DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

00008/14

FOLIO Nº 1

DEFENSOR DEL PUEBLO FOLIO Nº 299

BUENOS AIRES, 20 MAR 2014

VISTO la Actuación Nº 6.632/10 caratulada: "DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PCIA. DE SAN JUAN sobre solicitud de intervención vinculada a la contratación de un seguro adecuado para la cobertura de los riesgos de la explotación minera", y

CONSIDERANDO:

Que la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE SAN JUAN, por Resolución Nº 8.172, dispuso dar intervención a esta institución a fin de procurar que se efectivice la operatividad del *seguro ambiental* previsto en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente Nº 25.675 (LGA) y sus normas complementarias.

Que, en virtud del análisis de la situación en la materia, la documentación recopilada y los informes remitidos por las autoridades correspondientes, se ha identificado un conjunto de aspectos que requerirían de una mayor regulación. Ello a efectos de alcanzar una oferta de garantías adecuada a las necesidades inherentes a las actividades de riesgo ambiental.

Que la Constitución Nacional establece que "*el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*" (art. 41). En tal sentido, la LGA dispone que quien cause un daño ambiental *"será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción"*, así como también que, en caso de que ello no fuera técnicamente factible, deberá depositar la indemnización sustitutiva que determine el Poder Judicial en un *Fondo de Compensación Ambiental* (art. 28).

Que, asimismo, el art. 22 de la LGA establece que toda persona que realice *"actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir (...) según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación"*.

Que otras herramientas de garantía para asumir la recomposición de posibles daños ambientales (seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, autoseguro, fondo de reparación, etcétera) se encuentran, a su vez, previstas en numerosas leyes vigentes (Nº 25.612, 25.670, 1.919 y 24.051).

Que el *seguro ambiental*, en cualquiera de sus formas, es un instrumento para la efectiva protección del ambiente y el logro de un desarrollo sustentable.

Que la existencia de actividades antrópicas intrínsecamente riesgosas obliga a actuar preventiva y precautoriamente (art. 4º de la LGA), lo que implica articular mecanismos que permitan evitar y remediar sus posibles impactos ambientales, así como también asumir las responsabilidades que se deriven de los mismos. Los instrumentos de garantía se erigen como un elemento esencial para habilitar la realización de actividades que conllevan un riesgo tolerable. De no ser posible cubrir sus potenciales efectos negativos, correspondería su estricta limitación, ya que podrían ser perjudiciales para el bienestar de la comunidad.

Que, entre otros pronunciamientos judiciales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación promovió la efectiva constitución del *seguro ambiental* en los autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo) (fallos 329: 2316).

Que diversas autoridades administrativas exigen la presentación de garantías pecuniarias en el procedimiento para el otorgamiento de licencias ambientales (por ejemplo, Resoluciones ACUMAR Nº 34/2010 y OPDS Nº 165/10).

Que la reglamentación en la materia se encuentra comprendida en las resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS), la Secretaría de Finanzas (SF) y la Superintendencia de Seguros (SSN), todas ellas del Poder Ejecutivo de la Nación (Resoluciones SAyDS Nº 177/07, 178/07, 303/07, 1639/07, 1973/07 y 1398/08; SF Nº 12/07 y 98/07; SSN Nº 35168/10).

Que, respecto al otorgamiento de una *conformidad ambiental* a los instrumentos de garantía por parte de la SAyDS, ésta fue establecida mediante

Resolución Conjunta SAyDS Nº 1973/2007 y SF Nº 98/2007 (arts. 2º y 3º). Su intervención fue considerada de vital importancia para que los mismos propendan a la protección del bien colectivo.

Que, según lo informado por el organismo, la emisión de la *conformidad ambiental* consiste en la verificación del *"cumplimiento de los requisitos ambientales establecidos en las normas ambientales vigentes"* (fs. 49).

Que, asimismo, dicho ente informó que actualmente una única modalidad de garantía posee su *conformidad ambiental*: el *seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva* (fs. 39). El mismo es comercializado en el mercado por un número reducido de empresas, a partir de adhesiones al producto aprobado.

Que, no obstante, siguiendo con lo informado por la SAyDS, se han presentado otras alternativas de garantía (*seguro de remediación ambiental bajo condiciones base reclamo*, *seguro de responsabilidad por daño ambiental por contaminación*, *responsabilidad civil por contaminación con condición claims made*, etcétera), cuya aprobación se encuentra bajo análisis (fs. 52).

Que, de acuerdo al *principio de progresividad* (art. 4º de la LGA), sería conveniente continuar y profundizar el proceso regulatorio relativo a la emisión de la *conformidad ambiental*. En particular, una reglamentación que explicite el alcance y los criterios que orienten y fundamenten su otorgamiento.

Que una norma específica sobre los plazos y el modo en que se examinan, evalúan y, en su caso, aprueban las modalidades de garantía, contribuiría a brindar previsibilidad al accionar de la administración pública, redundando en un fortalecimiento del instituto del *seguro ambiental* y la promoción de una mayor responsabilidad en la ejecución de las actividades productivas.

Que, cabe agregar, el art. 22 de la LGA no acota el campo de las garantías al *seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva* ya que da lugar a otras modalidades de seguros y a la integración de *fondos de restauración ambiental*. A su vez, las leyes y normas reglamentarias antes referidas, también prevén la posibilidad de utilizar otras modalidades.

Que, respecto a los aspectos ambientales de la regulación normativa, la Dirección de Normativa Ambiental de la SAyDS cuenta con competencia para *"elaborar proyectos de normas jurídicas en materia ambiental de acuerdo a la política pública desarrollada por la Secretaría"* (Resolución 58/2007 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Presidencia de la Nación, Anexo II, apartado SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES, DIRECCIÓN NACIONAL DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL, pto. 4).

Que, por su parte, la Comisión Asesora en Garantías Financieras y Ambientales (C.A.G.F.A.), creada por Resolución Conjunta SAyDS Nº 178/07 y SF Nº 12/07, e integrada por un miembro de cada uno de los organismos mencionados, posee competencia para "*analizar y formular propuestas referidas a: a) Las normas generales reguladoras de las condiciones contractuales de las pólizas de seguro de riesgo por daño ambiental; b) los requisitos mínimos necesarios y la instrumentación de su acreditación para la admisibilidad de los autoseguros, c) la instrumentación de los fondos de restauración a que se refiere el último párrafo del artículo 22 de la Ley Nº 25.675; d) otras cuestiones operativas relacionadas con la implementación de los seguros y fondos previstos por la Ley Nº 25.675*" (art. 2º).

Que, sin perjuicio de lo antedicho, en el año 2012 se produjo una modificación sustancial del ordenamiento jurídico relativo al *seguro ambiental.* Mediante Decreto Nacional Nº 1.638, se derogó el régimen descripto (art. 11) y se dispuso que, a fin de dar cumplimiento con la obligación prevista en el art. 22 de la LGA, los sujetos obligados pueden contratar dos tipos de seguro: a) el *Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva*; y b) el *Seguro de Responsabilidad por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva* (art. 1º).

Que, en virtud de ello, la SSN aprobó mediante Resolución Nº 37.160/2012, para todas las entidades aseguradoras, las condiciones generales de ambos tipos de seguros. La nueva reglamentación quitó el requisito de obtener una *conformidad*

ambiental de la SAyDS como instancia ineludible para la aprobación de los instrumentos de garantía.

Que la modificación normativa fue luego suspendida por resolución judicial. El Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 9, en el marco de la causa Nº 56.432/2012, caratulada "FUNDACIÓN MEDIO AMBIENTE c/EN – PEN- DTO. 1638/12- SSN-RESOL. 37160 s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO" dispuso *"la suspensión de los efectos del Decreto 1638/2012 y de la Resolución SSN 36.170/12* (sic) *y, en consecuencia, ordenar 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 artículo 22 de la Ley General del Ambiente- la conformidad ambiental otorgada por la SAyDS, 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"* (resolución de fecha 23/12/2012).

Que dicho pronunciamiento fue confirmado por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V, en fecha 29/01/2013. Asimismo, el tribunal de alzada rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (resolución del 30/04/2013).

Que contra las resoluciones antedichas la demandada interpuso un recurso de hecho por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta el presente el máximo tribunal no se ha expedido, trámite para el cual no se encuentra previsto un plazo cierto.

Que, en consecuencia, la *conformidad* de la SAyDS para la aprobación de planes de *seguro ambiental* es actualmente un requisito vigente para obtener la aprobación de los mismos.

Que la necesidad de contar con una reglamentación del instituto del *seguro ambiental* que contribuya al logro de una variada oferta de garantías permanece aun cuando eventualmente la CSJN haga lugar al recurso de hecho interpuesto,

como lo ha señalado el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) al afirmar la necesidad de continuar el proceso regulatorio de modo de propiciar la generación de una mayor y diversificada oferta de garantías financieras (Resolución N° 175/2009).

Que el proceso regulatorio que se requiere, debe tender a reforzar las herramientas existentes con miras a una tutela efectiva del ambiente, es decir, del bien jurídico *"que pertenece a la esfera social y transindividual"* (CSJN 20/06/2006, fallos 329:2316). Al respecto, es menester señalar que ello no es óbice para la contratación voluntaria, por parte de los interesados, de coberturas respecto de posibles daños sobre el patrimonio individual de las personas, las que, no obstante, no pueden alegarse como sustitutivas de los instrumentos de garantía del ambiente en su faz colectiva.

Que, por los motivos expuestos, se considera pertinente hacer saber a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y a la Superintendencia de Seguros, ambas del Poder Ejecutivo de la Nación, la necesidad de complementar y profundizar la reglamentación respecto al instituto del *seguro ambiental por daño de incidencia colectiva*, con miras a promover una oferta de garantías acorde a las necesidades inherentes a las actividades de riesgo ambiental que se realizan en el territorio nacional.

Que la presente se dicta en virtud del artículo 86 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, las atribuciones que emanan de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379, y la autorización conferida por los Sres. Presidentes de los bloques Unión Cívica Radical y Frente para la Victoria de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo del H. Congreso de la Nación.

DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

DEFENSOR DEL PUEBLO FOLIO N° 335

FOLIO N° 7

Por ello,

EL SECRETARIO GENERAL
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN
RESUELVE:

Art. 1º: Hacer saber a la SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA NACIÓN la conveniencia de reglamentar el procedimiento administrativo relativo al otorgamiento de *conformidades ambientales* a los instrumentos de garantía sometidos a su aprobación.

Art. 2º: Hacer saber a la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN la conveniencia de reglamentar el procedimiento administrativo para la presentación, evaluación y aprobación de la totalidad de los instrumentos de garantía previstos en la Resolución Conjunta SAyDS Nº 178/07 y SF Nº 12/07, la Resolución SAyDS Nº 177/2007 y la legislación vigente.

Art. 3º: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284 y archívese.

RESOLUCIÓN Nº 00008/14

Dr. CARLOS GUILLERMO HAQUIM
SECRETARIO GENERAL
DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION