

EL SEGURO AMBIENTAL -ARTÍCULO 22 DE LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE - SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL DECRETO N° 1638-PEN/12 - INAPLICABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES CONJUNTAS 98/97 Y 1973 POR PRINCIPIO DE INEFICACIA MATERIAL.

El día 29 de enero de 2013, teniendo en cuenta como dato trascendente la habilitación de la feria judicial, la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal integrada por los Magistrados Luis M. Marquez, José Luis López Castiñeira y Sergio Gustavo Fernandez, procedieron a confirmar la medida cautelar dictada por el Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9 en los autos **“Fundación Medio Ambiente c/ E.N. - PEN Decreto N° 1638/12 - SSN Resolución N° 37160 s/ Medida Cautelar Autónoma”** que suspende los efectos del Decreto 1638/12 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, como norma regulatoria del seguro ambiental en sus especies “de caución” y “obligatorio”.

Previo adentrarse en el análisis del resolutorio, corresponde mencionar que esta Cámara, ha dado cursos y ha manifestado la ineficacia del seguro ambiental como instrumento para garantizar los procesos de remediación ; asimismo congruentemente la inoportunidad de su contratación por parte de las empresas, ello sin objetar que se instituyó obligatorio por compulsión de los organismos estatales ambientales y no por eficacia de las normas que lo regulaban, como acertadamente expresa en sentido conteste el fallo en análisis.

La Fundación se presenta ante la Justicia Federal por la vía cautelar, a efectos de solicitar la suspensión del Decreto N° 1638-PEN/12.

El Juez haciendo lugar a la medida, dictó la suspensión de la norma y ordeno *“a la Superintendencia de Seguros de la Nación que adopte los procedimientos necesarios para requerir, previo a la emisión o comercialización de pólizas – en los términos del art. 22 de la Ley General del Ambiente- la conformidad ambiental otorgada por la SAy DS, y que se haya acreditado la capacidad técnica para remediar, mediante contratos suscriptos con operadores debidamente habilitados, conforme lo establecido en el régimen vigente, hasta el dictado del decreto cuya suspensión se resuelve (fs. 66)”*

Este párrafo, que entiende como esencial en la comprensión del objetivo de la medida pretende que, quien sea operador de seguros ambientales, tenga en su staff la solvencia técnica, y económica para hacerse cargo en forma satisfactoria de la “remediación”.

El Magistrado, se sustenta para argumentar su decisión en los preceptos del artículo 41 de la Constitución Nacional que consagra el derecho al goce de un ambiente sano y establece la obligación de recomponer.

***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 tiene el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

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

“...”

Celebra el acierto del Juez de primer grado, toda vez que la redacción de este artículo, fruto de la Convención Constituyente de 1994, se imprime dentro de los denominados “derechos de tercera generación”, entendiendo éstos aquellos que se ejercen con pretensión de futuro, es decir pensando en dejar un ambiente adecuadamente habitable para las generaciones venideras.

Y tal es la intención, que lejos de quedarse solamente en la manda constitucional, trae a colación el artículo 4° de la Ley N° 25.675, “Ley General del Ambiente” que imprime el “principio de prevención”, entendiendo como tal no ya la recomposición frente al daño ocurrido, sino a la implementación de acciones y omisiones que propendan a sostener las calidades naturales del ambiente sano, y también las que morigeren los impactos de las actividades consideradas contaminantes.

Con este pronunciamiento, se evindencia el mayor rasgo de racionalidad cuando acota el ámbito de acción de las aseguradoras, obligándolas a hallarse a la altura cualitativa y cuantitativa del bien supremo que pretenden garantizar.

Esto significa que, quien intente considerarse asegurador y vender pólizas de seguro ambiental, debe ante todo acreditar la capacidad técnica y económica, previo a ofrecer, en términos textuales del fallo un “back up” de remediación que implicaría un status quo previo suficiente que le permita responder en forma eficiente al mismo momento de contratar y no pretendiendo que en un futuro podrá hacerlo, en un ejercicio aleatorio impropio de su responsabilidad como asegurador.

Ahora bien, este último, es un dato innovativo toda vez que, suspendidos los efectos del Decreto N° 1638-PEN/12, la primera consecuencia sería la vigencia de las derogadas Resoluciones Conjuntas N° 98/07 y 1973/07.

No obstante el fallo avanza con saludable audacia y acierto, puesto que, al requerir un “back up” previo de status cuantitativo y cualitativo de respuesta, requisito éste que no se hallaba contemplado en estas normas; en forma indirecta también cuestiona la aptitud técnica y la eficacia de las Resoluciones Conjuntas mencionadas en el párrafo anterior.

La Cámara procede a rechazar la apelación del Estado Nacional y asimismo deja por sentado, el criterio que fuera anunciado por esta Asociación en rigor de que las resoluciones no resultan instrumentos válidos para modificar las leyes ni tan siquiera para regular una materia de rango constitucional como la ambiental.

A guisa de ilustración se cita la parte pertinente textual:

“...”

“ En otras palabras, ni una resolución ministerial ni un simple decreto del Poder Ejecutivo podrían limitar válidamente los alcances del seguro previsto en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente y que debe garantizar la obligación consagrada en el artículo 28 de la mencionada ley, es decir, el restablecimiento irrestricto del daño ambiental de incidencia colectiva al estado anterior a su producción (Con. L’pez Saavedra, Domingo M. “El aseguramiento de los riesgos ambientales” en LL, 2008-B, 929).

VII. Que las pautas que se llevan expuestas permiten también concluir provisionalmente que, si la cobertura obligatoria exige- en los términos previstos por la normativa sustancial- asegurar el cumplimiento del deber de restablecimiento, no parece coherente con el diseño del sistema, un régimen de seguro que a través de las condiciones generales de las pólizas por emitirse, omita prever y establecer en cabeza del asegurador, la obligación de adoptar las medidas necesarias y conducentes para satisfacer aquél deber de prevención y remediación, mediante la contratación de aquéllas entidades que por su organización empresarial, especialización profesional e implementación de los medios materiales y humanos pertinentes, se encuentren en condiciones de llevar adelante las acciones concretas que sean necesarias y apropiadas para arribar a dicho resultado.”

Enhorabuena por la congruencia del fallo, y su sujeción al principio de razonabilidad. Cabe entonces preguntarse en esta instancia, y yendo más allá de lo jurídico, si existe en el ámbito nacional, algún operador que ostente esta capacidad a la luz de la imposibilidad de tomar reaseguros en

el mercado internacional por imperio de las medidas económicas vigentes en materia de dólar.

No obstante merece celebrarse una decisión judicial que enaltece los principios constitucionales, y pone blanco sobre negro respecto de un área, frente a la que se habían alzado algunas voces aisladas cuando la mayoría recomendaba a sus asesorados la contratación del seguro sin importar si este era eficaz y aun así si generaba un quebranto económico en sus empresas.

Ahora bien, aclarada la inconveniencia de la contratación de las pólizas tal como están hoy día en el mercado, corresponde analizar para aquellos que deban renovarlas si corresponde efectuar una nueva contratación.

Frente a la claridad meridiana de este fallo, ningún organismo del Estado Nacional se encuentra facultado para obligar a los administrados a efectuar dicha contratación.

La ineficacia de las pólizas, y de las mismas aseguradoras en materia de solvencia, imprimen en cualquier pretensión de esta naturaleza una cuestión no ya de ilegitimidad sino de ilegalidad teniendo en cuenta que las normas que lo regulaban han sido tildadas de precariedad.

Como colofón corresponde analizar sucintamente la situación de las empresas radicadas en la Provincia de Buenos Aires.

Los organismos ambientales han intimado la contratación del Seguro ambiental mediante la Resolución 165 y posteriormente la Provincia, redobló su apuesta y procedió a legislarlo en el artículo 22 de la Ley de Pasivos Ambientales.

Esta Cámara objetó esta regulación manifestando que correspondía su regulación al ámbito federal; con beneplácito esta asesoría recibe este decisorio que confirma la postura sostenida desde el inicio de este debate.

La falta de potestad de la provincia es aún mayor que la de los organismos nacionales, cuyas normas carecen de rango suficiente; no obstante la provincia carece de facultades, debiéndose tomar cualquier legislación provincia o avance local al respecto como un acto ilegal flagrante a la Constitución Nacional y la misma provincial.

Y tal es la virtualidad de este decisorio, que también ha dedicado un párrafo que expresa:

“...”

“Sentado lo expuesto, siguiendo el orden de las críticas formuladas por el apelante, debe señalarse que, si bien es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias; también lo es que, el ejercicio de las facultades delegadas que la Constitución Nacional asigna a la Nación, no puede ser enervado por aquéllas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias. De no ser ello así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron (Fallos 329:2975) (Corte Suprema de Justicia de la Nación “Argennova S.A. v Provincia de Santa Cruz” del 14/12/2010”.

Este fallo, evidencia la actividad ilegítima en materia de Seguro Ambiental en todas sus especies desarrollada hasta la fecha, y acota la posibilidad de su exigencia por parte de los poderes públicos.

Cabe esperar, la intervención del Poder Legislativo en cuanto a las calidades del mismo, y el respeto a la Ley General del Ambiente en cuanto a que quien asegura, sea capaz de recomponer y no forme sólo parte de otra incierta e ilegítima caja recaudatoria que se cierne en forma voraz sobre el sector eje de la economía nacional.

Dra. Claudia M. Sambro Merlo.

T° 47 F° 715 C.P.A.C.F.

Asesora de SADAM

Asesora Letrada de la Junta Central de los Consejos Profesionales de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería.