la producción de bienes y servicios.

Todos estos sistemas de valoración ciertamente son imperfectos si se pretenden utilizar aisladamente, pero mediante a la utilización conjunta se pueden obtener resultados que actualmente gozan de cierta aceptación.

Composición económica de un bien ambiental:

Ahora que ya sabemos algunos de los métodos para calcular el valor económico del medio ambiente, deberíamos saber cuáles son los valores intrínsecos de dichos bienes.

El medio ambiente tendrá dos valores:

A) Valor de uso:

- ✓ Valor de uso directo: Son los beneficios obtenidos de un recurso ambiental específico. Ej. Los peces de un mar.
- ✓ Valor de uso indirecto: Son los beneficios que indirectamente representa el medio ambiente dentro de un ecosistema. Ej.: las aguas de un río que albergan castores, en los cuales estos últimos producen represas naturales que evitan crecidas.
- ✓ Valor de opción: cuando se le garantiza a las personas la posibilidad de obtener recursos en un futuro.

B) Valor del no uso: dentro del cual encontramos.

- ✓ El valor de lo legado: Es el valor de la herencia de los recursos cedidos a generaciones futuras.
- ✓ Valor de existencia: El valor de un bien por su simple característica de existir. Aquí es donde se tiñe al medio ambiente de valores éticos,

religiosos, culturales y otros que difícilmente puedan ser calculados económicamente.

Por lo tanto el valor del medio ambiente lo determinaríamos sumando los valores de uso más los valores de no uso, y la forma de determinar estos valores se obtendrá mediante la implementación de los métodos mencionados anteriormente.

Estas técnicas no solucionan de manera integral el problema de la valuación de los recursos ecológicos, pero ciertamente hasta el momento son las únicas que contribuyen a darle una expresión económica a estos, aporte más que significativo para mantener un sistema de responsabilidad medioambiental en pie.

Formas de indemnizar por el daño ambiental causado:

- ✓ La primera manera que encontramos es mediante la compensación económica basada en el valor del daño, es decir es un resarcimiento económico obtenido en base a lo que personas consideran que cuesta el medio ambiente afectado. A esto le llamaremos restauración compensatoria. Esta se dará principalmente cuando sea imposible la recomposición ambiental.
- ✓ La segunda manera es la indemnización mediante la compensación por recursos. Este deriva de la aplicación de aportes en especie, dinerarios o técnicas específicas que implicarían la recomposición del medio ambiente afectado. A esto le llamaremos restauración primaria.

La Resolución SAyDS N° 1.398/08 considera actividades propias de la restauración primaria a:

- a) Remediación y limpieza.
- b) Eliminación de material contaminado.
- c) Actividades de monitoreo y control sobre los medios naturales contaminados.

d) Operaciones de tratamiento y disposición in situ o ex situ necesarias para la recomposición.

e) Tratamientos de eliminación de material contaminado residual de dichas operaciones.

En relación a esto la Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 establece:

Que la compensación sólo procede como mecanismo sustitutivo ante supuestos de excepción, en los casos que la recomposición no resulte técnica o físicamente posible, además su determinación requiere de una compleja cuantificación, por lo cual la compensación no se incluye como objeto de cobertura del seguro, sin perjuicio de las obligaciones legales vigentes.

De esta manera establece un sistema subsidiario en la cual primero se acudiría a un sistema de recomposición y como último esfuerzo se acudiría a un sistema de compensación, aunque advierte la dificultad de determinar este último.

Es de suma importancia el aclarar que la aplicación de una no excluyente a la aplicación de la otra. Esto lo veremos en los casos de daños ambientales progresivos en donde si bien el mecanismo de restauración primaria se activa luego de determinado el daño, anteriormente se produjeron daños que solamente podrán indemnizarse mediante un mecanismo compensatorio.

Se determina el mecanismo a aplicar teniendo en cuenta que el valor de los beneficios de la restauración debe ser equivalente al valor actual de las pérdidas debidas al daño.

Daño ambiental irreparable:

Es en este caso en particular en donde numerosos autores sostienen que hablar de reparación ambiental es una verdadera utopía. Hablamos principalmente en casos de daños irremediables e irreversibles al medio ambiente, estos casos son los que han llevado a parte de la jurisprudencia a inclinarse hacia la reparación en especie siempre que el daño sea reparable. En los casos en que no se pueda restaurar el medio ambiente en principio se recurriría a métodos de indemnización dineraria. Hablamos en potencial ya que no podemos afirmar que daños catastróficos como

la contaminación de aguas oceánicas por vertido de material radiactivo, la desaparición de una especie y otros puedan ser valuados económicamente. Durante la explosión de la planta nuclear de Chernobyl en 1986 se evitó que el magma formado por la fusión del material nuclear con el acero y el concreto se filtrara al acuífero que estaba por debajo de la planta nuclear, este acuífero es el que provee de agua a la mayor parte de lo que antes era la Unión Soviética, el mismo se conecta con ríos, mares y finalmente con el océano. Se considera que de no haberse evitado esta filtración se habría provocado la mayor catástrofe natural de todos los tiempos, por la cual gran parte del continente Asiático y Europeo quedarían inhabitables. Citado este cercano ejemplo, podremos afirmar que este tipo de daños no pueden ser valubles económicamente hablando. Y en caso de una supuesta valuación, el costo de la indemnización sería tan alto que ningún agente de garantía financiera podría solventarlo, mucho menos el agente causante del daño.

Esto nos lleva a la conclusión que el aseguramiento de este tipo de sucesos no es viable.

Primero porque si lo que se intenta mediante el aseguramiento es lograr compensar un daño, se debe asegurar por un monto de cobertura suficiente para lograr esto. Ya hablamos de lo elevados que pueden ser los costos económicos de este tipo de daños y por ello la aseguradora no puede poner como límite de cobertura un monto indemnizatorio que esta no pueda solventar, ya que el monto de la indemnización de poder determinarse provocaría la insolvencia de la misma.

Actualmente las coberturas que se ofrecen establecen topes indemnizatorios que claramente frente a hechos de daños irreparables serían insuficientes en relación al valor real del daño, lo mismo sucede con la valuación económica del agente de riesgo que funcionaría como garantía del daño. Debiendo el estado hacer frente a los costos de los daños. Por tanto aquí se deja en evidencia la importancia de los mecanismos precautorios.

d) Dificultades a la hora de evaluar el riesgo.

Cuando hablamos del término RIESGO, estamos hablando de un concepto directamente asociado a la exposición al peligro y las probabilidades de obtener consecuencias negativas ante esta exposición.

Por tanto podríamos conceptualizar al riesgo como la probabilidad de que un efecto adverso ocurra durante un periodo de tiempo o por un suceso en particular.

Ahora bien cuando hablamos de esto asociado al daño ambiental podremos concluir que el riesgo ambiental es la probabilidad de que el medio ambiente se vea afectado negativamente por consecuencia de la exposición al peligro. Este concepto está delimitado al ámbito de los hechos causados por la actividad del ser humano y no por hechos de la naturaleza.

El problema precisamente con el riesgo ambiental se genera a la hora de ser evaluado o medido. Evaluar este tipo de riesgos sirve por diversos motivos y para interés de diversos agentes:

- 1- Para los agentes generadores de riesgo ambiental y para el estado administrador: sirve para diseñar un sistema efectivo de control de riesgos y con ello la disminución y prevención de efectos adversos. También un sistema efectivo de control de riesgos conllevaría la disminución de la prima de seguro, que tal como analizamos en otros puntos cuanto más alto es el riesgo mayor será el coste de la prima, y de la misma manera al inverso.

Este punto cobra especial importancia a la hora de consagrar el principio precautorio, pilar del sistema de responsabilidad en la legislación Argentina.

- 2- Para las compañías aseguradoras: la identificación y evaluación del riesgo ambiental sirve a estas para tomar conocimiento y fijar condiciones a la hora de establecer garantías financieras, generar proyecciones de negocios y con ello el ofrecimiento de nuevas coberturas, determinar primas de seguro, pero sobre todo clarificar el binomio más importante para una aseguradora, el bien conocido riesgo- beneficio. Sin métodos de evaluación de riesgo ambiental claros las aseguradoras no van a estar

alentadas a ofrecer coberturas de un riesgo que de alguna manera desconocen. Esto sumado al desconocimiento del real valor económico del medio ambiente genera que las aseguradoras naveguen en aguas desconocidas a ciegas. En la actualidad podríamos decir que las pocas compañías que aseguran este tipo de bienes lo están haciendo con un conocimiento no muy certero de las probabilidades de ocurrencia de un siniestro que dañe el medio ambiente y de su posterior costo de recomposición.

Ahora bien cuando hablamos de riesgos ambientales la complejidad viene asociada a la naturaleza de este daño y su difícil determinación. Para lograr un sistema de evaluación de riesgos ambientales preciso es necesario sortear esta indeterminación. Para esto las diferentes legislaciones y entidades de aseguramiento han recurrido a la ciencia y la tecnología, mediante la intervención de especialistas en materia de medio ambiente. Con ello se logró desarrollar un sistema innovador de evaluación de riesgos, esto mediante la utilización de indicadores medioambientales. Este sistema supone una herramienta que permite controlar con objetividad la actividad de un agente y su progresión hacia la minimización del riesgo.

Para lograr este análisis se deben cubrir cuatro pasos:

- 1- Identificación de los objetos de riesgo. Ej.: una determinada instalación industrial.
- 2- Identificación de peligros en cada objeto de riesgo. Aquí cada peligro representara un tipo de riesgo determinado, por ej. Un acueducto que transporte sustancias químicas representara el riesgo de contaminación de aguas.
- 3- Análisis de consecuencias. Es decir el resultado que se obtiene al desencadenarse de manera negativa un determinado riesgo. Para lograr esto se ha desarrollado un sistema para obtener un índice de consecuencias ambientales centrados en la evaluación de dos factores, las fuentes de peligro y los receptores.

4- Análisis de probabilidades.

El primer factor no requiere mayor análisis por lo cual pasaremos directamente al próximo.

El segundo factor, los peligros de cada objeto, evalúa las cualidades intrínsecas de las sustancias de riesgo, a decir la composición molecular y las condiciones en las que se encuentran almacenadas o manipuladas. Aquí cada sustancia será evaluada en términos de peligrosidad para obtener una puntuación determinada. Esta puntuación se obtiene mediante un conjunto de seis propiedades (toxicidad, volatilidad, bioconcentración, adsorción, biodegradación y sinergia).

Otro de los elementos tomados en cuenta en este factor va a ser las cantidades de sustancia manipuladas o almacenadas.

Ya ingresando en el análisis del tercer factor, los receptores de peligro, vamos a decir que el área afectada por un hipotético accidente es uno de los elementos que más importan en este punto, la importancia de la extensión de un accidente dependerá en gran medida de la calidad y vulnerabilidad del hábitat que ha resultado afectado (una o más hectáreas, un lago o más, x cantidad de kilómetros de río, etc.).

Otro de los elementos tomados en cuenta en este tercer factor es la vulnerabilidad del entorno natural y socioeconómico. Con esto estamos diciendo el impacto ecológico que podría acarrear un determinado acontecimiento negativo y cómo afecta esto a las actividades económicas de la zona afectada.

Cuando hablamos de vulnerabilidad del entorno natural estamos analizando a su vez el tipo de entorno afectado y especies protegidas.

Cuando hablamos de vulnerabilidad socioeconómicos estamos analizando también la alteración de los recursos naturales e infraestructurales y población afectada.

Con todo esto de la misma manera que con las fuentes de peligro, se establece una escala de puntuaciones para establecer la afectación de los receptores. Este

sumado a las anteriormente citadas fuentes de peligro logran establecer un INDICE DE CONSECUENCIAS AMBIENTALES.

El análisis de probabilidades en el riesgo ambiental como cuarto y último factor, según el nuevo paradigma de evaluación del mismo vendrá por un análisis cuantitativo de riesgo que emanara de informes en la cual se plantean escenarios accidentales, finalmente estos se vuelcan en una tabla de valores en donde se sacan cálculos a modo de puntuación.

Aquí encontramos una gran diferencia en relación a otros riesgos (ej. Aseguramiento de Automóviles) en donde el análisis de probabilidad viene muy asociado al índice histórico de siniestralidad, en nuestra materia como ya dijimos la obtención de este último índice es muy difícil por naturaleza del riesgo que presentamos y además porque actualmente no existen registros históricos y antecedentes que nos permitan llevar a cabo esta medición. Por tanto este análisis derivara en un resultado imperfecto que arrojará resultados de probabilidad poco certeros. En consecuencia acudimos a un análisis cuantitativo del riesgo. Para obtener este se plantearan distintos escenarios siniestrales hipotéticos, utilizando tres plataformas:

- 1- Región de riesgo elevado.
- 2- Región de riesgo moderado.
- 3- Región de riesgo tan bajo como sea posible.

Todas estas plataformas van a ser evaluadas por dos factores, el primero es la escala de frecuencia accidental (ej. Un accidente cada 5 años, uno cada 10 años, etc.) Y el segundo es el ya nombrado Índice de Consecuencias Ambientales. Obteniendo como resultado de esto la probabilidad siniestral.

El resultado final de la evaluación de riesgos ambientales en este sistema se obtiene con la combinación de los cuatros factores de análisis.

Antecedentes normativos en la República Argentina sobre evaluación de riesgos ambientales:

En nuestra legislación actualmente rige la resolución 177/2007, en esta se crea un grupo de trabajo llamado "UNIDAD DE EVALUACION DE RIESGOS AMBIENTALES" (UERA), dependiente de la Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo sustentable.

Según el inciso segundo del Art 6 de esta resolución la UERA deberá Evaluar las categorizaciones efectuadas en base a la complejidad ambiental de las actividades industriales y de servicio.

En el anexo 1 de la presente resolución se hace la identificación de los objetos de riesgo, especificando que son consideradas actividades riesgosas para el medio ambiente todas aquellas que figuren en este.

Luego procede a categorizar las actividades que realizan cada industria o servicio, dividiéndolos en tres grupos y colocándoles valores de complejidad a cada uno de ellos, esto se desarrolla en el anexo II de la resolución en cuestión.

Estos parámetros son utilizados actualmente para determinar los montos mínimos asegurable, según lo establece la Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 en su anexo donde establece pautas básicas para las condiciones contractuales de las pólizas de seguro por daño ambiental de incidencia colectiva.

Claramente esta resolución intenta hacer una evaluación del riesgo ambiental más bien parecida a la que al principio del punto desarrollamos, utilizando un sistema de indicadores medioambientales. Si bien utiliza en su análisis solo los factores uno y dos del sistema que se plantea en este trabajo (Identificación de los objetos de riesgo e identificación de peligros en cada objeto de riesgo) el camino tomado consideramos que es el adecuado, y ante una futura legislación que integre la materia consideramos que esto servirá como plataforma de un sistema de evaluación de riesgos integral y objetiva.

CAPITULO III

<p>OTROS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACION DEL SEGURO POR DAÑO AMBIENTAL.</p>

Sumario:

- a) **Sobre el mercado asegurador. Dificultades a la hora de encontrar aseguradoras que amparen este riesgo.**
- b) **Dificultades para aplicar la cláusula de liberación del asegurador por culpa grave del asegurado.**
- c) **Readecuación de reglas de franquicia.**
- d) **Legitimación activa de las acciones de reclamación por daño ambiental.**

a) Dificultades para encontrar aseguradoras que amparen estos riesgos ambientales.

La problemática del aseguramiento de riesgos ambientales también se hace extensa al mercado de las compañías aseguradoras. Actualmente las entidades de aseguramiento son reacias a incorporarse al mercado de oferentes de garantías medioambientales debido a los problemas de indefinición propios del daño ambiental.

Primero que nada las aseguradoras no pueden medir de una manera confiable la tasa de siniestralidad, y con esto establecer un análisis de costo- beneficio, relacionando la probabilidad de ocurrencia de un siniestro con los ingresos producidos por las primas de pago de los asegurados.

Luego volvemos a problemas anteriormente citados como siniestros de contaminación gradual o progresiva que al momento de contratación de la póliza ya existían y la aseguradora lo desconoce, lo cual tendrían que indemnizar por hechos anteriores a la cobertura. Lo mismo sucede en materia de previsibilidad por hechos que puedan haber ocurrido durante la cobertura pero que se manifiestan luego de culminada esta.

Las dificultades en materia de evaluación financiera de primas de pago e indemnizaciones. Muchas veces el monto a indemnizar producto de la magnitud de un siniestro excede la misma capacidad económica y financiera de las entidades aseguradoras, causal que las llevan a retirarse del mercado. Para compensar esto se llevan los montos de las primas de pago a sumas muy elevadas que en muchos casos las empresas no pueden hacer frente.

Actualmente encontramos algunas empresas que vienen a intentar cubrir la necesidad de la contratación de un seguro de medio ambiente.

Entidad	Fecha	Proveido	Expediente	Síntesis
PRUDENCIA CIA. ARG. DE SEG. GRALES. SOC. ANON.	26/08/2008	108126	50694	Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva
ESCUDO SEG. S.A.	24/11/2008	108620	30283	Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva
NACIÓN SEG. S.A	30/12/2008	108759	33695	Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva
TESTIMONIO COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.	27/03/2009	109164	51869	Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva
TPC COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.	07/01/2009	108779	44301	Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva
PROVINCIA SEGUROS S.A.	14/12/2010	113581		
	-	-	54141	Autoriza Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva.
	17/10/2010	115202		

(*) Información obtenida desde Superintendencia de Seguros de la Nación.⁷

Anteriormente dijimos que las mencionadas empresas intentan cubrir la necesidad de las empresas ante la obligación de asegurarse impuesta por la LNA, decimos que intentan debido a que las coberturas que ofrecen no son propias de un seguro, sino que son una caución. Es importante hacer esta salvedad para no caer en una mentira del sistema asegurador que nos deje de alguna manera cómodos en esta situación actual.

Si bien es sistema de caución es una garantía financiera, su función no es indemnizatoria como en los seguros propiamente dichos, sino más que nada se trata de una fianza cuya principal función será la de servir de garantía de una obligación (la recomposición del medio ambiente) mediante la interposición de un segundo deudor y con esto la eliminación de los riesgos de mora.⁸

⁷ Web SSN. <http://www2.ssn.gob.ar/index.php/entidades-autorizadas-seguro-ambiental>

⁸ Cám. Nac. Com., Sala B; Gerlach Campbell Construcciones S.A. c. Varmacons S.R.L.; Octubre 23, 1990; ED, 142-1991. <https://www.eestrucplan.com.ar/secciones/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=3366>

Para sortear estos inconvenientes una solución factible es la de crear un Pool de aseguradoras para riesgos ambientales, tal como se implementó en España.

Estos pools están integrados por aseguradores y reaseguradores con un objetivo común de:

- ✓ Elaborar productos para asegurar los riesgos medioambientales.
- ✓ Centralizar la gestión, administración y control de dichos seguros en la Agrupación constituida al efecto.
- ✓ Poner en común capacidades de asunción de riesgos para su utilización conjunta en régimen de correaseguro.
- ✓ Suscribir las operaciones de reaseguro de las modalidades elaboradas por el Pool, conforme a las condiciones técnicas acordadas, reasegurándolas a cada compañía socio.
- ✓ Centralizar la información y liderar la innovación sobre coberturas medioambientales, técnicas de evaluación de riesgos y resolución de siniestros.
- ✓ Colaborar con autoridades y otras instituciones y entidades, aseguradoras y no aseguradoras, en su área de competencia.

(*) Información obtenida desde Pool de Riesgos Medioambientales de España.⁹

Hacia 1994 como consecuencia de las problemáticas que enfrentaba el mercado asegurador en materia de daño ambiental, se constituye una agrupación con la intervención de diversas compañías aseguradoras entre ellas Musini, Mapfre, Banco Vitalicio, La Unión y el Fénix (hoy Axa Seguros), Winterthur y Catalana Occidente y paulatinamente, se fueron uniendo otras compañías (Azur, Bilbao, Fiatc, Imperio, Previsión Española, Caser, Estrella, Groupama, La Unión Alcoyana y Sabadell), además de las reaseguradoras GE-Frankona, Gerling Globale Rück, General Cologne, Münchener Rück, Nacional de Reaseguros, Scor Reassurance, Swiss-Re y Consorcio de Compensación de Seguro, que daría nacimiento al PERM (POOL ESPAÑOL DE RIESGOS MEDIOAMBIETALES).

El objetivo principal de esta agrupación fue crear un sistema de reaseguro para estar en condiciones de afrontar conjuntamente el riesgo financiero que representa un siniestro

⁹ Web <http://www.perm.es/que-es-pool.cfm>

que afecte al medio ambiente. El trabajo conjunto también generó la sumatoria de fuerzas para crear políticas de trabajo en común y no sólo lograr objetivos que fueron mencionados ut supra.

La experiencia española sirvió como puntapié para que estos sistemas de pools estén siendo implementados además en países como Italia, Holanda y Francia con resultados más que favorables. Los mismos le encuentran solución a los inconvenientes de la cobertura financiera de siniestros de gran magnitud, a llevar un índice de siniestralidad conjunto, unificar criterios de aseguramiento, evaluación de riesgos y determinación de pérdidas. Pero algo muy importante es el rol activo que pueden desempeñar en el control de riesgos y prevención de daños, que en definitiva es la voluntad de todos la da generar un sistema de precaución y no de comisión de daños.

Un problema que se le podría encontrar a estos pools, es que el valor de la prima si bien es de libre implementación para cada aseguradora, el mismo es obtenido de los índices comunes arrojados por técnicos del Pool, derivando esto en un valor uniforme y por tanto podría dar lugar a abusos por parte de los entes de aseguramiento, al tratar de establecer un precio único de mercado convenido entre las empresas pertenecientes al pool. Aunque una solución a esto sería una intervención activa del estado en esta materia.

El artículo 22 de la ley 25.675 establece que Resultará admisible, a los efectos de la presente, la modalidad del autoseguro como opción válida y adecuada para responder por los daños ocasionados al ambiente.

Ciertamente el autoseguro vendría a ser una opción a la hora de sortear dificultades para contratar un seguro de impacto ambiental, ya sea porque no encontramos aseguradoras que amparen estos riesgos o porque la prima de seguro sea muy elevada, siendo estos los principales impedimentos al momento de la contratación.

El autoseguro es un mecanismo de asunción individual de riesgos, en el cual el agente de riesgo decide no trasladar las consecuencias financieras de un hipotético siniestro a un asegurador profesional sino que lo retiene.

Para llevar adelante esta asunción individual de riesgos el agente necesita capacidad financiera primero que nada. Esto debido a que esta técnica supone costear con recursos propios las consecuencias de un hecho dañoso.

Otro segundo paso que deben cubrir es la creación de un fondo específico de reparación de daños, este estará comprometido y no estará disponible para otorgar liquidez a la actividad propia de la empresa.

Además este fondo estará compuesto por una suma de dinero que será equivalente al valor a riesgo, es decir al importe máximo de las pérdidas que se podrían causar por la actividad. Este punto es muy importante debido a que aquí la empresa encontrara un gran desafío debido a la falta de experiencia y estadísticas para elaborar un estudio acabado sobre el daño futuro, y como se suele decir, lo que no se puede medir se desconoce, y aquí el departamento de aseguramiento del agente de riesgo vera sumamente comprometida su labor.

La ventaja principal del mecanismo de autoseguro es el ahorro del costo financiero que representa el pago de la prima de seguro. Pero esto se compensa con el capital inmovilizado que presenta el fondo y que como lo dice la palabra no puede ser afectado al sistema de producción, cuestión que a los ojos de los analistas económicos no sería recomendable.

Finalmente agregamos que este mecanismo únicamente puede ser llevado a cabo por empresas con un capital muy grande que no solo no le importe la inmovilización de activos, sino que la cantidad de activos disponibles de la empresa puedan ser tan copiosos como para afrontar un fondo de reparación para daños de gran cuantía como los que afectan al medio ambiente.

b) Dificultades para aplicar la cláusula de liberación del asegurador por culpa grave del asegurado.

La ley de seguros en su artículo 70 establece:

El asegurador queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

Se debe distinguir entre dos clases de accidentes: aquellos en donde la conducta del damnificado influye y aquellos en los que no influye en el riesgo o daño ambiental. Cuando el bien asegurable sea el medio ambiente como derecho de incidencia colectiva,

el peligro de que la compañía aseguradora se libere por culpa grave del asegurado conllevaría asumir la posibilidad que el deber de indemnización recaiga sobre las posibilidades económicas y financieras del asegurado de afrontar un pago indemnizatorio, que en caso de no tenerlas esto llevaría a que el daño no se pueda recomponer. Por tanto en este tipo de coberturas la conducta del asegurado no debería ser analizada a la hora de indemnizar por parte del asegurador.

Ahora bien, al eliminar la culpa grave del asegurado como exclusión de deber de indemnizar estaríamos creando un sistema descompensado, debido a que la aseguradora al momento de contratar con el agente de riesgo desconoce su conducta y sabe de ante mano que ante cualquier evento dañoso deberá indemnizar sin importar la culpa o no del asegurado. Por tanto la conducta quedaría librada a una suerte de buena fe del tomador del seguro. Situación evidentemente injusta.

Para mantener el equilibrio del sistema en este aspecto se plantea que si bien al momento del daño ocurrido la aseguradora debe responder, la misma tendrá facultades de fiscalización sobre la conducta del asegurado. En caso de que dicha conducta sea gravosa y un peligro inminente para el medio ambiente se mantienen las bases del mecanismo de suspensión de cobertura por agravación de riesgo prevista en la ley 17.418 de seguros, detallamos conceptos de agravación de riesgo y cláusula de suspensión por culpa del asegurado de dicha ley. Dentro del sistema que se plantea en este punto estos dos artículos mantendrían sus bases conceptuales pero con modificaciones, ya que no podríamos aceptar el hecho que el agente generador de riesgo se quede sin cobertura y continúe con su conducta gravosa.

Art. 37. Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo.

Art. 39. Cuando la agravación se deba a un hecho del tomador, la cobertura queda suspendida. El asegurador, en el término de siete días, deberá notificar su decisión de rescindir.

Consideramos además que como el medio ambiente es un interés de toda la sociedad, el estado debe mantener un rol activo en este, por tanto la compañía aseguradora al momento de detectar algún tipo de conducta riesgosa para el medio ambiente por parte del tomador, deberá notificar a un órgano estatal encargado de inspeccionar y auditar la

actividad del agente de riesgo. En caso de que esta sea potencialmente peligrosa es importante que el órgano estatal tenga facultades para ordenar el cese de la actividad hasta tanto no se normalice y disminuya el riesgo potencial. Una vez reestablecida la conducta a estándares normales la aseguradora deberá devolverle la cobertura.

De esta manera el asegurado se mantiene con cobertura siempre en actividad, en caso de conducta gravosa el asegurador puede solicitar al estado intervención y de confirmarse esta, la posterior suspensión de actividad. Resuelta la agravación del riesgo el tomador retoma sus actividades y el dador devuelve la cobertura.

c) Sobre reglas de franquicias.

Para comenzar a tratar este tema primero debemos definir que entendemos por Franquicias de Seguros. Vamos a decir que estas son un monto a cargo del asegurado que este deberá abonar en caso de ocurrencia de un siniestro. Por lo tanto el sistema de reparación por parte de la aseguradora comenzara a partir de dicho monto.

La Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 establece que:

Podrán establecerse franquicias que no podrán exceder el CINCO POR CIENTO (5%) del monto mínimo asegurable que establecerá la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

Por tanto el sistema de franquicias está contemplado dentro del aseguramiento de riesgos ambientales.

Ahora bien por las características del daño ambiental si tomamos las reglas básicas del aseguramiento de bienes, las franquicias solo podrían ser aplicadas a siniestros súbitos, en donde la causa de ocurrencia es determinada así también como la fecha de ocurrencia y no a siniestros en siniestros de ocurrencia progresiva o acumulativa con causas difusas. Esto debido a que las franquicias deben ser aplicadas por UNIDAD DE SINIESTRO, por ello en los siniestros de súbita ocurrencia, donde el daño se genera por un solo hecho determinado la misma se podrá aplicar con normalidad.

Lo que sucede con los hechos de ocurrencia continuada, progresiva o por acumulación y con causa difusa es que lo determinable hasta cierto punto es el daño causado, siendo

muy difícil determinar cuántos hechos dañosos han llevado a este resultado y por tanto no se podría establecer una cantidad cierta de franquicias a aplicar.

Para contrarrestar este problema La Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 cambia la concepción clásica de siniestro estableciendo que:

Se considerará siniestro a todo hecho que, de acuerdo con el tipo de cobertura, determine el cumplimiento de la prestación a cargo del asegurador.

Se considera que corresponden a un solo único siniestro el conjunto de reclamaciones por todos los acontecimientos que tengan una misma o igual causa.

Aquí notamos que el siniestro deja de ser un EVENTO DETERMINADO tal como se establece en la ley 17418, para transformarse en un conjunto de reclamaciones. Los eventos que tengan una misma o igual causa son los que conformarían el reclamo.

Esto viene a resolver el problema de aplicación de franquicias a los hechos que no son súbitos o que no dependen de un evento determinado, determinando una sola franquicia sea cual sea el siniestro ocurrido.

d) Legitimación activa de las acciones de reclamación por Daño Ambiental.

La ley 25.675 en su artículo 30 dice que: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su Derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.”

Tal como menciona Cafferata, las causas ambientales no son conflictos clásicos, normales u ordinarios. Todo lo contrario, son casos extraordinarios que convocan a legitimaciones anómalas.

La cuestión de la legitimación en las acciones por daño ambiental cobran especial dificultad debido a su naturaleza de interés difuso, supraindividual, de las llamadas acciones de clases, de la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Los códigos procesales civiles fueron diseñados para solucionar conflictos entre personas determinadas, apareciendo la necesidad de diseñar nuevas técnicas procesales que protejan a grupos de personas indeterminadas.

Por tanto podremos dividir la legitimación activa según la Ley Nacional del Ambiente en dos:

- 1- La legitimación por daño ambiental a personas determinadas. Este punto se ve claro en la ley cuando la misma habla de personas directamente damnificadas.

Si bien este tipo de personas están legitimadas para reclamar en materia de daño ambiental, no son objeto de estudio de este trabajo. Esto debido a que al abordar como tema principal de análisis las garantías financieras exigidas por la LNA, automáticamente el daño ambiental a personas individuales y determinadas queda excluido.

De todas maneras la legitimación en esta materia no presentaría mayores complicaciones debido a que caería dentro de los mecanismos clásicos de la responsabilidad civil.

- 2- La legitimación por daño ambiental de incidencia colectiva.

La LNA comienza hablando de –EL AFECTADO– siendo este un concepto un tanto confuso y problemático, encuadrándose dentro de este a cualquier persona que acredite un interés razonable y suficiente. Quedará a decisión del juez la evaluación sobre si el mismo presenta estas características para aceptar su legitimación o no. La realidad es que aceptar que cualquier habitante por cuenta propia pueda interponer un

reclamo por daño ambiental puede traer inconvenientes. Esto debido a que ante el impulso de cualquier sujeto con un interés razonable y suficiente se activaría el aparato judicial, sumado a la gratuidad que debe representar la acción, daría lugar a una cantidad de reclamos, más de uno sin fundamentos que llevarían mediante el abuso de la herramienta legal al colapso del sistema judicial.

Con esta reflexión no estamos diciendo que las personas particulares que presenten un interés razonable y suficiente no deban tener legitimación, sino decimos que la tengan pero que deban ejercer su derecho mediante los organismos estatales y no estatales para la defensa ambiental.

Continuando con el análisis de este punto, la LGA nombra como legitimado a el defensor del pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, el estado nacional, provincial o municipal. Una parte de la doctrina agrega como legitimado también al Ministerio Público nacional como provincial para representar la defensa ambiental de intereses colectivos.

Habiendo citado y analizado el marco normativo en materia de legitimación activa por daños ambientales, podemos concluir con que las acciones de reclamación por daño ambiental están dentro de la esfera de las acciones colectivas o de clase (art 43. Parr 2 CN).

Una parte de la doctrina conceptualiza a este tipo de acciones como "La acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)"¹⁰.

Si bien la LGA se encarga de establecer y determinar los representantes de la clase legitimada, en ningún momento se llega a instrumentar la aplicación de la acción, lo mismo sucede con el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional, y por lo tanto la reclamación por daño ambiental mantiene los mismos inconvenientes que el resto de las acciones colectivas.

¹⁰ Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, La tutela de los derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos, hacia un Código modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 15.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación marco un antes y un después en materia de acciones colectivas en el fallo “Halabi, Ernesto c. PEN s. Amparo”, en donde las sentencias de las acciones colectivas dejan de tener aplicación únicamente en el caso concreto, para poder aplicarse a todas aquellas personas afectas por un hecho o una norma en concreto.

Según el mencionado fallo: El juez deberá verificar la existencia de los siguientes requisitos para la admisibilidad de la acción: 1. Debe identificarse de manera precisa el grupo o colectivo afectado (Considerando 20 Halabi). Para ello hay que distinguir entre:

1.1. Derechos Individuales: son aquellos que afectan con exclusividad a su titular, son divisibles y separables del resto de la comunidad y encuentran cabida con la tradicional acción de amparo, y en tal caso, el único legitimado para ejercerlos es su titular (Considerando 10 Halabi y art. 14 CCC).

1.2. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: son aquellos que están en cabeza de toda la comunidad, no a un grupo determinado o indeterminado de personas, y no son divisibles porque afectan un bien colectivo (por ejemplo, el ambiente, la privacidad, la intimidad). Por la importancia que revisten tales bienes, el art. 43 CN otorga una legitimación extraordinaria y autoriza su protección a: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; y 3) las asociaciones que tengan por objeto proteger tales bienes y se encuentren registradas conforme a la ley (Considerando 11 3º párr. Halabi y art. 14 CCC).

1.3. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto a intereses individuales homogéneos: aquí no hay un bien colectivo afectado sino que ocurre sobre derechos o bienes individuales enteramente divisibles (por ejemplo consumo de un producto defectuoso) como consecuencia de un único hecho que afecta de manera continua a diversos grupos de personas o clase que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada sobre el grupo o la clase que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12), el que entiendo debe ser alegado y probado por el afectado en forma individual (art. 33 LGA). Estos encuentran sustento en el 2º párr. Art. 43 CN y en el art. 14 del anteproyecto del CCC, pero lamentablemente suprimidos en el proyecto final.

2. El representante deberá acreditar su idoneidad y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derechos que sean comunes y homogéneos a todo el colectivo (Considerando 20). En cuanto, por ejemplo, a las asociaciones de consumidores y usuarios "truchas", aquellas de dudoso origen y representatividad, los arts. 55, 56 y 57 LDC establecen que deben estar registradas para cumplir con los requisitos legales, pero lo cierto es que prácticamente es sencillo y económico constituir y registrar una asociación cualquiera y sacar tajada en este contexto, y se podría crear una incipiente industria del juicio y abusar y desnaturalizar de esta herramienta, provechando el beneficio de justicia gratuita del art. 55, 2º párr. LDC y promover juicios millonarios y multiplicidad de pericias para presionar con contingencias de honorarios, por lo que el ejercicio profesional se convierte en altamente rentable. Para evitar esto se podría exigir además, por ejemplo, un certificación de la clase, como pretende hacer el art. 58, 2º párr. LDC, al exigir un formulario firmado por el consumidor afectado. Similar requisito establecía el art. 1747 del anteproyecto CCC pero fue suprimido en el proyecto final.

3. Existencia de un hecho único o complejo que causa lesión a una pluralidad relevante (Cons. 20).

4. Haya una Pretensión procesal "colectiva": Debe enfocarse en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho o sea que debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar (considerando 13) en forma singular (daños individuales) (Considerando 20).

5. Ejercicio individual no esté justificado para la promoción de una demanda individual, si se tratase de intereses individuales pero exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o particulares características del sector afectado (sujetos discriminados, consumidores –arts. 52 y 55 LDC-, usuarios de servicios, etc. Considerando 13).

No obstante este fallo no logra resolver cuestiones de aplicación de este tipo de acciones. Nicolás Daniel Vergara, en su publicación de octubre del 2011 plantea algunos interrogantes, como por ejemplo: ¿Cómo se configura la clase? ¿Quién será el Juez competente? ¿Cómo se cita a los integrantes de la clase? ¿Quién se encuentra legitimado para interponer la acción? ¿Quién ha de representar a la

clase? ¿Se exigirá al representante calidades especiales y tareas de información periódica? ¿Qué tipos de acciones de clase se permiten? ¿Los efectos de la sentencia, en todos los casos son extensibles a todos los miembros de la clase, hayan intervenido o no efectivamente en el proceso? ¿Qué ocurre si entablada la acción colectiva, se entabla otra individual sobre el mismo objeto, o viceversa? ¿Cómo se evita la duplicidad de procesos idénticos, se creará un registro de procesos de clase? ¿Quién debe cargar con las costas del juicio?

Claramente estas respuestas deberán encontrarse en una legislación creada específicamente para las acciones colectivas, ya que en la actualidad la ley aún no ha resuelto estos inconvenientes.

Tal como describe la LNA los legitimados activos en las acciones de reclamación por daño ambiental podrán ser:

Un afectado directo que mediante el acceso a la justicia busca la obtención de una sentencia de alcance colectivo. Es decir, durante el proceso actúa en nombre propio pero tutelando un interés compartido. Opción que trae inconvenientes que anteriormente hemos citado.

Un afectado indirecto, es decir, mediante la utilización de organismos estatales y no estatales se busca acceder a la justicia. En estos casos el organismo actúa en nombre propio pero en la tutela de un interés ajeno, y por tanto este será parte del proceso en un sentido formal pero no sustancial. Resultando de esto una disociación entre el legitimado activo y el titular del derecho.

Esta última opción es la que consideramos más viable a la hora de realizar un reclamo por daño ambiental. Lo cierto es que también debemos prestar especial atención en la representación que tiene este hipotético organismo sobre los afectados. Esto ya que no queremos que personas que no participan del proceso, pero que son interesados en este vean violentado su debido proceso por no haber recibido una debida representación por parte del legitimado activo. Según sostiene parte de la doctrina "La exigencia de la adecuada representatividad tiende a garantizar que el resultado obtenido con la tutela colectiva no sea distinto del

que se obtendría si los miembros ausentes estuvieran defendiendo personalmente sus intereses"¹¹

Si bien la regulación de las acciones de clase excede lo que podría ser una ley específica sobre daños ambientales, queda en evidencia que la legitimación activa y la posterior acción de reclamación por impacto ambiental es algo que todavía está por verse en materia de implementación en nuestra vigente legislación.

¹¹ Verbic, Franciso, op. cit., pág. 82.

Conclusión y Propuestas

Habiendo desarrollado gran parte de los problemas de la implementación de las garantías financieras a los daños ambientales, estamos en condiciones de realizar una evaluación general sobre el estado de la materia.

Tanto en nuestra legislación como en otras el estado general es de incertidumbre. La dispersión normativa en la Argentina colabora con este estado, la Ley Nacional del Ambiente traza directrices que luego se intentan encausar con decretos y reglamentos que nunca terminan por solucionar la cuestión de fondo. Mientras tanto, la Ley de Contrato de Seguros da muestras claras que la misma no fue creada para amparar daños de esta naturaleza.

La ley 25.675 solicita la implementación de un seguro muy abarcativo, sería una especie de seguro contra todo riesgo ambiental, lo que difícilmente las compañías aseguradoras estén dispuestas a amparar. Esto cuando habla de volver al estado anterior por toda alteración relevante que modifica negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos. Por otra parte los agentes generadores de riesgo se verían en serios problemas de afrontar estos daños cuando los mismos sean de carácter irreparable o catastróficos, pareciendo una fatalidad invencible el hecho que el mismo estado deba hacerse cargo de estos siniestros, debido a que ni las aseguradoras, ni el causante del daño podrían hacer frente a daños de estas características.

Actualmente las compañías aseguradoras ofrecen pólizas con coberturas limitadas en riesgos (contaminación de aguas y suelos) y por montos limitados. Esto claramente viola el espíritu de recomposición que plantea la Ley Nacional del Ambiente. Por otra parte las aseguradoras brindan estas coberturas bajo la modalidad de Seguros de Caución, lo cual como anteriormente citamos es una contradicción ya que técnicamente no sería un seguro propiamente dicho, esto debido a la inexistencia de transferencia de riesgo. Finalmente los costos de las pólizas que se ofrecen son muy elevados, y consideramos que esto es así debido a que los oferentes no conocen bien el alcance del riesgo, cosa que desalienta a las empresas a suscribir a estas coberturas.

Otra realidad es que las empresas contratantes de este tipo de pólizas de seguro no se están viendo atraídas a la contratación de seguros tal como se está planteando hoy en día en base al formato que ofrecen las aseguradoras. Esto debido a que el agente de riesgo nunca va a contratar un seguro que además de ser muy costoso como ya dijimos no cumplimenta las exigencias legales, y que llegado al caso de generarse un siniestro de índole ambiental no tiene la certeza que va a estar al amparo de las condiciones contractuales de póliza, y de así estarlo no sabe si la cobertura financiera que tiene va a alcanzar para cubrir la reparación del daño.

Ahora bien, pareciera ser que los males en materia de implementación de seguros de medio ambiente recaen en culpa sobre las compañías aseguradoras, pero esto no es así. Las aseguradoras responden de forma mezquina y conservadora a la hora de brindar planes de cobertura por daño ambiental debido a la falta de certezas e incertidumbres en materia legislativa.

La Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 fue creada para despejar incertidumbres a la hora de establecer pautas básicas para la contratación de seguros ambientales. Pero la realidad es que la poca operatividad de la resolución y la falta de soluciones a la problemática imperante está a la vista de todos.

Lo cierto es que la reforma en materia de garantías financieras por daños ambientales debe ser integral. Lo primero que se debe plantear es la reforma del artículo 22 de la ley 25.675, esto debido a que la ley que impulsa la implementación de los seguros ambientales no puede ser la misma que nos plantee un problema imposible de sortear, planteando un seguro posible y con esto darle la posibilidad a las aseguradoras de brindar el servicio adecuado y a los agentes de riesgo de ponerse a derecho.

Otro objetivo importante es terminar con la dispersión normativa. Es indispensable la creación de una ley específica de responsabilidad y daños ambientales que venga a resolver los problemas que hemos estado tratando durante este trabajo. No podemos seguir al amparo de una ley como la 17.418 de seguros, cuando la naturaleza del daño ambiental claramente no fue recepcionada por esta ley. Tampoco podemos seguir buscando soluciones en las resoluciones que demostraron no ser de nada operativas.

Para la creación de esta ley es importante poner máximo esfuerzo legislativo y trabajar conjuntamente con científicos especialistas en daños ambientales para lograr soluciones definitivas a los inconvenientes propios que trae el análisis de daños ambientales. Por otra parte los legisladores deben a la vez brindar apoyo a los mercados aseguradores, y con la ley brindarles garantías y certezas suficientes para que estos puedan salir a ofrecer coberturas que cubran las exigencias a costos que las empresas puedan hacer frente.

El esfuerzo de las compañías aseguradoras tiene que estar presente también en el cambio que se plantea. Como ya expusimos en el trabajo, es de gran ayuda que las mismas unifiquen esfuerzos y puedan llevar adelante el proyecto de la creación de un Pool de aseguramiento de riesgos ambientales.

Sin duda alguna el trabajo que queda por delante es arduo y va a llevar algún tiempo considerable. Lo cierto es que bajo la estructura actual no podemos continuar operando.

Propuestas del trabajo:

- ✓ Creación de una ley de responsabilidad y daño ambiental.
- ✓ Establecer una política de trabajo conjunta entre el Consejo Federal de medio ambiente y la Superintendencia de Seguros de la Nación, con el fin de establecer técnicas eficaces de aseguramiento de daños ambientales.
- ✓ Lograr que las compañías aseguradoras brinden coberturas integrales por daño ambiental, mediante un mercado basado seguridad y previsibilidad.

Bibliografía

- Andorno, Luis O. (1996). La responsabilidad por daño al medio ambiente. Argentina. Jurisprudencia Argentina S.A.
- Aspitia, Minimar. (2012). Responsabilidad ambiental y daño ecológico. Primer foro internacional QBE Itsmo de Panamá. Ecolatina.
- Cafferatta, Néstor A. (2004). Introducción al derecho ambiental. México. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT).
- Castañon del Valle, Manuel. (2006). Valoración del daño ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Chacon, Mario. (2013). Daño ambiental y prescripción. Costa Rica. Revista Judicial.
- Cerda, Arcadio. (S/F). Valoración económica del Medio Ambiente. Chile. Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad de Talca.
- Delgado Saborit, Juana M. (2007). La medida del Riesgo Ambiental. España. Mapfre Seguridad.
- Pool Español de Riesgos Medioambientales. (S/F). Cobertura de los seguros de responsabilidad Medioambiental. www.perm.es.
- Vinocur, Gabriela. (2010). El Seguro Ambiental en la Argentina. Argentina. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Índice general

I.	Resumen.....	2
II.	Estado de la cuestión.....	3
III.	Introducción.....	4
IV.	Marco teórico.....	7

Capítulo I

ASPECTOS TEMPORALES DE LA COBERTURA POR DAÑO AMBIENTAL

a.	Ámbito temporal de la cobertura.....	20
b.	Prescripción de las acciones derivadas del daño ambiental.....	22

Capítulo II

DIFICULTADES DERIVADAS DE LA INDETERMINACION DEL DAÑO AMBIENTAL

a.	Sobre relación de causalidad y responsabilidad sobre el hecho ilícito.....	28
b.	Determinación de primas de pago.....	31
c.	Cuantificación del daño ambiental.....	33
d.	Evaluación del riesgo ambiental.....	41

Capítulo III

OTROS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACION DEL SEGURO POR DAÑO AMBIENTAL

a.	Sobre el mercado asegurador. Dificultades a la hora de encontrar aseguradoras que amparen este riesgo.....	47
----	---	----

b. Dificultades para aplicar la cláusula de liberación del asegurador por culpa grave del asegurado.....	51
c. Readecuación de reglas de franquicia.....	53
d. Legitimación activa de las acciones de reclamación por daño ambiental.....	54

Conclusión y Propuestas

a. Conclusión general.....	61
b. Propuestas.....	63

Bibliografía

Bibliografía.....	64
-------------------	----