

La responsabilidad medioambiental y las garantías financieras: el régimen portugués y el ejemplo español como para otros mercados



La génesis de la responsabilidad medioambiental tuvo lugar en Estados Unidos y desde allí se extendió a Europa. Hoy podemos decir que es una cuestión mundial y numerosos países, ya sea de Asia, Latinoamérica o incluso África, están creando su propia normativa para la prevención y reparación de los daños al medio ambiente. En la segunda parte de este artículo se realiza un recorrido por algunos de los países, pertenecientes a las 'economías emergentes', que han desarrollado recientemente una legislación para afrontar las responsabilidades ambientales; y en los que, con certeza, la experiencia europea, en general, y la ibérica, en particular, pueden tener un importante papel en el diseño de soluciones.

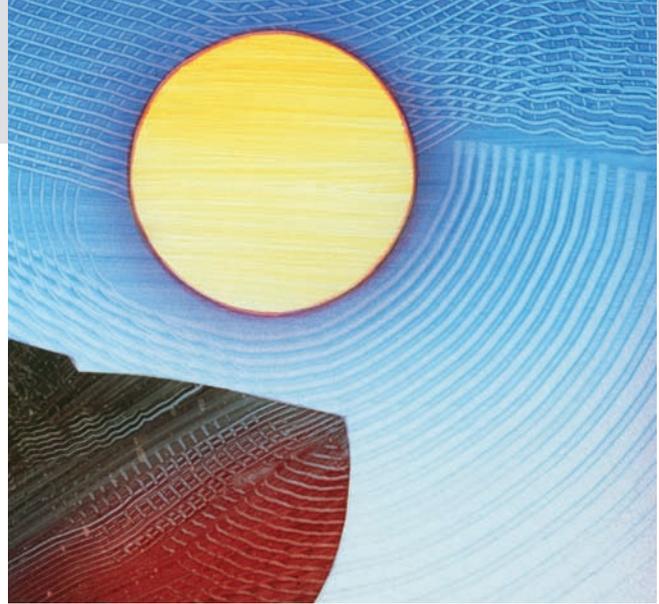
PAULA RIOS
MDS

ANA SALGUEIRO
Doctora en Ingeniería Ambiental – Consultora independiente

referencia



ILLUSTRATION STOCK



BRASIL, NORMAS COMPLETAS

Brasil es hoy un mercado con gran potencial donde todo está sucediendo. Sobre la evolución de la responsabilidad medioambiental en este país, la abogada Ivy Cassa destaca que «las normas brasileñas sobre esta cuestión son bastante completas, siguiendo las tendencias internacionales, como demuestran la Ley de la Política Nacional de Medio Ambiente (Ley 6938/81), la Constitución Federal de 1988 (que incluyó el medio ambiente en la lista de derechos fundamentales) y la Ley de los Crímenes Medioambientales (Ley 9605/98)».

Además, para Cassa, a pesar de que todavía no exista «ninguna regulación de las entidades de Seguros —el *Conselho Nacional e Seguros Privados* (CNSP) o la *Superintendência de Seguros Privados* (SUSEP)—, ni tampoco obligación de constitución de garantías financieras para la responsabilidad medioambiental, el Congreso brasileño tramita, desde 2003, el Proyecto de Ley 2313, que, entre otras disposiciones, propone la inclusión en la lista de seguros obligatorios del seguro de responsabilidad civil para la persona, física o jurídica, que ejerza actividades económicas potencialmente causantes de degradación medioambiental, con el fin de hacer frente a los daños a las personas y al medio ambiente tanto en zonas urbanas como rurales».

«Así —explica la abogada brasileña—, este seguro haría frente a los daños medioambientales y a personas, a causa de radiación o contaminación producida por sustancias tóxicas o residuos. La garantía de daños personales incluiría indemnizaciones por muerte, invalidez, asistencia médica y complementos; y en el caso de daños medioambientales estarían cubiertos los perjuicios causados a recursos naturales por accidentes o la

explotación agresiva. Quedan excluidas de la cobertura las multas y fianzas impuestas al que contamina. Además, este seguro se constituiría como un requisito fundamental para la concesión de permisos de operación para actividades con potencial riesgo para el medio ambiente».

Ivy Cassa considera que esta iniciativa es interesante «por la función social de este seguro, pero habrá que preguntarse, en el caso de que el proyecto sea aprobado, si la Ley tendrá eficacia o será tan solo un dispositivo sin aplicación práctica, ya sea por una cuestión cultural brasileña no compatible con la obligatoriedad de este tipo de seguro o por las propias dificultades que las aseguradoras pongan en lo que se refiere a la aceptación del riesgo».

Actualmente, manifiesta Cassa, «en el mercado, la garantía de responsabilidad por contaminación es casi siempre una garantía adicional de las pólizas de RC», aunque existan ya aseguradoras con nuevos productos específicos, como ACE.

En términos de potencial de mercado, añade, «de acuerdo a los datos de la SUSEP, el importe de primas pagadas por seguros (o coberturas) de responsabilidad medioambiental fue de 9 millones de reales en 2011 (alrededor de 4 millones de euros), con una siniestralidad de 500.000 reales (unos 220.000 euros). Estas cifras, como se puede comprobar, son muy modestas si se tiene en cuenta el potencial del mercado brasileño, que solo en 2010 ha sido de 125.000 millones de reales (cerca de 55.000 millones de euros)».

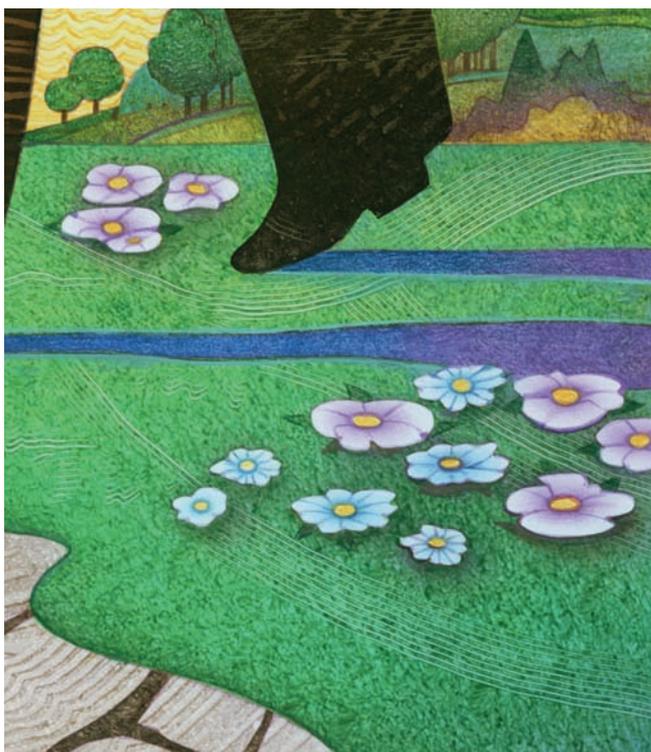


CON EL PROGRESO ECONÓMICO Y LA IMPLANTACIÓN EN BRASIL DE GRANDES GRUPOS EMPRESARIALES, LAS COMPAÑÍAS INTERNACIONALES CON 'EXPERTISE' EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL PODRÁN DESARROLLAR PRODUCTOS Y CRECER EN VOLUMEN DE PRIMAS

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que Brasil es hoy, como en muchos otros sectores, un mercado muy atractivo para los seguros medioambientales, y próximamente habrá desarrollos en esta materia. Con el progreso económico y la implantación en Brasil de grandes grupos empresariales, las compañías internacionales con *expertise* en este tema podrán desarrollar productos y crecer en volumen de primas.

ARGENTINA, UN EJEMPLO IMPORTANTE

Este país sudamericano ya tiene en vigor un régimen de seguro obligatorio de responsabilidad medioambiental –denominado Seguro Ambiental Obligatorio (SAO)–, en los términos que marca la Ley General de Medio Ambiente. La norma argentina exige a toda compañía que desarrolle una actividad que pueda causar daño al medio natural que disponga de una garantía que financie la reparación y los costes de limpieza.



Aunque la Ley no establece multas o penas, las autoridades gubernamentales no emitirán la certificación medioambiental a las compañías que no cumplan con los requisitos, de forma que no podrán operar legalmente en el país. Pero la realidad es bastante distinta, ya que muchas empresas no cuentan con esa garantía porque, hoy por hoy, se trata de un Seguro de Caución, y muy pocas compañías aseguradoras lo están ofreciendo.

Las entidades que desarrollen actividades de riesgo para el medio ambiente deben hacerse cargo (y garantizar esa responsabilidad) de remediar los daños al suelo y al agua resultantes de esas actividades. El SAO solo garantiza el inmediato cumplimiento de las obligaciones de reparación a favor del Estado, dado que el seguro funciona sin que sea necesario apurar responsabilidades (puesto que es un Seguro de Caución).

En 2008, la Superintendencia de Seguros de la Nación autorizó el primer Seguro de Caución por Daño Ambiental de Incidencia colectiva a una compañía local, concretamente a Prudencia.

Pero el sistema tiene sus problemas. Uno de ellos es la definición del riesgo asegurable, que desde sus inicios es descrito en la Ley como «toda alteración relevante que modifique negativamente el medio ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes y valores colectivos». Sin embargo, una resolución posterior agrega a la cobertura daños a las personas y a sus bienes, por lo que se puede prever que esta incertidumbre legal y contractual lleve a innecesarios pleitos judiciales.

La oferta es, asimismo, bastante reducida aunque la cobertura exista, ya que únicamente Prudencia ha podido aprobar una póliza y pocas compañías se han adherido a ese clausulado. De esta forma, no es posible un libre desarrollo del mercado de seguros medioambientales.

En otros países de la región latinoamericana este tema también está comenzando a desarrollarse, ya que existe una creciente opinión pública que cada vez presiona más para que se mejore la calidad del medio ambiente.

En general, en la región existe una buena legislación, pero todavía se aplica poco. En México, por ejemplo, encontramos también disposiciones de responsabilidad administrativa junto a las tradicionales de responsabilidad civil.

ÁFRICA: EL CASO DE ANGOLA

En el continente africano también encontramos un claro ejemplo de desarrollo de normativa sobre estas responsabilidades y la forma de garantizarlas: Angola. El Decreto Presidencial 194/11, de 7 de julio, aprobó la nueva regulación sobre responsabilidad por daños medioambientales. Su objetivo es «el establecimiento de la responsabilidad frente al riesgo y la degradación del medio ambiente, basada en el principio de ‘quien contamina, paga’, y la prevención y reparación de daños medioambientales; y se aplica a todas las actividades susceptibles de causar daños al medio ambiente».

Se trata de un régimen de responsabilidad objetiva que incluye daños al medio ambiente, pero también al Estado y a particulares. Exige la adopción de medidas de prevención y reparación; y establece no solo la contratación de garantías financieras, sino también la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

Las multas que contempla pueden llegar a ser muy elevadas (de 1.000 a 100 millones USD).

Esta Ley entró en vigor en julio de 2011, por lo que todavía es muy reciente y habrá que esperar a su implantación. Como comentario, podemos decir que recoge varios conceptos de la Directiva, aunque es muy diferente en el caso de definiciones. Pero es un mercado al que debemos estar atentos, sin ninguna duda, por sus oportunidades de desarrollo en esta área de negocio.

ASIA, TENDENCIA A ACTUALIZAR

En Asia, y especialmente en China, se tiende a actualizar la legislación medioambiental, reforzando al mismo tiempo la aplicación de la regulación ya existente. En China, por ejemplo, ya existe un régimen de responsabilidad objetiva desde hace años, pero no ha sido regulado debido a su enfoque en el desarrollo económico. Pero ahora se empieza a prestar una mayor atención a este tema debido a que las compañías multinacionales que se instalan allí quieren protección para estos riesgos. Lo mismo ocurre en varios países del Sudeste asiático.

PERSPECTIVAS EN ESPAÑA

En la primera parte del artículo pudimos constatar que en la península Ibérica existe un importante desarrollo en esta materia, aunque de forma algo diferente entre España y Portugal. Ambos países han transpuesto la Directiva con la obligatoriedad de las garantías financieras.

El mercado español se preocupó, desde el inicio del proceso, por el tema de la evaluación de los daños medioambientales. Miguel Ángel de la Calle, director técnico del *Pool* Español de Riesgo Medioambiental (PERM), transmite la opinión general de que estos riesgos «además de causar graves daños a nuestro ya maltrecho entorno, se caracterizan porque pueden comprometer la viabilidad y el futuro de las empresas causantes de los mismos».





«Para evitar ambas circunstancias –prosigue–, lo aconsejable es hacer una adecuada gestión de los riesgos ambientales, que debe comenzar por su análisis. Los diferentes análisis están recogidos dentro de la normativa española de responsabilidad ambiental, ligados al cálculo del límite de la garantía financiera en lugar de a la prevención de daños, que es su verdadera utilidad».

Y continúa: «Esta vinculación y el sistema de cálculo del límite de la garantía financiera contemplado obligan, además, a que dichos análisis deban ser cuantitativos (es decir, la probabilidad de cada uno de los posibles escenarios de riesgos debe expresarse en términos matemáticos), evitando la posibilidad de análisis de riesgos cualitativos y semi-cuantitativos (en los que solo se calcula matemáticamente la probabilidad del escenario o de los escenarios más significa-

tivos), mucho más sencillos y menos costosos, pero igualmente válidos para la gestión de riesgos».

De la Calle concluye que «para hacer efectivo lo expuesto, lo más adecuado es recoger el análisis de los riesgos dentro de una norma más preventiva, como es la correspondiente a la Autorización Ambiental Integrada, en la que encontrarán su verdadera razón de ser, la prevención, y eliminarlos de una norma reparadora como es la de responsabilidad ambiental».

De esta manera, para su valoración, según el director técnico del *Pool* Español de Riesgo Medioambiental, «bastaría con hacer referencia en sus análisis, mediante la herramienta MORA (Modelo de Oferta de Responsabilidad Ambiental), al escenario o los escenarios más significativos, que, además, serían los que se utilizaran para fijar el límite de la citada garantía financiera. Así se simplificaría el costoso sistema de fijación del límite de garantía, recogido en la actual normativa de responsabilidad ambiental».

En tiempos de crisis, como actualmente, quizá se deba reflexionar sobre si algunos procesos, aunque *ideales*, puedan suponer un coste excesivo, estando justificada una aproximación más pragmática.

Pero la verdad es que las garantías financieras irán convirtiéndose en obligatorias, según el orden de prioridad establecido por sectores de actividad (prioridad 1, del 1/07/2013 al 30/06/2014; prioridad 2, del 1/7/2014 al 30/06/2016, y prioridad 3, del 1/07/2016 al 30/06/2019).

Asimismo, algo muy significativo para este tema ha sido el cambio de la Ley Orgánica del Código Penal, que introduce por primera vez en España la posibilidad de imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que es especialmente relevante en delitos contra el medio ambiente.

De todas maneras, y aunque en realidad las garantías todavía no sean obligatorias, la conciencia del



AUNQUE LAS GARANTÍAS TODAVÍA NO SEAN OBLIGATORIAS, LA CONCIENCIA DEL MERCADO ESPAÑOL HA LLEVADO A UN CRECIMIENTO SOSTENIBLE DE LA CARTERA DE PRIMAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

mercado ha llevado a un crecimiento sostenible de la cartera de primas del seguro de responsabilidad medioambiental (en lo que concierne al PERM, el incremento acumulado de primas ha sido superior al 50%).

EL FUTURO EN PORTUGAL

En lo relativo al desarrollo de la aplicación del Decreto Ley 147/2008, de 29 julio, y la posterior publicación de la *Guía técnica para evaluación del daño medioambiental y amenaza inminente de daño medioambiental*, en Portugal se espera la próxima publicación de la *Guía para la constitución de la garantía financiera*. Esta guía incluirá una metodología de evaluación del riesgo con el objetivo de constituir la garantía financiera, el establecimiento de los valores mínimos para dichas garantías y, asimismo, la propuesta de exención de constitución de garantía para las actividades consideradas de bajo riesgo.

En este capítulo, la autoridad competente tiene como objetivo establecer dos niveles de complejidad de las actividades. Las del nivel C1 (bajo riesgo) estarán exentas de la obligatoriedad de constitución de garantía financiera, mientras que las del nivel C2 mantendrán esa obligación. Esta propuesta está siendo actualmente evaluada por el Ministerio de Medio Ambiente.

EN EL ENTORNO DE LA UE

La Comisión Europea (CE) ha emitido un informe sobre la eficacia de la Directiva y la disponibilidad de garantías financieras para la cobertura de las responsabilidades allí establecidas. La CE reconoce en este documento la escasa experiencia práctica sobre la imple-

mentación de la Directiva, lo que hace difícil obtener conclusiones concretas sobre su eficacia en lo que se refiere a la reparación de los daños medioambientales.

Con el fin de reducir estas limitaciones, la CE llevará a cabo un conjunto de iniciativas a lo largo de 2012, establecidas en el *workshop* denominado *Stakeholder and Practitioner on the Implementation of the ELD*, celebrado en noviembre de 2011. Las acciones previstas para el ejercicio en curso son las siguientes:

- 1.- El lanzamiento de un folleto explicativo sobre la Directiva.
- 2.- Poner a disposición de los Estados miembro contenidos para realizar acciones de formación sobre la Directiva.
- 3.- Explotar las vinculaciones entre la Directiva y otras disposiciones legales, como la Directiva de Hábitats y la Directiva Marco del Agua.
- 4.- La evaluación de aspectos adicionales relacionados con la evaluación del riesgo y la determinación de los niveles de riesgo de la industria en la UE o las actividades de más riesgo.
- 5.- La realización de un estudio exhaustivo sobre la posibilidad de creación de un fondo, o instrumentos similares, para hacer frente a la seguridad financiera/garantías financieras de las empresas e industrias europeas en el contexto de la Directiva.

Según una noticia de la Asociación Europea de Cementos (The European Cement Association, o CEMBUREAU), la CE, teniendo en cuenta los resultados de su informe de 2010, podrá reexaminar la opción de garantía financiera obligatoria antes de la revisión de la Directiva, prevista para el año 2014.

Este tema cobra una especial relevancia tras el accidente ocurrido el 4 de octubre de 2010 en Hungría en la empresa de producción de aluminio MAL (ver prime-



LA PRÓXIMA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL AMPLIARÁ LA DEFINICIÓN DE DAÑOS A LAS AGUAS MARINAS PARA ACABAR CON EL 'AGUJERO' SOBRE RESPONSABILIDAD POR OPERACIONES DE GAS Y PETRÓLEO 'OFFSHORE'

ra parte del informe). Enseguida se comprobó que la empresa disponía de un seguro con cobertura muy limitada y no adecuada al ámbito de las responsabilidades establecidas por la Directiva. El coste del siniestro será del orden de decenas de millones de euros.

Este accidente ha provocado una gran presión en el seno de la Unión Europea y los Estados miembro para que obliguen a sus industrias a obtener garantías financieras con coberturas adecuadas a sus riesgos y responsabilidades medioambientales.

Pero, además de las políticas ambientales de los países que forman parte de la UE y su forma de implementación de la Directiva, ante todo, las empresas deberán estar atentas y disponer de información técnicamente adecuada sobre sus potenciales responsabilidades medioambientales, adquiriendo la garantía financiera más adecuada a su propia necesidad.

AMPLIACIÓN DE LA DIRECTIVA

En cuanto a la evolución de la Directiva, Valerie Fogleman, especialista en Derecho Medioambiental y consultora de Stevens & Bolton LLP, sostiene que «en el próximo desarrollo se ampliará la definición de daños al agua, al incluir cualquier daño que afecte significativamente a las aguas marinas. La Comisión Europea ha propuesto esta modificación, el 27 de octubre de 2011, para acabar con el agujero sobre responsabilidad por daños causados a las aguas marinas por operaciones de gas y petróleo *offshore*. Los convenios

marítimos no garantizan estos daños ya que son aplicables a buques, y no a operaciones de este tipo».

Igualmente, para Fogleman, «la Comisión podrá proponer otras alteraciones de la Directiva, pero probablemente no lo hará hasta la emisión de su informe sobre la aplicación e implantación de la Directiva, el 30 de abril de 2014».

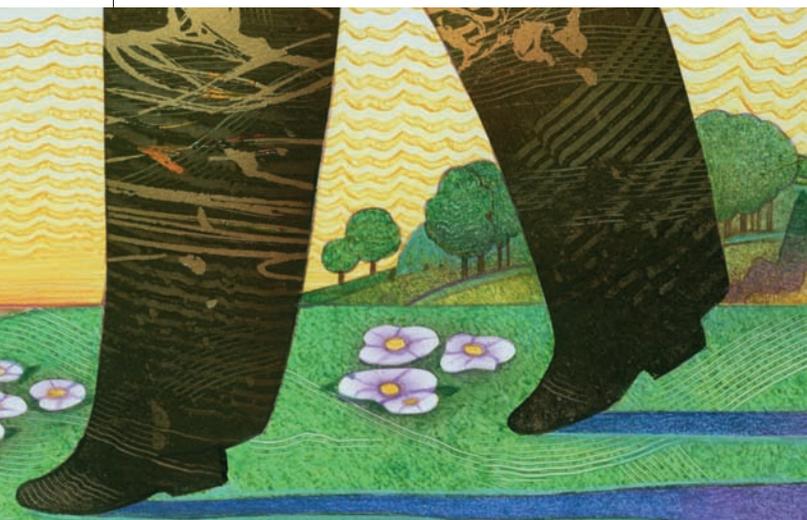
Sin embargo, esta ampliación podrá crear problemas al mercado, en desarrollo, de seguros medioambientales. El mismo 27 octubre de 2011, el CEA (*Comité Européen des Assurances*) defendió en un comunicado que «la extensión de la Directiva europea de responsabilidad medioambiental podrá tener efectos negativos, es decir, consecuencias dañinas para el mercado de seguros, como consecuencia de la ampliación del ámbito en lo relativo a las aguas marítimas».

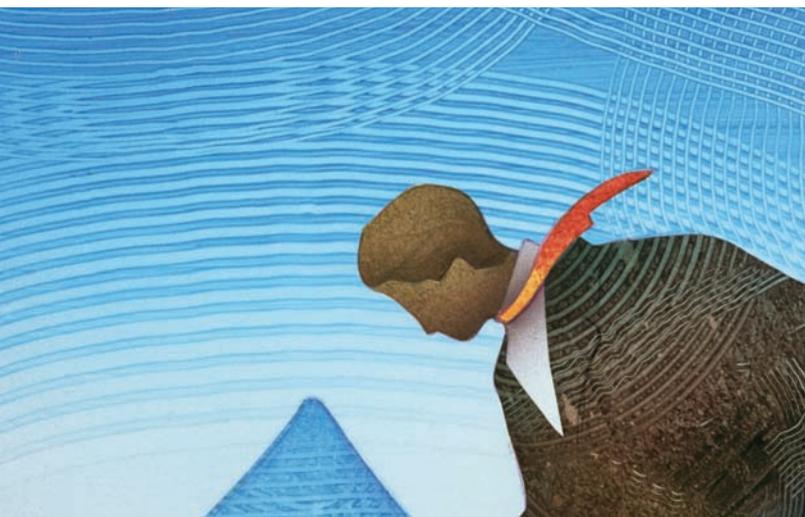
Esta institución afirmaba en su comunicado que los aseguradores de responsabilidad medioambiental tendrán que reevaluar sus pólizas ante esta extensión, ya que los riesgos de responsabilidades *offshore* son cubiertos por aseguradores altamente especializados en seguros de energía y marítimos, no siendo ofrecidos, de forma general, por aseguradores que suscriben responsabilidad medioambiental. Son mercados distintos. Además, en opinión del CEA, estos riesgos «estarán mejor tratados como un tema del mercado internacional, y no solo europeo».

Lo cierto es que para un mercado que todavía se está desarrollando en Europa, y que prácticamente no existía hace algunos años o era muy incipiente (limitado a la oferta de los *pools*), la extensión prevista podrá crear dificultades, como deja muy claro el CEA.

CONCLUSIONES FINALES

De todo lo expuesto se puede concluir que la Directiva de responsabilidad medioambiental es una norma compleja, cuya implementación está llevándose a cabo de forma gradual y lenta (de hecho, como su construcción o negociación). Todos los agentes involu-





crados reconocen que, aunque exista ya alguna práctica en este dominio, es necesaria una experiencia adicional por parte de todos: autoridades y sector financiero, en especial aseguradoras.

La experiencia adquirida hasta el momento en Europa en esta materia es ya un activo importante (como ejemplo, la aplicación de la Directiva al accidente de Hungría) para dar soporte al desarrollo de soluciones de responsabilidad medioambiental adecuadas a la realidad y especificidad de las economías emergentes.

La Directiva de responsabilidad ambiental se caracteriza por su naturaleza transversal, ya que se articula mediante distintas normas legales y con áreas variadas de conocimiento. Así, para su eficaz implementación, es esencial la adopción de un enfoque multidisciplinario, que englobe aspectos jurídicos, financieros y técnicos, a fin de asegurar una visión y un enfoque global en la evaluación de la exposición de una empresa a la responsabilidad medioambiental.

El análisis del riesgo debe ser visto por las empresas como una herramienta que permite disponer de información útil sobre la actividad y su grado de exposición a la responsabilidad medioambiental. La información disponible también será útil para dar soporte a la decisión sobre la garantía financiera o el paquete de opciones de garantía financiera más adecuado para una empresa o industria.

Aunque los seguros sean la opción con más ventajas cuando se trata de un sistema de responsabilidad medioambiental, no garantizan todos los riesgos, de forma

que la combinación de diferentes instrumentos permite una gama más amplia de cobertura de esas responsabilidades. Para este efecto es necesario garantizar un mercado flexible y abierto, que pueda promover el desarrollo y diseño de soluciones innovadoras en cuanto a productos y la extensión de las coberturas.

Disponer de un seguro de responsabilidad ambiental es mucho más que transferir una parte de sus responsabilidades: es obtener apoyo en momentos de crisis, tener acceso a los servicios de expertos. Particularmente, en el caso de daños a la biodiversidad esto es esencial en la vertiente de prevención, pero no solo en eso. Las compañías que, además de soportar riesgos, añaden a su oferta servicios de análisis previo de esas amenazas, o de evaluación de daños en caso de siniestro, estarán, sin duda, prestando un servicio total a sus clientes y, por qué no, a la sociedad en su conjunto.

El papel de las aseguradoras ha sido, es y será reconocido como un apoyo frente a los daños medioambientales que requiere conocimiento, experiencia y tecnología. Y, además, estos requisitos son puestos a disposición de las empresas no solo cuando ya hay daños, sino en caso de amenaza, mediante actividades de prevención.

El apoyo puede corroborarlo el operador de la empresa responsable del primer siniestro conocido de responsabilidad medioambiental en Portugal, ocurrido tan solo un mes después de la entrada en vigor de la Ley que transpuso la Directiva. Cerca de dos toneladas de combustible fueron derramadas en un pequeño afluente del río Tajo y la actividad de la empresa autora del derrame no estaba ni siquiera en la lista del anexo III, así que la garantía había sido contratada de forma totalmente facultativa, para gran alivio del operador, pues de lo contrario hubiera tenido que pagar de su bolsillo más de un millón de euros.

Sin lugar a dudas, como industria aseguradora, podemos estar seguros de la importancia de nuestro papel en este tema y de nuestra contribución para conseguir un futuro mejor en lo que concierne a la protección del medio ambiente, sea donde sea, en cualquier parte del mundo. ■