

**LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO MEDIOAMBIENTAL Y SU
ASEGURAMIENTO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD
EUROPEA 2004/35/CE**

TATIANA ISAZA JARAMILLO

**Trabajo de grado presentado como requisito para obtener el grado de
Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros.**

Asesor: MATEO PELÁEZ

**MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
2007**

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | |
| Capitulo Primero: Régimen expuesto en la Directiva 2004/35/CE | 1 |
| 1.1. Daño Ambiental1 | |
| 1.2. Régimen de Responsabilidad | 4 |
| 1.3. Reparación del daño | 9 |
| 1.4. Legitimación por activa y pasiva | 12 |
| 1.5. Ámbito temporal de la ley | 14 |
| 1.6. Garantías Financieras | 14 |
| Capitulo Segundo: Esquemas de aseguramiento | 23 |
| 2.1. Seguros tradicionales | 26 |
| 2.2. Seguros especializados | 28 |
| Capitulo Tercero: Panorama colombiano | 35 |
| Conclusión | 39 |
| Bibliografía | 40 |

Resumen

En este artículo se hace un análisis de la directiva de la comunidad europea 2004/35/CE, que establece unos nuevos lineamientos de la responsabilidad por daño medioambiental, haciendo un especial énfasis en las garantías financieras que se establecen en esta norma, particularmente del seguro.

El seguro como instrumento para la transferencia de riesgos, es la herramienta más idónea para cumplir con la finalidad de garantizar las obligaciones impuestas por la directiva. De esta manera el mercado asegurador europeo debe ajustar sus esquemas para adecuarlos a las exigencias de la norma.

En paralelo a los avances que en materia medioambiental se han desarrollado en Europa, la legislación colombiana y el mercado asegurador del país se muestran lentos a asimilar los cambios que la nueva dinámica mundial le ha impreso a la problemática ambiental.

Responsabilidad medioambiental, aseguramiento en el mercado Europeo, el panorama colombiano, directiva de la comunidad europea 2004/35/CE

Introducción

Después de una década de estudios e informes realizados por expertos como preámbulo a la estructuración de una norma, que estableciera un régimen sencillo pero a la vez riguroso de responsabilidad medioambiental¹, y paralelamente a la ocurrencia de importantes desastres ambientales, tales como, la ruptura de la balsa de lodos de la mina los Frailes en el sur de España,² o la contaminación del Danubio por un accidente en una planta

¹ En 1993 se entregó el primer informe que planteaba el panorama de la responsabilidad medioambiental en ese momento y sugería las directrices que en esta materia debía señalar la Comunidad Europea. Se discutía la insuficiencia del régimen de responsabilidad civil para atender la reparación del daño ambiental, dado que se trataría de un bien de connotación pública o colectiva. Igualmente, se señalaba la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad objetiva pero limitada a algunos eventos, dadas las implicaciones económicas que podía conllevar la consagración absoluta de una responsabilidad objetiva en este caso. Finalmente, advertía la posibilidad de utilizar los fondos de compensación, como una herramienta eficiente de reparación de los daños ambientales, dado su carácter difuso en muchos casos y la necesidad urgente de reparación, que se ve limitada por las demoras en la jurisdicción para resolver un asunto civil.

En 2000 se estructuró un nuevo informe, el libro blanco trató con detalle la posibilidad de establecer una directiva sobre responsabilidad ambiental y si bien se recogen en alguna medida los planteamientos del libro verde, este informe se distancia en dos puntos importantes, pues aunque se contempla la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad objetiva, se señala que la responsabilidad subjetiva puede ser más disuasiva de la contaminación ambiental, en cuanto supondría una mayor conciencia del operador sobre su riesgo y por ende de la diligencia que supone el cumplimiento de las normas que le imponen obligaciones en materia de seguridad industrial para prevenir afectaciones al medio ambiente. Adicionalmente, se establece que no se debería excluir de la directiva el tratamiento de los daños tradicionales, que son ordinariamente reclamados a través de la institución de la responsabilidad civil, en la medida en que se evitaría duplicidad de procesos y un trato heterogéneo en la reparación de los daños.

² “El muro de contención de la balsa de residuos se quebró a lo largo de 50 metros, y por la abertura se vertieron al entorno más de cinco millones de metros cúbicos de lodos y aguas ácidas con una alta concentración de metales en disolución. El accidente se produjo a unos 35 Kilómetros al oeste de Sevilla, cerca del parque Nacional Doñana, la mayor reserva ecológica de España. Las aguas residuales se vertieron a los ríos Frailes, Agrío y Guadiamar, contaminando en un área de cuarenta kilómetros, los ríos, las riberas y extensas zonas de cultivo..... En los trabajos de limpieza se retiraron unos doce millones de toneladas de suelo contaminado. Las indemnizaciones totales a raíz de esta rotura de balsa ascendieron a más de 180 millones de euros” Publicación de Swiss Re, El Reaseguro de los Daños Medioambientales, 2007.

agroquímica en Hungría³, se expidió en el 2004 la directiva 2004/235/CE que se encuentra en proceso de transposición al derecho interno de los países miembros de la Comunidad Europea.

Esta norma pretende clarificar el panorama de la responsabilidad medioambiental, señalando la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, sus elementos y tal vez el punto más importante, procura determinar la manera y las condiciones en las cuales se debe efectuar la reparación de los daños ambientales. La Directiva se sustenta en el principio “quien contamina paga”, que incluso se debe entender en el contexto de que mas que pagar, debe reparar; y para hacer efectivo este principio la norma señala que los estados deberán fomentar el desarrollo de alternativas financieras que permitan garantizar la reparación ambiental, dentro de estas alternativas se encuentra el seguro.

Las directrices señaladas por la norma comunitaria, no solo representan desafíos para los países miembros y las empresas que tendrán que acogerse a lo establecido en las mismas, también plantea para los aseguradores el reto de ajustar sus esquemas a las condiciones señaladas en la norma. Al respecto, veremos que ya se encuentran en el mercado algunos seguros específicos y existe el compromiso de ofrecer una verdadera alternativa de aseguramiento.

Igualmente, es importante resaltar que la transposición de la directiva a los derechos internos de cada uno de los estados miembros de la Comunidad Europea, implicará regulaciones adicionales a las contenidas en la misma. Por lo tanto, no solo se hará un análisis de la directiva, también se tomará como referencia el proyecto de ley que pretende transponerla al derecho interno español, teniendo en cuenta las particularidades que en este se regulan respecto de las garantías financieras.

³ “.. Se liberaron treinta toneladas de insecticida a consecuencia de un accidente en una empresa agroquímica en Hungría. La catástrofe ocasionó la muerte en el Danubio no sólo de numerosos microorganismos acuáticos, sino también de 200.000 peces, entre ellos toda la población de anguilas en una extensión de 400 Kilómetros.”
Publicación de Swiss Re, El Reaseguro de los Daños Medioambientales, 2007.

Como paralelo a la situación que se vive actualmente en Europa, se puede señalar que nuestra normatividad refleja en algunos apartes las tendencias mundiales, por ejemplo, en lo que se refiere a la objetivación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en aquellos casos en los que la actividad del responsable representa un mayor peligro de contaminación al mismo⁴. Sin embargo, no se encuentra una norma que regule en detalle la responsabilidad medioambiental y defina con claridad la forma en la que se debe realizar la reparación del daño ambiental, la cual, sin duda es fundamental para promover el desarrollo sostenible de nuestro país, y ponernos a tono con las tendencias mundiales, que no tardarán en ser exigencias para aquellas empresas que quieren llegar o lleguen a mercados internacionales.

Por otra parte, debido a la ausencia de una norma como la mencionada, que logre jalonar cambios en la gestión y transferencia del riesgo medioambiental, nuestro sector asegurador ha sido renuente a considerar cambios en sus esquemas tradicionales de aseguramiento.

Partiendo del panorama anterior se realizará en principio una descripción y breve análisis de los puntos mas importantes de la directiva, haciendo una especial mención a la regulación sobre la garantía financiera, para lo cual nos detendremos en el proyecto de ley, que pretende transponer la directiva al derecho interno español; a renglón seguido, se explorarán las alternativas de aseguramiento que ofrece el mercado europeo, especialmente el español. Como colofón de este artículo, se hará un recuento de la normatividad que puede regular esta materia en nuestro país, así como, las propuestas de aseguramiento que ofrece nuestro mercado.

⁴ Alguna parte de la doctrina, entre ellos el Dr. Javier Tamayo sustenta en el artículo 669 del Código Civil, que establece el derecho de propiedad la obligatoriedad de pagar los daños que se causen con el bien del cual se es propietario. Adicionalmente, normas como la ley 23 de 1973, establecen algunos lineamientos de Responsabilidad objetiva.

Capítulo Primero: Régimen expuesto en la Directiva 2004/35/CE

En primer término, es importante aclarar que la directiva como su denominación lo señala, pretende establecer directrices respecto de la responsabilidad por daño medioambiental, se trata de una norma de mínimos; por ello, cuando los estados transponen la norma a sus derechos internos pueden contemplar regulaciones aún más rigurosas a las establecidas en esta norma marco, incluso en algunos aspectos del asunto regulado, la directiva simplemente recomienda el tratamiento que se podría dar a los mismos, pero da plena libertad a los estados para hacerlo.

Teniendo en cuenta la precisión anterior, la directiva se desarrolla de forma general alrededor de seis temas fundamentales, define que se entenderá por daño ambiental, para después señalar el régimen de responsabilidad aplicable, las formas de reparación del daño, los sujetos activos y pasivos de esta responsabilidad, el ámbito de validez temporal de la misma y las garantías financieras.

1.1. Daño Ambiental

Ante las diversas interpretaciones y alcances que le otorga la doctrina especializada al término daño ambiental¹, la directiva en su artículo segundo lo

¹ De forma general la definición de medio ambiente se ha ligado a la de recursos naturales y se ha concebido como el conjunto compuesto por la atmósfera, el suelo, el agua, la fauna y la flora. Sin embargo, algunos sectores de la doctrina amplían la definición, comprendiendo no solo a los recursos naturales, sino también a la interacción que el hombre tiene con ellos. En este sentido, Díez Picazo, en su libro de Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III; Madrid, 1995, pg. 46 señala "Se conoce por medio ambiente un conjunto de elementos naturales que determinan las características de un

define, limitando su alcance a los daños a las especies y hábitat naturales protegidos, las aguas y el suelo.

Como mencionamos con antelación, esta norma supone una regulación mínima; por ello, en su legislación interna los estados pueden extender su aplicación a otros recursos naturales, por ejemplo, según señala la doctrina española, en el proyecto de ley que pretende transponer la directiva a su derecho interno, también se incluyen las rías y las riberas de dichas rías y del mar. A decir verdad, realmente no parece introducir un elemento nuevo, pues finalmente el concepto de aguas comprendería a las rías, y las riberas coincidirían con el suelo aledaño a dichas fuentes hídricas. Se podría decir entonces, que más que una adición, el proyecto de ley española hace una aclaración adicional sobre la protección de dichos bienes.

Además de enunciar los recursos naturales a los que se les aplicará esta norma, la directiva se atreve a definir con las limitaciones que ello puede implicar, que se entenderá por daños a las aguas, a las especies silvestres, a los hábitats y al suelo². De estas definiciones, vale la pena destacar, que se utiliza un criterio de

lugar. Se encuentran entre ellos el medio ambiente atmosférico, la vegetación o flora y los factores que en un sentido muy amplio habría que llamar ecológicos, las características paisajísticas y también otras que puedan contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como pueden ser el silencio y la tranquilidad.”

² Artículo 2 de la Directiva: 1. Daño ambiental: a) los daños a las especies y hábitat naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitat o especies. El carácter significativo de dichos efectivos se evaluará en relación con el estado básico teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I..... b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión..... c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o subsuelo. 2. Daño: el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio

medida de los daños en el sentido de que produzcan efectos adversos significativos a los recursos naturales.

En lo que respecta a los hábitat y las especies silvestres en el anexo I de la directiva, se aclara el alcance del término mencionado, mientras que en lo que respecta al suelo y las aguas no se plantea ningún parámetro para determinar hasta donde un efecto adverso, se puede considerar significativo. Se agrega entonces un elemento de subjetividad e incertidumbre, generándose inmediatamente un interrogante, ¿Qué será significativo?, se pueden plantear muchos supuestos, por ejemplo, tratándose de las aguas, cambiar su coloración o su volumen, o si se trata de los suelos, cambiar sus propiedades de cultivo, ¿serán efectos adversos significativos?, en este punto las normas que realicen la transposición a los derechos internos pueden hacer un esfuerzo para brindar mayor claridad en este sentido.

Por otra parte, y como consecuencia de la definición de daño ambiental, se debe concluir que esta norma se concreta en la reparación de los daños al medio ambiente, entendido como el bien de carácter colectivo o si se quiere público, que tiene como titular a la colectividad y demanda una especial protección del estado, en otras palabras, la norma se concentra en la reparación de los daños ecológicos o ambientales puros; los daños consecuenciales o también llamados tradicionales, que se pueden causar como consecuencia de un daño puro, como los daños materiales o daños corporales que se le causen a terceros específicos o incluso a un grupo de personas determinado, no serían objeto de la regulación de esta norma.

medible a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente.

1.2. Régimen de Responsabilidad

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable se deben tocar dos aspectos:

- a. Si bien la directiva no señala expresamente que la responsabilidad medioambiental que se regula en ella es de carácter administrativa, establece que la acción se instaurará ante las autoridades competentes y las decisiones de esta autoridad podrán ser recurridas ante la jurisdicción, según se establezca en el derecho interno de cada estado.

Alrededor de este tema, se ha discutido por la doctrina europea que la figura de la responsabilidad civil no resulta del todo adecuada a las características del daño ambiental puro, dado que supone la relación entre una persona natural o jurídica que sufre un menoscabo en una situación que le resulta favorable, y tratándose de este daño por tratarse de la afectación de un bien colectivo, no se configuraría estrictamente esta relación³.

En concordancia con lo anterior, encontramos en la exposición de motivos del anteproyecto que pretende transponer la directiva europea al derecho

³ Sobre este punto podemos encontrar en la doctrina colombiana, mas concretamente en Juan Carlos Henao una posición contraria a la sostenida en parte de la doctrina europea, pero la cual, resulta pertinente en este caso, dado que brinda claridad sobre este tema “...pero mas importante, en relación con el presente escrito, es dejar en claro que el único sujeto de derecho es el ser humano y que dentro de su patrimonio – que es lo que se intenta dejar incólume gracias a la responsabilidad civil – se encuentra tanto su esfera propiamente individual como aquella social. Ambas esferas le pertenecen y dan lugar al nacimiento de los llamados de los tradicionales derechos individuales subjetivos así como al de los derechos colectivos, que por estar también en su patrimonio, son objeto de protección ante el advenimiento de un daño”. Ensayo, Responsabilidad del estado colombiano por daño ambiental, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Universidad Externado de Colombia, Agosto 2000 Santafe de Bogotá, Pág.133.

interno español, un señalamiento expreso de la responsabilidad aplicable en este caso.

“.....Se trata de un régimen administrativo, en la medida en que constituye un conjunto de potestades administrativas, con cuyo ejercicio la Administración Pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Se separa, pues, de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial”.

De esta manera, debemos entender que la responsabilidad medioambiental se circunscribe al campo administrativo, pero no con una sustentación clara sobre las características especiales del daño o del interés jurídico tutelado; se trata de una posición pragmática, que pretende facilitar el trámite de la reparación por mecanismos administrativos más ágiles que la jurisdicción.

- b. Por otro lado, tratándose del régimen de responsabilidad aplicable la directiva se sustenta en el principio “quien contamina paga”, en consecuencia, se establece un régimen objetivo de responsabilidad, siempre que el operador sea una industria de las enumeradas en el anexo III de la directiva, es decir, aquellas cuya actividad representa un mayor peligro de contaminación al medio ambiente.

Este es uno de los puntos centrales de la directiva, pues si bien en el derecho interno de algunos países se han consagrado normas que pueden regular ciertas actividades concretas, o incluso vía jurisprudencial, se da una aplicación extensiva a las normas de responsabilidad civil general, en las cuales se han recogido las tendencias de objetivación, la ventaja que representa esta norma, es la generalización y consagración expresa, libre

de toda discusión, del régimen de responsabilidad objetiva a todas las actividades que representan un riesgo ambiental especial y que se encuentran descritas en el anexo III de la directiva; tales como: gestión de residuos, como la recolección, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades; todos los vertidos en aguas interiores superficiales y los de aguas subterráneas; el vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas ; igualmente, la captación y el represamiento de aguas; también están las relacionadas con las actividades de fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de: sustancias peligrosas, los preparados peligrosos, los productos fitosanitarios y los biocidas; así como, la explotación de instalaciones industriales sujetas a una autorización de conformidad con la directiva relativa a la prevención, y al control integrado de la contaminación, en lo que respecta a la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la directiva mencionada; toda utilización confinada, incluido el transporte de microorganismos modificados genéticamente; toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente, el traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea y la gestión de los residuos de las industrias extractivas.

Vale la pena resaltar que todas estas actividades son reguladas por diferentes directivas o normas internas de los países miembros de la Comunidad Europea, y en la mayoría de los casos, se exige una autorización para poder comenzar la operación de las mismas.

Igualmente, resulta particular que a pesar de que la atmósfera no es uno de los recursos naturales protegido por la norma, sí se le aplica el régimen

objetivo y por ende la ley en toda su extensión, a las empresas que realizan la explotación de instalaciones sujetas a la directiva relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en lo que se refiere a la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la norma mencionada. Frente a estas actividades tendremos que entender que están incluidas, en cuanto, la contaminación a la atmósfera pueda generar adicionalmente daños a las aguas, el suelo, los hábitats o a las especies protegidas por la ley.

Tratándose de las empresas que no se encuentren en el anexo III de la directiva, la responsabilidad será subjetiva, aunque en este punto la norma circunscribe el alcance de su aplicación a los daños causados a las especies y hábitat naturales protegidos ⁴. Sin embargo, no se puede entender con ello, que estas empresas queden libres de toda responsabilidad cuando dañan las aguas o el suelo, indudablemente si contaminan el medio ambiente debido a una actuación negligente o intencional, se les podrá reclamar la reparación de los daños causados a estos elementos, pero en este caso, se deberá acudir a la legislación general de responsabilidad.

Por lo tanto, para evitar cualquier discusión sobre este punto, las normas internas de cada país, podrían clarificar la aplicación del régimen subjetivo, siempre que se afecte cualquiera de los recursos naturales protegidos por la directiva. De hecho, en el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español, se señala expresamente la extensión del régimen subjetivo para todas las empresas diferentes a las del anexo III,

⁴ Artículo 3, numeral 1. Se aplicará la presente Directiva: a los daños causados a las especies y hábitat naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.

en lo que se refiere a los daños a las especies y hábitat naturales protegidos, así como a las aguas y al suelo.

- c. La directiva no señala expresamente causales de exoneración, determina que los estados miembros podrán rembolsar a los operadores o no exigirles el pago de las medidas de reparación o prevención que se debieran incurrir por una contaminación medioambiental, si estos no han actuado con falta de diligencia y si dicha contaminación es resultado de emisiones o actuaciones explícitamente autorizadas, o si no es posible conocer el daño potencial de dichas emisiones o actos, cuando tuvieron lugar.

En el fondo excluye la responsabilidad por el riesgo del desarrollo, o cuando existe una causal justificante como el actuar bajo la autorización de una autoridad competente.

Adicionalmente, la directiva establece que no se aplicará para los daños que se generen como consecuencia de un conflicto armado o guerra, de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o si se derivan de actividades cuyo propósito sea la defensa nacional, la seguridad internacional o la protección contra desastres naturales y cuando se trata de la contaminación difusa, es decir, aquella en la cual no es posible establecer una cadena causal entre el daño ambiental y un hecho imputable a un causante concreto del mismo.

En este caso, la directiva excluye su aplicación en eventos en los cuales se constituye una causa extraña, y por ende, al existir otra cadena causal no se generaría responsabilidad para el presunto causante de la contaminación ambiental.

Finalmente, tampoco se aplicará la directiva en el caso de las contaminaciones nucleares o con hidrocarburos, pues estos supuestos son objeto de extensas regulaciones a través de otras directivas.

1.3. Reparación del daño

Tal vez el punto mas importante de la directiva y en el cual se pretende hacer mayor claridad, es el que se refiere, a la reparación del daño, lo que se pretende es que exista una verdadera reparación ambiental, y no la entrega de un suma de dinero, que en ocasiones no se invierte en programas de restauración ambiental, o que es insuficiente, pues la dificultad de estimar el valor económico de los bienes ambientales hace imposible valorar de forma justa el monto de la indemnización.

La directiva establece dos clases de acciones respecto del daño ambiental: una preventiva y otra reparadora; la preventiva supone que en los casos en los cuales sea inminente un daño medioambiental o aún cuando este ya haya comenzado a generarse, el operador deberá tomar todas las medidas para evitarlo o para aminorar sus efectos; si a pesar de estas medidas se produce el daño medioambiental, el operador estará obligado a reparar dicho daño.

A continuación se citan las clases de reparación que contempla la norma:

Formas de reparación:

“ Artículo 1, Anexo II:

Por lo que atañe a las aguas o a la especies silvestres y los hábitat, la reparación del daño ambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadores primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por:

- a) Primaria: Toda medida correctora que restituya o aproxime al máximo los recursos naturales dañados a su estado básico.*
- b) Complementaria: toda medida correctora adoptada en relación con los recursos naturales o los servicios de recursos naturales para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados.*
- c) Compensatoria: toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primara haya surtido todo su efecto. No consiste en una compensación financiera al público.*
- d) Pérdidas provisionales: Las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales o los servicios de los recursos naturales dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias.*

Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico que se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales.”

Tal y como se deja establecido en el artículo, existen tres tipos de reparación: la primaria que correspondería a la reparación in natura, la complementaria supondría un pago por equivalente, es decir, restablecer a un nivel similar recursos afectados, incluso en otro lugar alternativo. Y la compensatoria, consistiría en medidas provisionales para compensarle a la sociedad la imposibilidad de utilizar por ese lapso, los recursos naturales que están siendo reparados.

Si se trata del suelo, la directiva establece que se adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes, de tal modo, que el suelo deje de ser un riesgo para la salud humana. En esencia, no se establece con precisión cual sería la forma de reparación del suelo, en principio, se tendría que entender que la reparación supondría, que se remueva el suelo que esta contaminado; sin embargo, esto no garantiza la recuperación de este recurso natural, es posible que con ello se logre eliminar los residuos que puedan afectar la salud humana, pero en todo caso, el suelo pierda las características que le permiten el cultivo o la siembra de flora, y así, no se lograría realmente la reparación del medio ambiente.

1.4. Legitimación por activa y pasiva

Si bien se trata de un proceso administrativo que deberá iniciarse de oficio por la autoridad administrativa, también podrán solicitar a las autoridades que inicien este trámite aquellas personas que se verían afectadas por el daño ambiental, o quien tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental (como las organizaciones no gubernamentales que trabajen por la protección al medio ambiente).

Por otro lado, serán sujetos pasivos de esta acción, los operadores, es decir, cualquier persona física o jurídica, privada o pública que desempeñe una actividad económica o profesional, o que en virtud de cualquier título controle dicha actividad, o tenga un poder económico determinado sobre su funcionamiento técnico.

La directiva plantea una situación interesante, la extensión de la responsabilidad medioambiental a las entidades financiadoras de un proyecto o de una actividad específica, en principio, esto supondría un mayor respaldo económico de cara a afrontar una reparación ambiental, al verse expuesto no solo el patrimonio del operador sino también el del financiador de la actividad.

En la práctica esta norma representará un mayor esfuerzo de prevención y cuidado ambiental, pues a los controles que debe realizar el operador se sumarán los del financiador, quien tendrá especial cuidado en verificar el tratamiento que se le da al riesgo ambiental en el proyecto que financia.

Aunque no es novedosa la vinculación de los financiadores a reclamaciones, la consagración expresa ya no deja ninguna duda, y por ello, las entidades

financieras, deberán considerar con mucha seriedad el riesgo ambiental que están adquiriendo a través de los “Project Finance” tan actuales; o aún más, en los renting de proyectos de montaje de instalaciones como las plantas solares o eólicas, en los cuales el mantenimiento y control técnico de los equipos, les corresponde por disposiciones contractuales en la generalidad de los casos.

Igualmente, cuando el operador haga parte de un grupo de sociedades, la responsabilidad podrá extenderse a la sociedad dominante si se aprecia una utilización abusiva de la persona jurídica o fraude a la ley.

Finalmente, se debe mencionar que por ejemplo, en la norma que pretende transponer la directiva al derecho interno español se extiende la responsabilidad de forma subsidiaria a los directores, gestores y administradores de las personas jurídicas, siempre que su conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas. Se plantea así, otra fuente importante de reclamaciones para los directivos de las empresas, que claramente podrán ser responsables por la contaminación medioambiental que le sea imputable a sus empresas. Sin embargo, se debe considerar que vía regulación se tendrá que decantar mucho mas esta norma, pues si se entiende en su sentido literal, podría significar, que si la responsabilidad de las empresas sería objetiva, los directivos terminarán respondiendo subsidiariamente con sus patrimonios por responsabilidades de carácter objetivo; dado que la norma solo menciona que su conducta haya sido determinante en la responsabilidad de la empresa, no establece que esta conducta haya debido ser culposa o negligente. Así las cosas, si el director general de una empresa papelera, autoriza la instalación de una caldera de recuperación y tiempo después, por la inestabilidad propia de estos equipos, explota generando un daño medioambiental, este directivo cuyo comportamiento parece libre de cualquier falta de diligencia, tendría que responder subsidiariamente al operador.

1.5. Ámbito temporal de la ley

Esta ley solo produce efectos desde el momento que se hace la transposición al derecho interno de cada país, y no aplicará si los daños se manifiestan 30 años después desde que tuvo lugar la emisión o el incidente que los causó, y este plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última más vez la emisión.

La amplitud de este término reconoce que los daños ambientales pueden manifestarse mucho tiempo después del momento en que se da la emisión o vertimiento que los genera. Sin embargo, va en contravía a las tendencias de reducción de los términos de prescripción de las acciones en materia de responsabilidad, y deja a las empresas vinculadas a una reclamación por un tiempo, que incluso, en ocasiones puede exceder la existencia de las mismas.

Adicionalmente se señala que si el estado incurre en gastos de prevención o reparación del daño ambiental, contará con 5 años para iniciar las acciones de reembolso necesarias contra el operador de la actividad causante del daño.

1.6. Garantías Financieras

Uno de los puntos más novedosos de la directiva, pero en el cual se queda corta la regulación, es el que se refiere a la garantía financiera, pues hace una recomendación general, de la cual se desprende que los estados deben promover y facilitar iniciativas financieras tendientes a garantizar la reparación del daño ambiental, especialmente tratándose de las actividades relacionadas en el anexo III de la directiva. Sin embargo, no establece la obligatoriedad de las mismas, al

respecto señala, que antes del 2010 se presentará un informe donde se evalúe la eficacia de la directiva para la reparación del daño ambiental y el costo y condiciones que ofrecerían las aseguradoras para amparar esta responsabilidad.

Lo anterior, se explica en alguna medida en las gestiones que el mercado asegurador realizó para evitar que la directiva consagrara un seguro obligatorio, sustentando su negativa en la dificultad técnica de suscripción de este seguro y en la falta de estadísticas que permitirían hacer una correcta evaluación y análisis del riesgo. Sin embargo, como se mencionó con antelación esta es una norma de regulación mínima y algunos estados, entre ellos: Austria, España y República Checa, han establecido la obligatoriedad de otorgar una garantía financiera, entre las cuales se encuentra el seguro.

Para darnos una idea de la estructura y requisitos de esta garantía, tal y como mencionamos en la introducción a este artículo, tomaremos como referente lo regulado particularmente en el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español.

- a. Deberán otorgar la garantía financiera, los operadores que realizan actividades enumeradas en el anexo III de la directiva, que es el mismo del proyecto de ley.
- b. El límite máximo de la garantía financiera es veinte millones de euros.

Se establece una limitante a la garantía aún cuando la responsabilidad del operador es ilimitada. Adicionalmente, la cuantía mínima garantizada será determinada por la autoridad competente, según la intensidad y extensión del daño que pueda causar el desarrollo de la actividad específica, de acuerdo con criterios establecidos reglamentariamente.

El gobierno español se impone la competencia para determinar la intensidad y extensión del daño que se puede causar, lo cual resulta muy ambicioso, porque la mayor dificultad de esta responsabilidad es determinar la dimensión del daño ambiental y su coste.

c. Se puede optar por tres modalidades de garantías financieras:

- Aval.
- Seguro, que será complementado por un fondo administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros.⁵
- La constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo “ad hoc”, que se puede materializar en inversiones financieras respaldadas por el sector público.

Frente a las tres opciones, en principio se plantea el seguro como la más viable, por el conocimiento que ya tiene el mercado sobre el riesgo medioambiental, y porque para las empresas supone la transferencia del riesgo a unos costos que se podrían considerar razonables; mientras que el aval compromete la capacidad crediticia del operador y el fondo supone inmovilizar un capital importante, que podría mermar la liquidez o flujo de caja del operador.

⁵ “El Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda de España, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Las actividades del Consorcio se enmarcan en las funciones aseguradoras y no aseguradoras que tiene legalmente encomendadas. Respecto de las primeras cabe destacar su carácter subsidiario, siendo su actuación, por lo general, la de un asegurador directo para la cobertura de riesgos extraordinarios, medioambientales, agrarios y forestales o en defecto de participación del mercado privado para seguros de automóviles. También tiene la función propia de un Fondo de Garantía, cuando se dan determinadas circunstancias de falta de seguro, insolvencia del asegurador, etc.” <http://www.conorseguros.es/> 26 de septiembre de 2007, 8:45

Por lo anterior, nos concentramos en el análisis del seguro como la garantía financiera más factible económicamente hablando, para los operadores obligados a constituirla.

- d. La garantía deberá estar destinada específica y exclusivamente a cubrir la responsabilidad medioambiental del operador definida en la directiva, y que se derive de su actividad económica o profesional.
- e. El ámbito temporal de la garantía se puede limitar así:
 - El comienzo de la emisión causante de la contaminación, o de la situación de riesgo inminente de contaminación, sea identificado y se demuestre que ha ocurrido dentro del período de garantía.
 - Que la primera manifestación constatable de la contaminación, se haya producido dentro del período de garantía o dentro del plazo de tres años a contar desde la terminación de la misma, (se entiende por primera manifestación el momento en que se descubra por primera vez la existencia de una contaminación, tanto si se considera peligrosa o dañina, como sino lo es así).
 - Que la reclamación al operador por la contaminación, haya tenido lugar dentro del periodo de garantía o dentro del plazo de tres años a contar desde la terminación de la misma.

En cuanto a este punto podemos concluir, que se establece un sistema de contratación mixto, es decir, que la contaminación o la situación contaminante debe suceder durante la vigencia de la garantía y sus

efectos, así como la reclamación deben ocurrir durante la misma vigencia o durante los 3 años siguientes.

El ámbito temporal parece bastante corto, si entendemos que la manifestación del daño puede darse en un lapso amplio, que incluso según la directiva puede ser de 30 años, dejando así un vacío importante frente a la protección que se pretende con la garantía.

f. La contaminación amparada deber ser producida de forma accidental, aleatoria y extraordinaria, y no puede ser:

- Intencionada.

- Como consecuencia normal y prevista de la posesión de edificios o equipos.

- Como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, ocurrido dentro del recinto en el que se lleva a cabo dicha actividad o en el ámbito geográfico para el que la actividad ha sido autorizada.

- Por desconocimiento de la normativa obligatoria a la actividad asegurada tanto en materia medioambiental como en cualquier otra materia.

- Por mala utilización consciente o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las instalaciones o mecanismos y sus componentes.

Sobre estas exclusiones vale la pena mencionar que el hecho de que se consagre una responsabilidad objetiva para los operadores, no significa que ellos no puedan actuar de forma negligente, de hecho, si son responsables

actuando con sujeción a todas las normas y siendo diligentes en su actividad (por ejemplo, en el mantenimiento y reparación de sus equipos), con mayor razón lo serán cuando desconozcan las normas o cometan una culpa. Ahora bien, los seguros excluyen la actuación intencional y en ese orden de ideas, el desconocimiento de una normativa obligatoria de forma intencional, implicaría la exclusión de la cobertura del seguro, pero no tiene sentido que se establezcan estas exclusiones cuando el desconocimiento de la norma sea culposo. En este punto, el proyecto de ley permite una limitación importante a la cobertura del seguro obligatorio.

De igual manera, el proyecto de ley establece la exclusión de la cobertura para la contaminación que sea consecuencia de la actividad ordinaria del asegurado, el asegurador solo está obligado a amparar la contaminación accidental y extraordinaria.

g. Están exentos de estas garantías:

- Los operadores de actividades susceptibles de causar daños, cuya reparación sea inferior a 300.000 euros.

Definir que los daños máximos que puede causar un agente, sean menores de 300.000 euros, resulta a simple vista complejo, dada la dificultad que en ocasiones reviste la previsión de cuáles serían los daños y el valor que los mismos podrían llegar a alcanzar.

- Los operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe entre 300.000 y 2.000.000 de euros, siempre que estén adheridos permanentemente al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

El sistema de gestión y auditoría ambientales no tiene previsto la estimación de la intensidad de los daños, por eso, aun cuando se sigan medidas de gestión del riesgo de acuerdo con el sistema comunitario, se puede tratar de una actividad que represente un riesgo de tal magnitud y peligrosidad para el medio ambiente, que los daños fácilmente superen los 2.000.000 de euros.

- Las actividades que supongan la utilización de productos fitosanitarios y biocidas, con fines agropecuarios y forestales.

- h. El gobierno español antes del 31 de diciembre de 2008, aprobará mediante Real Decreto el método de evaluación del daño, a efectos de establecer la cuantía de la garantía financiera, y a partir del 2010 se tendría que comenzar a implementar.

El Pool Español de Riesgos Medioambientales ⁶, cuenta con 4 años para modificar sus cláusulas y adecuar las coberturas de las pólizas de las aseguradoras que lo componen, a lo establecido en esta norma. Esto no obsta, para que desde ya las industrias estén interesadas en adquirir este seguro, pues si bien la garantía solo es exigible desde 2010, la

⁶ Teniendo en cuenta las dificultades de cobertura de la responsabilidad ambiental, la presión de la normatividad, que por ejemplo, en el caso de la ley de residuos tóxicos y peligrosos de 1985 y su desarrollo reglamentario, establecían la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad, y frente a la necesidad de hacer un tratamiento más profesional de este riesgo, que les permitiera a las aseguradoras ofrecer un producto más ajustado a las necesidades del mercado, pero a la vez suscrito bajo unos criterios técnicos; en 1994 se constituyó el POOL ESPAÑOL DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES (PERM) una agrupación de interés económico, que se materializa en un acuerdo de suscripción entre diversas entidades aseguradoras y reaseguradoras, quienes aportan su capacidad para asumir conjuntamente estos riesgos. El POOL tiene como función primordial, dar un soporte técnico para la suscripción del riesgo, de allí que se encargue de analizar las condiciones del mismo, en cada empresa solicitante del seguro. Igualmente, en el se centraliza la gestión, administración y control de estos seguros.

responsabilidad ambiental es exigible desde el inicio de la vigencia de la ley.

- i. Se creará un fondo administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros que estará destinado fundamentalmente a prolongar la cobertura de las responsabilidades aseguradas en la póliza original, para daños que habiéndose causado en la vigencia del seguro se reclamen después de los plazos de vigencia o de reclamación de la misma, por un número de años igual al que estuvo vigente la póliza de seguro. Igualmente, se ampararán con este fondo las indemnizaciones que no sean cubiertas por la aseguradora, por haber sido disuelta, declarada en concurso o encontrarse en un proceso de insolvencia.

Por otra parte, se creará un fondo estatal para cubrir los costos derivados de medidas de prevención, evitación y reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal, para los casos en que la causa del daño sea objeto expreso de una autorización administrativa o para los riesgos del desarrollo; este fondo se gestionará por el Ministerio del Medio Ambiente.

La creación de estos fondos, de alguna manera refleja tendencias de países como Estados Unidos, en los cuales, la responsabilidad ambiental es pagada por fondos subsidiados, a través de aportaciones realizadas por las empresas de un sector específico de la industria, con ello, se pretende una indemnización ágil, sin las demoras o dilaciones que pueden implicar los litigios de responsabilidad, o incluso a veces los tramites ante la aseguradora.

Indudablemente, la mayor experiencia del mercado asegurador español, respecto del aseguramiento de este riesgo, que se ve reflejada en la suscripción especializada a través del Pool español de riesgos medioambientales, y el

consenso que logro el gobierno Español con los representantes del mercado, para limitar el monto máximo de la garantía, fue determinante en la definición de la obligatoriedad de la misma.

Si bien es cierto que solo en tres países se ha establecido la obligatoriedad de la garantía⁷, es indudable, que la consagración expresa del nuevo régimen demandará del mercado asegurador y financiero en general una herramienta de protección patrimonial para los operadores que pueden verse expuestos a este régimen. Teniendo en cuenta la mayor viabilidad financiera del seguro, consideramos que gran parte de la oferta de estas garantías surgirá del mercado asegurador; sin embargo, es importante anotar que el aseguramiento del riesgo medioambiental en los términos que plantea la directiva, supone una revisión minuciosa de las condiciones y esquemas de aseguramiento actuales.

De conformidad con lo anterior, a continuación, se hará un análisis de los esquemas que ofrece actualmente el mercado, resaltando los puntos que pueden representar mayor dificultad de cobertura.

⁷ España, Austria y República Checa.

Capítulo Segundo: Esquemas de aseguramiento

Actualmente en el mercado asegurador europeo es posible identificar una cobertura para la contaminación ambiental, que se denomina tradicional, pues está comprendida como un amparo o incluso como la excepción a una exclusión, en los seguros de responsabilidad civil general. Igualmente, se pueden encontrar coberturas más específicas, que normalmente son contratadas a través de entes especializados en la suscripción de este riesgo, como sucede en Francia con Assurpol, en Italia con el Pool Inquinamento, en Alemania a través del modelo de responsabilidad civil medioambiental la GDV (Asociación General Alemana de Entidades Aseguradoras), en Holanda Mas-pool y en España con el Pool español de riesgos medioambientales.

El gran desafío de las aseguradoras será ajustar sus esquemas actuales de aseguramiento de la contaminación ambiental, especialmente en tres puntos: amparar una responsabilidad administrativa o pública, cubrir toda clase de daños medioambientales, incluso los causados por una contaminación paulatina, porque la directiva no hace excepción alguna sobre ellos, y contemplar dentro de sus prestaciones todas las clases de reparación y medidas de prevención a las cuales se vería obligado el asegurado.

- a. En consecuencia con lo anterior, no resultaría tan difícil para el asegurador cambiar su cobertura de responsabilidad civil, por una responsabilidad de carácter administrativa o pública, pues finalmente, la diferencia entre ambas resultaría aparente si entendemos que el objetivo de ambas es reparar un daño, solo que en el caso de la responsabilidad civil se puede individualizar al afectado y en la responsabilidad medioambiental los afectados son una colectividad.

En este caso, sería posible complementar la cobertura de responsabilidad civil con la de la responsabilidad pública medioambiental. Esto, siempre y cuando, no exista una regulación específica como la española, que establece la exclusividad de la garantía para la protección de la responsabilidad medioambiental regulada en la directiva.

- b. En relación con el daño medioambiental, sí se presentan más problemáticas, pues por un lado, la cobertura ordinaria en las pólizas hace referencia a los daños ambientales consecuenciales, ello en consonancia con que se trata de una responsabilidad civil y por ende, se amparan los daños materiales o lesiones corporales que se causen a los terceros por la contaminación ambiental.

De acuerdo con lo señalado en la directiva, se tendrían que amparar los daños medioambientales puros, es decir, la afectación al bien público, que hasta ahora, normalmente es excluido expresamente de las coberturas, o es excepcionalmente amparado en seguros muy especializados.

Tal vez el punto más problemático es la cobertura de los daños ambientales causados por una contaminación paulatina, por ejemplo, el daño al suelo y a las aguas por vertimientos reiterados de productos tóxicos, pues en ese sentido las aseguradoras han manifestado su negativa a amparar esta clase de contaminación, dada la dificultad de determinar el momento del siniestro y por consiguiente, cual sería la vigencia afectada. Sin embargo, el aseguramiento de esta contaminación podría comportar una dificultad en otro sentido y es el hecho de si al ser paulatina, se trata de una contaminación generada por la actividad ordinaria del asegurado, lo cual podría eliminar la incertidumbre que es necesaria en el contrato de seguros como elemento esencial del riesgo.

Actualmente, se cubre la contaminación que proviene de un hecho accidental y repentino, entendiéndose por tal, un evento que no es previsto por el asegurado y se da en un solo momento, de forma extraordinaria. En este caso, la aseguradora puede determinar más fácilmente el momento del siniestro, y elimina las discusiones sobre la incertidumbre del riesgo.

También dificulta el análisis, la distinción entre las causas de la contaminación y los efectos de la misma, pues se considera que la causa de una contaminación puede ser paulatina, emisiones reiteradas de gases combustibles y tóxicos, y sus efectos repentinos, producto de una de las emisiones se genera una explosión que afecta al medio ambiente, o ser paulatinos, afectación de la atmósfera generando un deterioro progresivo de la fauna local. Así mismo, la causa puede ser accidental, el golpe de un vehículo en una tubería de petróleo que genera una grieta, con efectos paulatinos, si la grieta es pequeña y no es detectada, afectará lentamente al suelo, la fauna y flora del lugar, o repentinos, producto del golpe y de la grieta se genera una explosión que daña inmediatamente los recursos naturales del lugar.

Por ejemplo, en la regulación que se hace en el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español, se señala que se debe amparar la contaminación que provenga de una causa accidental, aun cuando sus efectos sean paulatinos, siempre que su primera manifestación se haya dado durante la vigencia de la garantía o tres años mas.

- c. Finalmente, el otro punto sobre el cual se pueden encontrar dificultades en la suscripción, es el referente a las prestaciones a cargo del asegurado.

Amparar los gastos preventivos o tendientes a evitar la contaminación ambiental, puede resultar extraño al seguro, pues la obligación principal del asegurador, que consiste en pagar el siniestro, está sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva, esto es, que se materialice el riesgo asegurado y se produzca la consecuencia dañosa que es el siniestro; en este caso, el asegurador pagará unas sumas de dinero para evitar que ese siniestro se realice, en estricto sentido esta ligando su obligación indemnizatoria a otra condición, no que se realice el daño, sino que este sea inminente y se deban tomar medidas para evitarlo.

En segundo lugar, cuando se produzca la contaminación, la reparación podrá ser primaria, complementaria o compensatoria, todas estas clases de reparación suponen la dificultad de determinar el alcance de las mismas para cada recurso natural afectado.

Teniendo en cuenta lo planteado podemos abordar los esquemas actuales de aseguramiento.

2.1. Seguros tradicionales

En principio la cobertura del riesgo medioambiental, entendido en sentido amplio, se puede encontrar amparada en los seguros de responsabilidad civil general, siempre que figure expresamente a través de una condición especial, pues normalmente en los condicionados generales figura como una exclusión.

Podemos encontrar la cobertura redactada en los siguientes términos:

“En modificación parcial de la Cláusula Quinta, apartado e) de las Condiciones generales, queda amparada la Responsabilidad Civil del asegurado por la contaminación del suelo, las aguas o la atmósfera, siempre que su causa sea accidental, súbita, no prevista ni esperada por el Asegurado.

(Clausulado de la Aseguradora Hannover International)

Este esquema de aseguramiento tiene las siguientes características:

- a. Solo cubre la responsabilidad civil, y por lo tanto, sanciones de carácter administrativo, como multas o medidas de evitación y prevención de daños, que sean impuestas por autoridad administrativa, no estarían amparadas.
- b. Ampara las reclamaciones por daños medioambientales consecutivos; no se ampararían los daños medioambientales puros, es decir, que si la mina contamina el río del cual se sirven los criaderos de truchas, el seguro pagará el valor de las truchas muertas y los gastos necesarios para volver a restablecer el criadero, los gastos que la autoridad competente determine como necesarios para restablecer la flora y fauna del río y volverlo al estado previo a la contaminación ambiental, no estarían amparados por el seguro.
- c. Cubre la responsabilidad cuya causa sea accidental, súbita e imprevista para el asegurado. Pero adicionalmente, en los condicionados de algunas aseguradoras, los daños cubiertos también deben ser repentinos, pues se establecen plazos muy cortos de manifestación de los mismos.

Igualmente, en ocasiones se limita la cobertura a plazos para notificar el accidente, con la problemática de que si este se presenta en una zona

apartada y solo se evidencia en un lapso superior al contemplado en la cobertura, no se ampararía la contaminación.

- d. Se establece de forma general, la exclusión de incumplimiento de leyes, reglamentos, disposiciones, medidas impuestas por la autoridad; siendo esta una exclusión bastante amplia y que afecta en gran número de casos la cobertura del seguro, porque normalmente cuando se produce una contaminación, esta lleva consigo el incumplimiento de una norma; y en muchos casos, este incumplimiento no será deliberado o intencional, pero el solo hecho de que se discuta la desatención de la norma, implicará el no pago de la indemnización.

Como mencionamos en el punto referente a la garantía financiera, esta exclusión, por ejemplo, esta contemplada en el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español, y es bastante contradictoria, porque en todos los eventos de responsabilidad con culpa, si bien habrá responsabilidad, puede que el seguro no cubra alegando esta exclusión.

Podemos concluir que este esquema tradicional de aseguramiento, se distancia en gran medida de las características y requisitos que se deben tener en cuenta para amparar la responsabilidad medioambiental contemplada en la directiva.

2.2. Seguros especializados

Recapitulando lo señalado en la introducción de este aparte, estos seguros han sido diseñados por entes especializados, con la finalidad de brindar una cobertura

más completa del riesgo medioambiental. Se trata de seguros que se contratan como complemento a la cobertura de responsabilidad civil que suscriben las empresas, para asegurar el riesgo de su actividad comercial.

Al respecto podemos encontrar seguros de responsabilidad en estricto sentido, que en términos generales se caracterizan por cubrir la responsabilidad civil por daño medioambiental, indemnizando los daños consecuenciales a un daño ecológico puro; sin embargo, cuentan con coberturas complementarias para gastos de prevención de una contaminación ambiental y algunas de sus prestaciones suponen la reparación del recurso natural dañado siempre que con ello se repare el daño causado al tercero. Igualmente, se caracterizan por cubrir la contaminación causada de forma accidental y repentina, aunque sus efectos pueden ser paulatinos o repentinos.

Como referencia de esta clase de seguros, podemos analizar las características del seguro de responsabilidad medioambiental que se puede contratar a través del Pool español de riesgos medioambientales, y que incluso fue tenido en cuenta como base, para establecer los requisitos de la garantía financiera que se deberá otorgar de acuerdo con lo establecido por el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español, y por ello, se tratará de analizar en ese contexto.

- a. Se asegura la responsabilidad civil, por haber causado o poder causar daños a terceros como consecuencia de una contaminación asegurada; por lo tanto, se cubre no solo el daño si no las medidas para evitar la ocurrencia del mismo.

La cobertura de las medidas de evitación del daño resulta muy interesante para la protección del medio ambiente, porque pretende que se aminore o impida la causación del daño, y también lo es para el asegurador que se puede evitar el pago de un siniestro mayor.

- b. Se cubren los daños que se causen por contaminación originada en la actividad del asegurado, siempre que se produzca de forma accidental y extraordinaria, además se puede contratar una cobertura de efectos repentinos o una de efectos graduales.

Recapitulando los condicionamientos señalados por el proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español, la garantía financiera deberá cubrir la contaminación extraordinaria o accidental y la primera manifestación de la contaminación se debe presentar durante la vigencia o por tres años más, en otras palabras, el proyecto de ley trató de ajustar sus exigencias a la cobertura que ya otorga el Pool, por eso, aunque el operador puede ser responsable de la contaminación causada tanto de forma paulatina como accidental, el seguro obligatorio solo deberá amparar la responsabilidad por contaminación causada en el último caso

- c. Los daños indemnizables a través de este seguro, son los perjuicios patrimoniales y morales que se causen como consecuencia de daños corporales, materiales, y puros, derivados de una contaminación. Hasta este punto podemos concluir que se trata de una cobertura amplia de responsabilidad civil; sin embargo, la especialidad de este seguro, es la cobertura de los daños a los elementos naturales, es decir, la destrucción, deterioro o pérdida de calidad o utilidad de la tierra, el agua o el aire, o de animales o plantas que no pertenezcan a personas concretas, así como el deterioro o destrucción de sus hábitat o de las condiciones necesarias para su reproducción.

Al cubrirse los daños a los elementos naturales se encuadra la cobertura en la responsabilidad medioambiental tratada en la directiva, por lo tanto, en este punto los ajustes al seguro, solo estarían encaminados a eliminar la cobertura de los daños diferentes a los elementos naturales, por ejemplo, en el caso de los operadores españoles, pues en su proyecto de ley, se

señala que esta garantía debe ser exclusiva de la responsabilidad medioambiental.

- d. Se aclara que la aseguradora pagará las indemnizaciones a que hubiera lugar por la responsabilidad civil del asegurado y que pretendan reparar el daño causado. Tratándose de los daños a los elementos naturales se garantiza el resarcimiento de los gastos necesarios para su limpieza y restauración, o su retirada y sustitución y los daños a la flora o fauna; en cuyo caso, se garantizan los gastos para la curación o reposición de especies y el restablecimiento de las condiciones necesarias para su vida y reproducción.

Adicionalmente, se señala que la reparación de estos bienes, " se efectuará únicamente en los casos en que sea técnicamente posible y en la medida y por el procedimiento que sea económicamente viable en términos de la relación coste-eficiencia y, como máximo hasta devolverlos al estado anterior a la Contaminación origen del siniestro."

En caso de no ser técnicamente posible o económicamente viable de reparación, en todo o en parte, se garantiza exclusivamente la indemnización de las cantidades que, en su caso, queden justificadas en concepto de pérdida de utilidad económica o de valor en el mercado de dichos bienes.

Por tanto, no se garantiza indemnización alguna por pérdida de valor ecológico, cultural, histórico, paisajístico o cualquier otro que no sea el valor de dichos bienes o elementos naturales dañados, en los términos expresados en los párrafos anteriores".

De estas condiciones se desprende que la cobertura actual comprende la reparación primaria, pero se limita a que sea viable, es decir, se debe hacer una valoración coste-eficiencia de las medidas para realizar esta

reparación, pues si estas resultan excesivamente costosas, la aseguradora optará por entregar una suma de dinero que corresponda a la estimación económica de los bienes dañados.

Lo anterior, nos permite concluir que bajo las condiciones actuales, las reparaciones complementarias y compensatorias no se contemplarían dentro de las prestaciones a las cuales se obliga el asegurador en esta póliza, y por ejemplo, si se siguen los lineamientos del proyecto de ley que pretende transponer la directiva al derecho interno español y la directiva, la aseguradora debería proporcionar su cobertura.

Por otra parte, los términos de la cobertura actual, reflejan una problemática relacionada con coste-beneficio de las medidas de reparación primarias, pues la directiva y el proyecto de ley señalan que solo se realizará la reparación complementaria, cuando no sea posible restituir el recurso natural al estado básico. Pero como se menciona con antelación en ocasiones devolver el recurso a su estado básico supone un costo tan alto, que hace cuestionable dicha reparación. Como las normas no establecen nada al respecto, serán las autoridades administrativas las encargadas de definir esta situación, pues también deberán viabilizar económicamente las medidas de reparación.

Como prestaciones adicionales en este seguro, la compañía se obliga a abonar los gastos en que deba incurrir el asegurado para detener o aminorar los daños de una contaminación que ya ha comenzado, siempre que dichos gastos no sean inoportunos o desproporcionados con el daño que se intenta aminorar. Así mismo, se obliga a reintegrar los gastos extraordinarios e imprevistos que haya tenido que efectuar el asegurado para evitar un daño inminente por contaminación ambiental.

Estas prestaciones especiales, también se ajustan a lo estipulado en el proyecto de ley, y pretenden una acción preventiva y de aminoración de las consecuencias dañosas de la contaminación ambiental. Sin embargo, el texto del clausulado, de nuevo nos presenta un problemática relacionada con el costo-eficiencia de estas medidas, la directiva y el proyecto de ley no establecen ninguna limitación, pero en la práctica necesariamente se tendrá que plantear hasta que punto se justifican y son viables económicamente hablando estas medidas, la autoridad administrativa, será la competente para determinar esta situación.

- e. En el seguro contratado a través del pool se establece una delimitación temporal de la cobertura que es prácticamente idéntica a la estipulada en el proyecto, solo se distancia en el término para que se manifiesten los efectos de la contaminación porque en el proyecto se señalan tres años y en la cobertura actual dos.

Como se había comentado, este término parece muy corto, si se tiene en cuenta que las manifestaciones de la contaminación ambiental pueden aparecer muchos años después de la misma. Sin embargo, esta limitación temporal se entiende en las tendencias del mercado asegurador para definir con prontitud los resultados de su ejercicio y definir con mayor precisión sus reservas técnicas.

Teniendo en cuenta todos los puntos desarrollados, se evidencia la diferencia entre el tratamiento tradicional de este riesgo y el que se le puede otorgar a través de este seguro especializado; si bien se deben realizar ajustes, especialmente en lo que se refiere a la cobertura de la reparación complementaria y compensatoria, y adicionalmente, procurar obtener alguna formula de aseguramiento para la contaminación causada de forma paulatina, sus condiciones reflejan en gran medida las características de la responsabilidad medioambiental contemplada en

la directiva, y por ello, facilitarán la constitución de la garantía financiera, como herramienta de protección adicional para la reparación del medio ambiente.

De forma adicional a los seguros de responsabilidad civil medioambiental especializados, también se pueden encontrar en el mercado otra clase de productos, que se concentran en coberturas más específicas relacionadas con la contaminación ambiental.

Por ejemplo, se pueden encontrar seguros de costos por descontaminación, que no son precisamente seguros de responsabilidad, de hecho se otorgan como coberturas adicionales a seguros de daños, y se contratan normalmente para cumplir con un requisito establecido por una autoridad administrativa, como una garantía para el pago de los costos de descontaminación histórica o futura del suelo de propiedad del asegurado.

Igualmente, se pueden contratar los seguros de “cleanup cost cap”, que pretenden amparar los gastos de descontaminación adicionales, para reparar contaminaciones inesperadas o no descubiertas, así como, cambios en la regulación medioambiental y otros fenómenos de la naturaleza que pueden llevar a exceder el presupuesto de descontaminación inicialmente considerado. En estos seguros normalmente se exige que los asegurados cuenten con planes y presupuestos de descontaminación y saneamiento revisados y autorizados por la autoridad competente.

Capítulo tercero: Panorama colombiano

En Colombia podemos encontrar que la protección al medio ambiente tiene rango constitucional, de hecho en el artículo 8 de la Constitución se señala que el estado debe exigir la reparación de los daños causados a los recursos naturales. Adicionalmente, debemos concordar la norma constitucional con lo establecido en la ley 23 de 1973 en su artículo 16, en el cual se señala:

“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado.”

Con base en esta norma, gran parte de la doctrina considera que en Colombia la responsabilidad ambiental es objetiva y también se sustenta en el principio “quien contamina paga”. Sin embargo, esta norma contempla dos supuestos de responsabilidad diferentes:

- a. El primero se encuadra en la protección de los recursos naturales de propiedad privada, bien sean dañados por el estado o por los particulares, en este caso, pareciera clara la responsabilidad objetiva, en cuanto, serán responsables quienes causen un daño como consecuencia de una acción contaminante, la cuál se puede desarrollar, bien de una forma intencional, culposa, totalmente involuntaria o aun diligente.

- b. Por otra parte, se contempla un segundo supuesto cuando se trate de recursos naturales de propiedad del Estado, en este evento se requiere de

un daño o uso inadecuado de los recursos naturales, este último punto es el que logra generar una confusión, pues si bien en principio, la mención de la causación de un daño al recurso natural por una actuación del particular nos lleva a la misma responsabilidad objetiva del primer supuesto, la referencia al uso inadecuado de los recursos, le agrega un elemento de subjetividad a la responsabilidad, pues se tendrá que determinar que es un uso adecuado o cuidadoso del medio ambiente y en contraposición que sería un uso negligente, descuidado o inadecuado del medio ambiente, en otras palabras, se tendría que demostrar una culpa del presunto responsable.

Por otra parte, es importante mencionar que esta norma no hace ninguna precisión o aporte respecto a la forma como se deberán indemnizar o reparar estos daños. Se deberá entonces acudir a las normas de la responsabilidad civil general para encontrar el tratamiento que se le dará a estos daños, lo cual no representa en principio una dificultad, si entendemos que aplica en Colombia el principio de reparación integral y que con base en él, se debería proceder a reparar el recurso natural afectado.

En 1998 se expidió la ley 472 que regula el ejercicio de las acciones populares y de grupo, si bien esta norma es procedimental, en tanto regula en detalle el procedimiento para ejercer estas acciones, es importante mencionarla, porque define al medio ambiente como un derecho colectivo cuya protección se puede promover a través de una acción popular, no solo para reparar el daño ya causado, sino para evitar un daño o aminorar uno que ya se este causando.

Tratando de seguir la línea normativa, y en procura de una protección más completa para el medio ambiente en 1999 se expidió la ley 491 que creaba un seguro ecológico obligatorio para algunas actividades. Desafortunadamente por la forma en la que fue concebido el seguro, no se logra una gran protección al medio ambiente.

- a. El objetivo del seguro es cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de los daños al medio ambiente.
- b. Es un seguro que puede contratarse bajo dos modalidades: Como un seguro de responsabilidad civil, de cuya cobertura se podrá excluir los daños causados por un acto meramente potestativo del asegurado, por dolo o culpa grave y adicionalmente, se puede establecer como exclusión la cobertura del daño ambiental puro.

También se puede contratar como un seguro de daños para amparar los perjuicios económicos determinados en sus bienes e intereses patrimoniales, que sean parte o consecuencia de daños ecológicos, producidos por un hecho accidental, súbito e imprevisto, por la acción de terceros o por causas naturales.

- c. Como seguro de responsabilidad civil será obligatorio para todas aquellas actividades humanas que le puedan causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental, de acuerdo con la ley y los reglamentos.
- d. Los beneficiarios serán los titulares de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes.

Cuando el beneficiario sea una entidad estatal el monto de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición, o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados. Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada.

Teniendo en cuenta las características mencionadas, podemos concluir que este seguro concentra su cobertura en los daños ambientales consecuenciales, está diseñado para indemnizar a los terceros o al estado cuando sufren perjuicios de carácter económico, de hecho solo cuando el beneficiario del seguro es el estado, está en obligación de destinar la indemnización a la reparación de los recursos afectados, en los demás casos los particulares no están obligados a utilizar la indemnización para reparar el recurso natural afectado.

En consecuencia, es un seguro que no refleja la especialidad del riesgo ambiental y solo indirectamente puede contribuir a la reparación del medio ambiente. Pero lo más grave es que el gobierno nacional no ha regulado hasta ahora este seguro, y en el mercado asegurador no es posible conseguir una póliza ecológica.

Hasta ahora la solución que al respecto otorga el mercado asegurador, se concentra en una cobertura normalmente contratada como condición particular o en algunos casos como la excepción a una exclusión general y que ampara perjuicios que se le causen a terceros como consecuencia de una contaminación ambiental accidental, súbita e imprevista. En ocasiones es un amparo sublimitado con pequeños montos, y siempre excluye el daño medioambiental puro, así que si no se presenta un daño consecuencial a un tercero, no se brindará ninguna clase de indemnización a la luz de estos seguros.

Conclusión

Frente a un panorama mundial que propugna cada vez más por una reparación integral del daño medioambiental, pero especialmente concentrado en el restablecimiento de los bienes colectivos, el mercado asegurador mundial ha reaccionado para proporcionar herramientas que permitan hacer viable económicamente para las empresas, la reparación de estos daños. En Colombia, no somos ajenos al riesgo ambiental y a pesar de que nuestra normatividad no ha profundizado tanto en la regulación de esta responsabilidad, existen herramientas jurídicas para promover la reparación del daño ambiental; en ese orden de ideas, el mercado asegurador colombiano, que no es ajeno e independiente del mercado internacional, puede promover la inclusión de productos especializados para la responsabilidad ambiental, ajustando sus esquemas tradicionales de aseguramiento, para promover no solo la protección de las empresas que se pueden ver envueltas en esta responsabilidad, sino también como lo hacen a nivel mundial las aseguradoras, la toma de medidas preventivas y de gestión del riesgo ambiental por parte de las empresas.

Bibliografía

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio “La reparación de los daños al medio ambiente” Editorial Arazandi, Carlos III Pamplona 1996.

LOZANO CUTANDA, Blanca “Derecho Ambiental Administrativo” Editorial. Dykinson, Sexta edición, Madrid 2005.

HENAO, Juan Carlos. Ensayo de “La Responsabilidad del Estado por daño ambiental”. Responsabilidad por daños al medio ambiente, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2000, Pág 127-201.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Editorial Diké, Medellín enero 2001, Pág.29-38.

AMAYA NAVAS, Oscar Dario. Ensayo de “Marco legal en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente en Colombia-una propuesta normativa-“ Universidad Externado de Colombia, agosto de 2000, Pág 15-33.

DEPARTAMENTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, MAPFRE Industrial, “Manual del seguro de Responsabilidad Civil”, Editorial MAPFRE S.A., Madrid 2005.

DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, Observatorio Medioambiental, Volumen 5, 2002.

GARCÍA LÓPEZ, Tania, “El principio de la reparación del daño ambiental en el derecho internacional público y en la unión europea”. Doctrina.

PARRA LUCÁN, Maria Ángeles “El derecho civil del medio ambiente”. Doctrina.

MÜNCHENER RÜCK, “ Nueva responsabilidad civil medioambiental “, Topics 2, 2002.

CEA, Insurers of Europe, “ CEA white paper on insurability of environmental liability” January 2007.

YANGUAS MONTERO, Guillermina, “ Luces y sombras de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental”. Pág. 35-54.

SALVADOR, Pedro y otros. “Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental” Indret 4/00. Pág.1-32.

DE HERAS HERRÁIZ, José Luís. “Aseguramiento de la Responsabilidad Civil por Contaminación en España”. Análisis, Pág. 29-36.

DE HERAS HERRÁIZ, José Luís. “La responsabilidad medioambiental, nueva normativa”. VI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguros, INESE, Noviembre 2006.

GUTIERREZ SANCHEZ CARO, Manuel, Ponente. Sentencia proferida por La Audiencia Provincial de Toledo. Sección primera, sobre “ Fuga de hidrocarburos que contamina un pozo de agua colindante. SAP de TOLEDO del 2 de junio de 2005.

Diez Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III; Madrid, 1995, pg. 46

Anteproyecto de la ley de responsabilidad medioambiental, Ministerio de Medio Ambiente Español, versión 8 de marzo.

Directiva 2004/35/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la reparación y reparación de daños medioambientales.

Ley 491 del 13 de enero de 1999, del seguro ecológico de Colombia.

Ley 23 del 12 de diciembre de 1973, por la cual se conceden facultades extraordinarias al presidente de la república para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.

Condiciones generales y especiales del seguro de responsabilidad civil por daños y perjuicios por contaminación, Modalidad primera (contaminación repentina), Modalidad segunda (contaminación gradual), y Transporte terrestre en vehículos controlados por el asegurado (contaminación gradual). POOL ESPAÑOL DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES.

<http://www.swissre.com/> El seguro de los daños medioambientales, Technical Publishing Casualty 2007. 20 de julio de 2007, 1.00 p.m.

<http://www.mediaseguros.org/files/pdf/Seguro%20de%20Responsabilidad%20Civil%20Ambiental.pdf?PHPSESSID=293b1dc84e192b599996f5615ee30902>, 27 de septiembre 2007 10.00 pm.

<http://www.environmentalinsurance.com/ss02.html>, 27 de septiembre 2007 10.00 pm.

<http://www.tragsatec.es/esp/central.asp?emp=tqtec&pag=pre>, 20 de julio de 2007, 2.00 pm.