

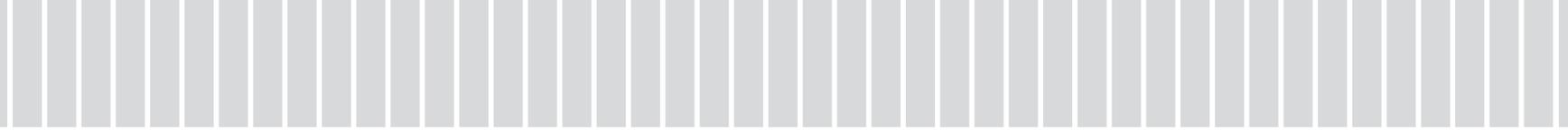
‘Erika

o ¿una nueva era
de responsabilidad?



Innumerables personalidades, en Europa y en el mundo entero, celebraron el veredicto de la Justicia sobre el caso del ‘Erika’. No es tanto por los elevados importes como por el hecho de que se hayan tenido en cuenta los daños causados al patrimonio natural. ¿Qué cabe pensar sobre ello?

CORDON PRESS



FRANÇOIS SETTEMBRINO

Risk Management

La declaración de uno de los abogados de Total, de la que se deduce que el sector petrolero mundial tiene interés en estudiar urgentemente la forma tan singular que tiene Francia de entender el transporte marítimo, da que pensar. Veamos por qué. Como consecuencia de algunas contaminaciones y de varias mareas negras, las grandes petroleras han modificado sus formas de transportar su caro (muy caro) oro negro. En efecto, la mayor parte de los grandes grupos petroleros disponían de una impresionante flota marítima propia y eran, por tanto, responsables de los barcos de los que eran propietarios. Algunos accidentes sufridos repercutieron aún más en la opinión pública por cuanto los barcos iban siendo cada vez mayores. De ahí que en las petroleras surgiera, según algunos, el temor a que su imagen y su reputación se vieran profundamente empañadas. En esa época, las flotas de las petroleras fueron desapareciendo poco a poco y el transporte fue contratado con armadores ajenos a las mismas.

Los armadores, en virtud del derecho marítimo, se convertían en los únicos responsables.

Si por casualidad ocurría algún siniestro, la petrolera ya no era responsable. Para descartar cualquier discusión, no operaba nada más que con sociedades que sólo utilizaran barcos provistos de un certificado de navegabilidad válido, lo cual quedaba consignado por escrito. Los armadores interesados en este transporte debían ajustar sus precios para ser seleccionados. Pero únicamente se pueden adecuar los precios haciendo economías; por ejemplo, manteniendo en servicio viejos barcos que, a falta de pintura, no se sostenían más que por la herrumbre. Había que tener en cuenta las

certificaciones, no dirigiéndose en lo posible más que a las sociedades de inspección menos puntillasas y menos roñosas; un obsequio arreglaba a veces bastantes cosas y todo el mundo estaba contento, empezando por las petroleras, que tenían un transporte cada vez menos oneroso, y continuando por los armadores y los intermediarios, que tenían trabajo.

Hasta ahora, debido a diferentes episodios de contaminación, las sentencias dictadas por numerosos tribunales solamente tenían en cuenta los perjuicios materiales, y por tanto financieros, sufridos por las víctimas. Todo lo demás, al no ser evaluable y no pertenecer a nadie, no merecía ninguna compensación. Pero las ideas han evolucionado debido a un profundo y generalizado cambio de mentalidad. Se le ha bautizado como principio de precaución y se podría temer que su aplicación demasiado estricta signifique una paralización del progreso científico. Como el futuro no se puede nunca predecir, más vale por tanto no arriesgar nada... Hubiera sido mejor bautizarlo con otro nombre, llamándolo más bien principio de prudencia y de prevención. Para muchos, es además así como han entendido, y en cierto modo han interpretado, el principio de precaución.

Todo esto se recoge en la sentencia dictada. Se debe valorar la calidad intrínseca de los medios de transporte propuestos, pues el producto transportado no es nada inocente. Total es, por tanto, condenada por una falta de imprudencia cometida en la elección del transportista; la sentencia dice claramente que la operación debería haberse rechazado a causa del riesgo tan elevado de un barco demasiado viejo. No hablemos del armador y del gestor del barco, pues si había alguien que podía estar al corriente no podían ser más que ellos. Pero, en su descargo, está la aprobación de la sociedad internacional de certificación. Estamos en nuestro derecho a preguntar si las ventas y reventas sucesivas del barco no tenían como razón primera el embarullar las pistas.

Todo este mundillo ha sido pues condenado, pero una apelación puede todavía complicar las cosas. Sea



CORDON PRESS

HASTA AHORA, LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SÓLO TENÍAN EN CUENTA LOS PERJUICIOS MATERIALES, Y POR TANTO FINANCIEROS, SUFRIDOS POR LAS VÍCTIMAS. TODO LO DEMÁS NO MERECE COMPENSACIÓN. LA SENTENCIA DEL «CASO ERIKA» HA VARIADO ESA REALIDAD JURÍDICA.

lo que fuere, por fin se han tenido en cuenta los daños causados a la naturaleza. ¿Acaso resulta esto tan novedoso? No lo parece, puesto que un simple particular puede ganar pleitos por contaminación ambiental, sonora, odorífera o incluso por atentados contra el paisaje. Verdaderamente, no hay mucha diferencia con los daños ecológicos, que causan a la comunidad perjuicios tan reales como éstos, aunque difíciles de evaluar.

¿Qué podemos pensar de todo lo que antecede? La primera reflexión que nos viene a la mente es que resulta un poco corto esconderse detrás del derecho marítimo. Éste se estableció en una época en la que las cosas eran muy diferentes. Cuando el barco transpor-

tador se iba a pique, solamente lo sufrían el propietario de la nave y los propietarios de las mercancías transportadas. Cuando un granelero se hundía, los peces eran los que se beneficiaban. Las máquinas y los metales de la época se enmohecían tranquilamente en el fondo de los mares y el armazón de los barcos se convertía rápidamente en lugar de descanso o de estancia para la fauna submarina, para los peces y demás moluscos. La situación actual es muy diferente: se transportan tanto productos altamente tóxicos como maquinaria llena de metales pesados e incluso petróleo. Las víctimas ya no son solamente los propietarios, pues éstos aún tienen seguros (¿por cuánto tiempo?), sino que es todo el medio ambiente, humano y ecológico principalmente, el que sufre.

La reciente sentencia viene a corregir todas estas injusticias y anuncia otra manera de ver las cosas. Veremos lo que hay que pensar de todo esto, a la vista del *Companies Act 2006*.

¿Cuál sería la situación de los dirigentes de las petroleras si se dictara una sentencia en un caso similar al del *Erika* bajo el efecto del *Companies Act 2006*?. Esta legislación entró en vigor en el Reino Unido el 1 de octubre de 2007, pero puede ocasionar un verdadero seísmo.

El *Companies Act* consta de 200 secciones que sustituyen la aplicación de la *common law*, que hasta ahora

era ley y era interpretada en el transcurso de los tiempos a la luz de las sentencias dictadas. Esta jurisprudencia acaba así de ser sustituida por prescripciones detalladas, codificadas y de estricta interpretación, tanto más estricta por cuanto éstas van al detalle. Los dirigentes de las empresas se encuentran por tanto frente a unos grandes cambios, y tendrán que adaptarse a ellos. Esto no quiere decir que la jurisprudencia vaya a desparecer, sino que ésta ya no podrá cambiar nada de las reglas establecidas. Estas últimas no han suprimido las reglas antiguas, sino que las han especificado.

Hablemos primero de los poderes atribuidos a los dirigentes. Estos famosos poderes se definen en los estatutos de la propia sociedad. En efecto, los estatutos dicen lo que se puede y lo que no se puede hacer. En cualquier decisión el dirigente debe, por lo tanto, asegurarse de que no infringe los poderes otorgados y de que actúa según las reglas. Cuando las petroleras deciden no operar para sus transportes más que con terceras personas, ¿los que tomaron la decisión tenían los poderes necesarios?

Los administradores no pueden delegar sus poderes. Incluso si el caso en estudio requiere la opinión de expertos en la materia, le corresponde al administrador seguir su propio parecer. Esta cuestión ya surgió con motivo de los trabajos en la empresa para preparar el



CORDON PRESS

LA SENTENCIA PONE DE MANIFIESTO QUE LAS VÍCTIMAS DE UN DESASTRE MARÍTIMO YA NO SON SOLAMENTE LOS PROPIETARIOS DEL BUQUE SINIESTRADO, SIN QUE ES TODO EL MEDIO AMBIENTE, HUMANO Y ECOLÓGICO PRINCIPALMENTE, EL QUE SUFRE LAS CONSECUENCIAS



paso al año 2000. Ocurrió que ningún administrador tenía competencias específicas en informática; quien o quienes debían tratar esa cuestión podían hacerse asesorar por expertos, pero éstos nunca tenían poder de decisión. Del mismo modo, las petroleras están permanentemente enfrentadas a elecciones difíciles. Por ejemplo, ¿sólo hay que confiar el transporte a armadores que dispongan de barcos con doble casco? Las cantidades transportadas son menores y, por lo tanto, el coste es más elevado. También se pueden elegir barcos de gran tonelaje, pero su calado puede entonces impedirles entrar en algunos puertos. Aquí también es sumamente deseable la opinión de los expertos, pero el o los administradores nunca podrán cargarles con la responsabilidad de la decisión. Su parecer es el único que prima.

Hay que abolir los conflictos de intereses. El dirigente no puede aceptar situaciones en las que su interés se opone al de su empresa. Con esta misma idea, deben evitarse todas las situaciones en las que un regalo o cualquier otro beneficio podría utilizarse para influir en la decisión. Al Consejo le corresponde el papel de determinar lo que es aceptable. Sin embargo, entramos en una zona de gran imprecisión. Aunque se esté aún lejos de algún tipo de corrupción, ¿dónde hay que



LOS ADMINISTRADORES DE LAS PETROLERAS NO PUEDEN DELEGAR EN LOS EXPERTOS SUS PODERES PARA DECIDIR SOBRE CUESTIONES RELATIVAS AL MODO DE TRANSPORTAR SUS PRODUCTOS. LA RESPONSABILIDAD DE LA DECISIÓN FINAL DEBE SER SIEMPRE SUYA.

pararse? Cuando negocio un asunto calculado en millones de euros, ¿pueden pagarme mi estancia en un hotel de lujo durante el tiempo que duren las negociaciones? Todo es una cuestión de medida y los casos publicados periódicamente por la prensa alcanzan cotas más que sospechosas; deben resolverlos los tribunales.

Será suficiente con que un solo accionista, aunque sea privado y muy pequeño, presente una demanda para que sea admitida por los tribunales. Corresponde re-

solver a los tribunales. Imaginemos el caso de un pequeño accionista que decide demandar a un dirigente de una petrolera por una razón no fútil y que el juez acepta que se inicie la acción. La situación del dirigente se hará pronto incómoda ya que los accionistas no necesitan de mayoría para actuar.

Sobre todo después de algunas controversias un tanto impresionantes que hemos conocido, los auditores no han dejado de obtener, por acuerdo entre las partes, una limitación de su responsabilidad. Esto está muy bien para ellos, pero una vez más son los dirigentes de la empresa auditada los que vuelven a estar en primera línea. Hay que esperar para ver.

El mayor cambio se refiere a la obligación ya no sólo de velar por los intereses de la sociedad administrada, lo cual está lejos de ser nuevo, sino también de no tener como objetivo más que el éxito de la empresa. Lo más difícil de creer radica en que por primera vez se hace que intervenga la duración en las preocupaciones de los administradores. El éxito, o más bien la búsqueda del éxito, no puede ocultar las obligaciones frente al personal, a los clientes, a la comunidad entera y, lógicamente, frente al medio ambiente. Con toda seguridad, es en esta nueva expresión de las obligaciones de los dirigentes en la que se sitúa la gran novedad. Antes, los intereses de la entidad consistían en tener accionistas felices y no se era demasiado considerado o se estaba francamente ciego con los despidos de trabajadores y su impacto en la comunidad en su conjunto, o con los atentados contra el medio ambiente. Solamente contaban los resultados y, bajo la influencia de financieros cortos de vista, los resultados inmediatos tenían preferencia. Esta nueva manera de ver las cosas forma parte de la bien llamada *Corporate Governance*, pero es que además está incluida en una legislación muy detallada. Si, en un momento u otro, los administradores son acusados de no haber tenido esto en cuenta, tendrán que demostrar que los intereses de todos han sido realmente considerados, incluso si no coincidían con el interés inmediato de su entidad. En caso contrario, serán considerados responsables.

Para el *Erika*, la sentencia dictada en Francia no está lejos del mismo enfoque. Cuando se encarga el transporte de una materia que presenta peligros, hay que preocuparse del futuro incluso cuando el transportista es considerado a priori como responsable. Pero desde que se transportan materias, productos y materiales extremadamente nocivos, no se podía seguir, honestamente, con las antiguas reglas. Las mareas negras, de infausta memoria, han conmocionado a la opinión pública, y los legisladores y los jueces han hecho el resto. Como siempre, un desbarajuste así ha llevado su tiempo. Bajo el efecto del *Companies Act*, un juicio ante una corte británica habría tenido probablemente el mismo desenlace que el juicio francés.

Para uniformizar todo esto, es probable que Europa, en la Comisión o en el Parlamento, acabe por promulgar unas reglas aplicables en todas partes. Si se compara el concepto de *Corporate Governance* que se tiene en Bélgica con el que se tiene en Gran Bretaña, se da uno cuenta de que estamos todavía lejos de lo que habría que hacer; paciencia, ya se llegará a ello.

La enseñanza más relevante es, como se ha dicho más arriba, la inclusión de la duración en las decisiones que se adoptan. Pero en la duración hay que incluir los intereses del personal, de los clientes, de los proveedores, de los co-contratantes y de los subcontratantes, sin olvidar que la empresa debe comportarse como una ciudadana. Esto no es todo, pues los dirigentes deben también velar por la buena imagen y por la reputación de su empresa y adaptar su comportamiento a la misma. Lo que es totalmente nuevo es la obligación de preocuparse por el medio ambiente, que se había considerado como que no pertenecía a nadie, sin indemnización posible, cuando de hecho pertenece a todo el mundo. Por esta sola razón, las regiones y municipios son indemnizados por los perjuicios sufridos, por ejemplo, por su imagen; es decir, unas playas cubiertas de fuel no atraen a los veraneantes. De este modo, asociaciones más directamente relacionadas con la protección de la naturaleza, como WWF y otras, han recibido indemnizaciones.



PARA UNIFORMIZAR TODOS LOS ASPECTOS SOBRE RESPONSABILIDADES EN CASO DE ACCIDENTE MARÍTIMO, ES PROBABLE QUE LA COMISIÓN O EL PARLAMENTO EUROPEO ACABEN POR PROMULGAR UNAS REGLAS QUE SEAN APLICABLES EN TODAS PARTES

Un ejemplo de que la duración y el paso del tiempo ya no pueden ocultarse nos llega de varias partes. Es así como los fabricantes de automóviles han conseguido utilizar en los vehículos un porcentaje cada vez más elevado de materiales reciclables, y no se esconden por ello. Ha acabado el tiempo en el que se consideraba que el comprador/propietario del vehículo se convertía en el único responsable. Por el contrario, existe una preocupación cada vez mayor por los productos que tienen un ciclo de vida; la clasificación selectiva de cualquier particular es un excelente ejemplo de ello.

Las categorías de altos dirigentes tienen diferentes nombres, según un país u otro: administradores, *bestuurders*, *directors*, *officers*, *Vorstand Mitglied*, etc. De hecho, no es el nombre lo que importa, sino que lo que cuenta es únicamente la función dirigente. Los administradores y dirigentes ya no pueden contar con que sus empresas se hagan cargo *ad vitam* del coste de los procedimientos en caso de que se presente una demanda contra ellos, ni con que paguen las indemnizaciones en su lugar. De ahora en adelante, les hace falta asegurarse, cueste lo que cueste, de que tienen las coberturas adecuadas, incluida una protección suficiente de su patrimonio personal, frente a terceros y frente a su propia empresa. Es evidente que los términos y condiciones de los contratos de seguro deben examinarse con lupa para no caer en una falta de cobertura, de exclusión o de prescripción. Pocas compañías de seguros ofrecen coberturas amplias, y las que lo hacen exigen primas cuyo importe corre el riesgo de asustar a más de uno.

El *Companies Act* comprende más de doscientos artículos diferentes y no hemos abordado más que algunos de ellos relacionados con el presente artículo. ¿Cuándo tendremos este nuevo código? Nadie lo sabe, pero es mejor ir preparándose para ello. ■