

El riesgo asegurable y los riesgos emergentes de las nuevas tecnologías

HILDA ESPERANZA ZORNOSA PRIETO*

Sumario: Introducción. I. El riesgo asegurable en el seguro privado. A. Entre libertad en la delimitación del riesgo asegurable y normas imperativas. B. Riesgo inasegurable vs. riesgo asegurable en el seguro privado. II. El riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad civil. A. El riesgo asegurable en el seguro de contaminación ambiental. B. Sobre el estado de las discusiones que desencadenan los riesgos en la era de la tecnología. III. ¿Cómo puede calcularse la cuantía de un daño ecológico?

Resumen

Este documento analiza los retos que imponen al sector asegurador tradicional los riesgos emergentes de la era tecnológica, con especial referencia a los daños causados al medio ambiente y los daños ecológicos en general, sobre los que no existe aún, por tratarse de conceptos relativamente nuevos, información estadística que permita la medición de su frecuencia y severidad y, en consecuencia, la determinación del monto de una prima ajustada al riesgo; lo cual se constituye, de hecho, en el factor diferencial entre el concepto general de riesgo asegurable y el concepto que sobre éste se tiene en el seguro de contaminación, pues si bien estos conceptos no difieren en general, es innegable que el último versa sobre un riesgo extraordinario o catastrófico, que conduce a aquella imposibilidad de aplicar técnicas actuariales y mediciones estadísticas; todo lo cual lleva a sostener que el seguro y la responsabilidad civil no pueden, por sí solos, solucionar los problemas que plantean los riesgos de la era tecnológica, lo que hace necesaria la intervención activa del Estado.

Palabras clave: riesgo asegurable, era tecnológica, daño ecológico, seguro de contaminación.

* Directora del Centro de Estudios en Derecho de Seguros de la Universidad Externado de Colombia; profesora de las materias que integran la disciplina del derecho privado y público de seguros, de la Universidad Externado de Colombia.
Correo electrónico: derseguros@uexternado.edu.co
Fecha de recepción del artículo: febrero de 2009. Fecha de aceptación: julio de 2009.

INTRODUCCIÓN

En el derecho colombiano el riesgo asegurable, el interés asegurable, la prima y la obligación condicional son los elementos esenciales del contrato de seguro, en cuya ausencia se configura una causal de ineficacia de este último (art. 1045 C. Co., además de los arts. 1083, 1137, 1054, 897 del mismo código). El asegurador tarifica la prima en función del riesgo: cuanto mayor sea éste más alta será aquella, sin que pueda predicarse una equivalencia perfecta entre la prima y el riesgo asegurado, pues el contrato se compensa, se equilibra, en la mutualidad.

A diferencia de otras legislaciones en las que se contempla el carácter aleatorio del seguro privado como un elemento esencial¹, en el derecho colombiano, el alea es sólo una de las características del contrato (art. 1036 C. Co., modificado por la L. 389/97), de la cual se deriva una consecuencia compleja que no deja de generar polémicas: la de que los contratantes tienen conocimiento *ab initio* sobre el desequilibrio económico del contrato y sobre el hecho de que la legislación comercial prohíbe aplicar la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios, por lo que las partes no pueden solicitar el reajuste económico del contrato. Esta prohibición carece de importancia si se tiene en cuenta que los extremos en la relación negocial tienen facultad para revocar el contrato de seguro por cualquier causa; las partes pueden darlo por terminado en cualquier momento con sujeción a unas reglas determinadas (art. 1071 C. Co.)². Es decir que, como en los argumentos *a fortiori*, quien puede lo más puede lo menos, lo cual significa

- 1 A. LE GARS. *L'aléa dans l'assurance du risque industriel, Environnement*, n.º 2, febrero de 2006, *Etude* 3: "L'aléa est une condition commune à tous les contrats d'assurance et a fortiori lorsqu'ils ont trait au risque industriel. En effet, dans un contrat aléatoire comme l'assurance, la cause de cette convention correspond à l'aléa ; c'est à dire l'incertitude dans laquelle se trouvent les parties quant au résultat de l'opération. Ainsi, dans ce contrat les prestations des parties ne sont pas équivalentes mais en contrepartie leur ampleur est soumise à un aléa. L'aléa revêt néanmoins un caractère spécifique dans l'hypothèse où le risque, objet de l'assurance, est industriel. L'aléa consiste soit en un accident qui se manifeste immédiatement, soit il réside en un fait fortuit se révélant graduellement. L'intensité du caractère incertain du risque industriel assurable participe également de la particularité de l'aléa. L'aléa à propos de l'assurance du risque industriel porte sur la réalisation de l'événement ainsi que sur ses conséquences dommageables. La réalisation d'une pollution qui ne serait pas le fruit du hasard doit demeurer en dehors du champ contractuel de la police d'assurance à défaut d'aléa. En effet, il se peut que l'assuré cherche à obtenir de la part de l'assureur la garantie rétroactive pour une pollution déjà réalisée. Il est également concevable que la pollution soit inéluctable compte tenu des défaillances d'une installation industrielle. Dès lors, il est impossible d'assurer ces faits de pollution faute d'aléa. De même la réalisation d'une pollution n'est pas fonction d'un aléa quand elle procède de la volonté de l'assuré. La survenance volontaire et intentionnelle d'une pollution par l'assuré doit rester en dehors du domaine de l'assurance".
- 2 Sin embargo, la Ley 80 de 1993 (estatuto de contratación de la administración pública) establece en el numeral 19 del artículo 25 que cuando la garantía prestada por el contratista consista en póliza expedida por compañía de seguros, "no expirará por revocatoria unilateral".

que nada obsta para que, por la vía del ejercicio de la facultad unilateral del contrato, el asegurador condicione la continuidad de la protección al incremento del precio del seguro. En Colombia, la norma que prohíbe la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios queda reducida a los seguros que no se pueden revocar, entre ellos los llamados seguros de cumplimiento, vida (art. 1159 C. Co.) y transporte.

Volviendo al objeto de nuestro estudio, el concepto de riesgo, en el derecho de seguros colombiano, como veremos, éste es muy restringido, desde que su perspectiva sociológica es en realidad mucho más amplia. En sociología, la palabra *riesgo* sirve para indicar de manera simultánea una probabilidad de pérdida o una probabilidad de ganancia. En derecho de seguros, de conformidad con el principio indemnizatorio, al asegurado no se le permite especular con el riesgo de ganancia porque la función del seguro privado es la de indemnizar pérdidas. Para el seguro privado la palabra *riesgo* indica la probabilidad de acaecimiento de un acontecimiento dañoso cuya ocurrencia es futura e incierta. Por lo demás, en consonancia con el principio indemnizatorio, en el seguro privado la indemnización comprende sólo el daño emergente, porque la cobertura del lucro cesante del asegurado debe ser objeto de acuerdo expreso (arts. 1088 y 1089 C. Co.).

El seguro privado es un mecanismo de transferencia del riesgo. Los riesgos asegurados son los que, efectivamente, se le trasladan al asegurador. La obligación condicional del asegurador nace cuando se realiza el riesgo asegurado. *Siniestro* es la realización del riesgo asegurado (art. 1072 C. Co.). La técnica aseguradora enseña que las consecuencias nocivas por la realización del riesgo se pueden derivar de la frecuencia o de la severidad de su impacto: en el primer caso, un alto número de pérdidas de baja cuantía puede arrojar resultados extraordinarios; al paso que en el segundo, un solo siniestro puede acarrear pérdidas catastróficas.

El seguro privado muestra el estadio alcanzado por la sociedad para hacer efectiva la solidaridad social; sus técnicas de dispersión hacen soportable el riesgo. La institución aseguradora sirve para que una gran pérdida no recaiga de manera pesada en un solo individuo, y logra su distribución en el interior de un colectivo social, la mutualidad.

Como mecanismo para el logro de la solidaridad, es aún imperfecto, incipiente. Inmerso como se encuentra en el sistema capitalista, ofrece excelentes alternativas de protección para quien tiene capacidad de pago. Así vista, la actividad aseguradora que desarrollan las empresas del seguro privado desata múltiples preguntas, pues a diferencia de la seguridad social, el seguro privado legitima la distribución en función de los aportes; y una sociedad que legitima la distribución en función de los aportes es una sociedad que condena a quienes no pueden hacerlos, es decir, a los niños, los enfermos y los ancianos.

Como instrumento de atomización del riesgo, el seguro privado se fundamenta en el cálculo de probabilidades, pero para conjurar desviaciones y acertar en los resultados es menester que el asegurador disponga de una muestra suficientemen-

te representativa de riesgos homogéneos expuestos a una misma contingencia. El acierto en el pronóstico sobre el comportamiento de los riesgos y el éxito de las medidas para soportar las desviaciones de siniestralidad depende de la estadística, de la existencia de regularidades ocurridas en el pasado que hayan sido objeto de medición; allí donde se carece de un gran número de riesgos expuestos a una misma contingencia no es posible proceder al cálculo.

Las aseguradoras aprendieron a gestionar los riesgos conocidos, desarrollaron fórmulas matemáticas actuariales, afinaron alternativas financieras para conjurar las desviaciones de siniestralidad, pero la ausencia de regularidades hace que los riesgos emergentes –en la era tecnológica– se resistan al cálculo.

La sociología del riesgo confirma que los nuevos riesgos, los riesgos emergentes, se encuentran relacionados con la aplicación de novedosas tecnologías. LUHMANN, por ejemplo, señala que simultáneamente con causas conocidas reproducimos causas desconocidas y alcanzamos efectos deseados pero también efectos no deseados. Motivo por el cual las sociedades actuales son eficaces, pues alcanzan los objetivos que persiguen pero son ineficientes porque no pueden solucionar los problemas que se generan con la aplicación tecnológica de la ciencia.

En trabajos anteriores se alertó sobre el peligro que entrañan, en la era tecnológica, los riesgos derivados de las decisiones que toman las instancias de mercado y las organizaciones políticas. También se resaltaron las características de los resultados que derivan de su realización, todo lo cual dificulta su reparación y atenta contra la supervivencia de las especies³. En efecto, los daños son seriados, masivos, irreversibles, catastróficos.

En dichos análisis también se pusieron de presente los límites de la institución de la responsabilidad civil para afrontar las afectaciones que derivan del daño futuro, es decir, el derivado de la latencia, definida ésta como la distancia temporal entre el contacto con la causa y el efecto o la manifestación del daño, así como las dificultades para la imputación de los daños, y los problemas que derivan del carácter transnacional del riesgo.

El trabajo del profesor ÁNGEL PESTAÑA alerta sobre la reducción del ámbito temporal entre la experimentación e investigación alrededor de los efectos secundarios de un producto y su comercialización⁴, y así se confirma la disfunción que se produce dentro de una sociedad cuando una racionalidad como la económica adquiere mayor capacidad de penetración, que tanto preocupaba a NIKLAS LUHMANN en su sociología del riesgo.

3 H. ZORNOSA PRIETO. "Breve mirada desde la filosofía del derecho a la responsabilidad civil y su aseguramiento en la era de la tecnología", en *Memorias del VI Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros*, CILA, 2000, 301 a 317.

4 A. PESTAÑA. "Economía política de la Biotecnología", en *Genes en el laboratorio y en la fábrica*, Trotta, 1998, 3, 33 y ss.

La tipificación de los riesgos en la era de la tecnología permite comprender por qué el riesgo se debate entre el mito y la realidad⁵. Con base en ello, además, se confirma la insuficiencia del seguro y el límite de la responsabilidad civil para afrontar los riesgos en la era tecnológica. El subsistema jurídico del seguro y la responsabilidad civil no pueden solucionar solos los problemas que plantean los riesgos en la era tecnológica.

El proceso de toma de decisiones sobre riesgo, a través del cual en la esfera de la política se define el peso de lo tolerable, tiene hoy el rol protagónico: la función de servir de preámbulo del derecho. El proceso de toma de decisiones sobre riesgo debe servir para formular políticas públicas coherentes con los cambios radicales que esta sociedad suicida se encuentra en mora de adoptar, para lo cual se requiere permitir la participación del experto pero también del ciudadano común. Este proceso de toma de decisiones sobre el riesgo es el que le da cabida al principio de precaución, que por sí mismo se constituye en un freno para la acción y, frente a los intereses ya creados, en objeto muy difícil de administrar⁶.

La conciencia sobre el riesgo adopta formas diversas. El lineamiento trazado por las organizaciones globalizantes obliga a las empresas supervisadas por el Estado a controlar el riesgo financiero; impone a los funcionarios públicos realizar la distribución del riesgo contractual en la contratación estatal; ordena a los países modificar sus normativas para la aplicación de las responsabilidades derivadas del riesgo de insolvencia transfronteriza. En riesgos emergentes como el de la contaminación ambiental el derecho opta por la adopción de regímenes de responsabilidad civil objetiva y obliga a los empresarios a tomar seguros para proteger a los ciudadanos de los daños que provoca la aplicación de la ciencia en los procesos industriales.

A las mediciones de riesgo no ingresan todavía elementos no económicos; la sociedad incorpora instituciones que abren espacios de deliberación sobre los riesgos que debemos enfrentar y legislaciones que obligan a los sectores económicos

- 5 Las personas que tienen contacto con asbesto desarrollan un tipo de cáncer en los pulmones que tiene un período de latencia entre 20 y 40 años. Se calcula que más de 250.000 personas mueren al año por esta enfermedad. El producto antiabortivo con el que se trató a mujeres embarazadas permitió la culminación de los períodos de gestación, pero las hijas mujeres de las madres tratadas con este producto desarrollaron un tipo de cáncer cuando alcanzaron la edad de la pubertad, es decir que transcurrieron entre doce y quince años desde el contacto con la causa hasta la manifestación del daño. La talidomida, producto fabricado para controlar la ansiedad, provocó en mujeres embarazadas el nacimiento de hijos con malformaciones genéticas.
- 6 Está probado que muchas actividades económicas no se deberían realizar porque generan daños que después no se pueden reparar, es decir que la decisión de prohibir la realización de determinadas actividades debería tomarse en forma radical. No obstante, seguimos operando con una racionalidad que legitima la realización de determinadas operaciones que sabemos que entrañan el riesgo de daños irreversibles, y después apelamos a la institución de la responsabilidad civil y a la del seguro para buscar la reparación de los daños y de los problemas creados.

a implementar medidas preventivas y contratar seguros para garantizar recursos que permitan afrontar los daños que se desencadenan.

Antes de mostrar cuál ha sido la respuesta de las entidades aseguradoras a los retos que le impone el aseguramiento del riesgo emergente de las nuevas tecnologías como la contaminación del ambiente, recorramos el concepto de riesgo en el contrato de seguro y las dinámicas evolutivas de su tratamiento en la legislación.

I. EL RIESGO ASEGURABLE EN EL SEGURO PRIVADO

A. Entre libertad de delimitación del riesgo asegurable y normas imperativas

Para el derecho privado de seguros –la disciplina que más se ha ocupado del riesgo, de la cual han derivado las técnicas de gestión y prevención–, el riesgo es su materia prima, su razón de ser; no de otra manera se explica que, en la mayor parte de las legislaciones del mundo, el riesgo se estudie en el capítulo de los elementos esenciales del contrato respectivo.

El seguro es un mecanismo de transferencia de riesgo, pero limitado. Las pólizas incorporan fronteras cuantitativas para el resarcimiento de las consecuencias del daño, las cuales se relacionan con el concepto de interés asegurado. Los límites del seguro privado se expresan en términos de valores asegurados, deducibles, cláusulas de coaseguro pactado, y también en función de barreras cualitativas que se definen en términos de condiciones de cobertura y exclusiones. Los clausulados de los contratos definen los riesgos cuya realización da origen a la obligación condicional del asegurador.

Como ya se advirtió, algunos de los límites que entraña el seguro privado derivan de contenidos normativos imperativos que restringen el ejercicio de la libertad contractual; otros, del silencio de las partes contratantes, y otros más, del ejercicio expreso de la autonomía privada de la voluntad.

La regla general enseña que salvo la existencia de una disposición legal en contrario, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume (arts. 1054 a 1056 C. Co.). La autonomía privada de la voluntad y la libertad caracterizan el proceso de toma de decisiones sobre riesgo que se surte en la etapa precontractual (arts. 1056, 1073 C. Co.).

No existen disposiciones que obliguen al asegurador a aceptar todos los riesgos que le proponen, ni siquiera en lo relativo al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, en el sentido de que ninguna autoridad puede obligar al asegurador a incursionar en el mercado del SOAT; sólo si el asegurador ejerce la autonomía privada de la voluntad y decide operar el SOAT, renuncia (al solicitar autorización para la apertura del ramo ante el ente de control) a la libertad que caracteriza el proceso de selección de un riesgo y, obtenido el certificado público que lo auto-

riza para operar este seguro, queda obligado a suscribir las pólizas en un todo de acuerdo con la ley.

Así las cosas, si durante la etapa precontractual las negociaciones entre asegurador y tomador se concretan en una propuesta de negocio que reúna los elementos esenciales del seguro, ella se rige por las regulaciones propias de la oferta comercial. En consecuencia, si una oferta enviada y recibida no es aceptada por el destinatario en forma expresa dentro del plazo previsto para ello, dicho silencio se interpreta como rechazo de la propuesta.

El certificado público o la licencia de funcionamiento que habilita a una empresa de seguro privado para desarrollar actividad aseguradora no la obliga ni a aceptar todos los riesgos que le proponen ni a informar las razones por las cuales los rechaza⁷. Dentro del marco de la autonomía privada de la voluntad, con base

7 No obstante, el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, aunado al desconocimiento de la institución aseguradora y su función, viene socavando las bases de la libertad de empresa y de la libertad contractual. Al efecto, ténganse en cuenta los desarrollos jurisprudenciales que se transcriben a continuación con los cuales se confirma el peligro del final de la autonomía de las entidades aseguradoras para llevar a cabo ese proceso que se surte en la etapa precontractual para la toma de decisiones sobre el riesgo. Tres casos merecen ser tenidos en cuenta:

– Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, del 6 de noviembre de 2001, (M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA; expediente T500674): "Demandado: Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda. Problema jurídico ¿Existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, cuando un compañía de seguros niega el amparo de vida solicitado por quien obtuvo un subsidio de vivienda por parte del Estado, fue favorecido por el otorgamiento de un crédito, suscribió escritura de compraventa de un inmueble y la hipoteca respectiva, y, al solicitar el seguro informó ser poseedor asintomático del virus de inmunodeficiencia humana VIH? Sí. En éste caso se obligó al asegurador a expedir la póliza a tarifar como si se tratara de un riesgo estándar, por debajo de la tasa pura de riesgo, a realizar una práctica insegura.";

– Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, del 7 de julio de 2006 (M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA; expediente T-1308123). "Demandado: La Previsora S. A.; Liberty Seguros S.A.; Seguros del Estado S.A.: Problema jurídico ¿Procede la acción de tutela contra entidades aseguradoras por presentarse una situación de indefensión del particular accionante, cuando para atender el orden de un juzgado de prestar caución para poder embargar los bienes de un tercero civilmente responsable, acude a varias aseguradoras, quienes se niegan al expedir la póliza de caución judicial, aduciendo que la ley les permite asumir o no los riesgos? Sí";

– Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, del 9 de diciembre de 2002 (M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; expediente T1118). "Demandado La Previsora S.A.: Problema jurídico ¿La negativa de una empresa aseguradora sujeta al derecho privado, a cotizar el costo de un seguro de accidentes personales a favor de personas con discapacidad al cuidado de fundaciones para la capacitación, vulnera el derecho fundamental a la igualdad? Sí.".

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional mediante los cuales se viene ordenando expedir pólizas para riesgos excluidos de las políticas de selección de riesgos por alta azarosidad y tarifar como si se tratara de un riesgo estándar implican la realización de una práctica insegura prohibida por la ley y el desconocimiento de las leyes que rigen el ejercicio de la actividad aseguradora.

en aspectos técnicos de selección, los riesgos se aceptan o se rechazan después de un cuidadoso estudio sobre sus aspectos objetivos y subjetivos.

La ley no le fija al asegurador un plazo dentro del cual deba evaluar los riesgos; ello depende de la complejidad de éstos. Los aspectos subjetivos del riesgo atañen, en general, a cuestiones relacionadas con las particulares cualidades de un sujeto, su riesgo moral, su ocupación, la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones que contrae; mientras que los aspectos objetivos del riesgo se relacionan con condiciones físicas que lo hacen más o menos azaroso. Un mal riesgo físico se puede neutralizar cobrando más prima; un mal riesgo moral no se compensa con nada.

Por lo demás, cuando el costo de la cobertura se incrementa y la prima o precio del seguro se aproxima al valor de la pérdida, el sujeto, persona natural o jurídica, expuesta al riesgo debe considerar otras alternativas para su transferencia, porque el seguro no es el único mecanismo de transferencia del riesgo.

El riesgo se debate entre la imposibilidad y la certeza. Cuanto más cerca se encuentra de la certeza más atractivo resulta para el tomador su transferencia y más se reducen las probabilidades de transferirlo al asegurador. La técnica aseguradora recomienda la aceptación de los buenos riesgos y el rechazo de los más azarosos.

Por esta razón, en ocasiones el legislador interviene y hace obligatorio el aseguramiento de determinados riesgos. La creación de seguros obligatorios ha sido concebida por el legislador de manera excepcional. El proceso de socialización del seguro privado es aún muy incipiente, la obligación se impone al sujeto generador del riesgo como condición para que pueda realizar la operación, pero no se hace recaer sobre el asegurador, quizás porque ello implicaría la sustitución de la racionalidad de mercado por otra, o la operación del seguro con la garantía de la nación.

Los nuevos riesgos son de gran amplitud e imprevisión, de modo que su aseguramiento es técnicamente imposible. El Estado interviene para tratar de compensar el rechazo de las aseguradoras y responder a la necesidad de indemnización reclamada por las víctimas, pues la mayoría de estos riesgos se encuentra asociada a un problema de responsabilidad civil.

Esto es lo que ha ocurrido con el riesgo de contaminación ambiental; en efecto, la mayor parte de las legislaciones del mundo ha incorporado seguros obligatorios de responsabilidad civil por contaminación ambiental, y otras han ido más allá al pretender la existencia de seguros ecológicos, como si la protección de la diversidad y el medio ambiente se lograra con un seguro.

El código comunicativo del riesgo del derecho de seguros, que impone límites de cobertura, nos obliga a comprender los límites que derivan para su transferencia del significado conceptual del *riesgo asegurable* y *riesgo inasegurable*, así como a apreciar la diferencia entre el *riesgo asegurable* y el *riesgo asegurado*; conceptos estos que será necesario abordar y precisar.

B. Riesgo inasegurable vs. riesgo asegurable en el seguro privado

Siguiendo las tendencias legislativas internacionales, el Código de Comercio colombiano define el riesgo asegurable como un suceso incierto no dependiente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario. Los hechos ciertos, salvo la muerte, son inasegurables, y no constituye riesgo la incertidumbre subjetiva sobre el acaecimiento o no de una determinada circunstancia de hecho. El seguro terrestre proscribire, de manera general, el aseguramiento de la incertidumbre subjetiva, el desconocimiento del sujeto sobre la realización de una determinada circunstancia de hecho; el riesgo putativo es inasegurable en la mayor parte de los seguros.

La ley prohíbe sustituir el cumplimiento de una pena por un seguro; el legislador busca así impedir que se desdibuje el carácter punitivo de la conducta, ya que las penas han sido previstas para prevenir y reprimir determinados comportamientos indeseados. La prohibición de asegurar las sanciones penales o policivas no se extiende a las consecuencias civiles del delito o de la responsabilidad penal, es decir, al deber de indemnizar perjuicios. La doctrina, nacional y extranjera, sigue discutiendo si quienes cuentan con coberturas de seguros se inclinan más a la comisión de delitos al saber que los efectos civiles serán asumidos por el asegurador. No obstante, la ley permite cubrir la responsabilidad civil con independencia de su fuente, contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito, es decir, la responsabilidad civil puede provenir de un acto delictuoso o no y ser extracontractual.

El mercado colombiano de autos, por ejemplo, no excluye eventos de responsabilidad civil derivados de un delito. La prohibición de asegurar las sanciones penales o policivas no se extiende a las consecuencias civiles del delito o de la responsabilidad penal, es decir, al deber de indemnizar perjuicios; las responsabilidades por homicidio y lesiones culposas en accidentes de tránsito se encuentran cubiertas. En las pólizas de infidelidad y manejo se cubren las gestiones fraudulentas de los empleados.

Dos categorías de riesgos surgen de lo dispuesto por el legislador, los asegurables, es decir, el suceso incierto no dependiente de la voluntad del tomador asegurado y beneficiario, y los riesgos inasegurables, es decir, los que por ningún motivo se pueden asegurar. En efecto, los riesgos inasegurables corresponden a una categoría de riesgos cuyo aseguramiento se encuentra prohibido por el legislador en normas imperativas que restringen el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad. Esto significa que se trata de riesgos que el asegurador tiene prohibido asegurar porque para la ley no constituyen riesgos. Algunos fenómenos regulados de manera general con ese carácter de inasegurable se pueden proteger porque el legislador así lo ha previsto de manera excepcional. Las normas del derecho público de seguros en las que se regula el ejercicio de la actividad aseguradora reiteran que si el asegurador incorpora en sus contratos cláusulas que contraríen normas imperativas, tales estipulaciones son ineficaces de pleno derecho (art. 184 C. Co., modificado por la L. 795/2003, art. 42).

El concepto de riesgo inasegurable es diferente del concepto de exclusión legal. Se reitera que los inasegurables son los que por ningún motivo se pueden asegurar; esto significa que como están prohibidos, las disposiciones que así lo regulan son de carácter imperativo, de orden público y restringen el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad. Como se observa, las exclusiones legales dan cuenta de la existencia de riesgos extraordinarios que se entienden naturalmente excluidos de los amparos ante el silencio de los extremos en la relación negocial; pero bien pueden ampararse, para lo cual se requiere ejercer la autonomía privada de la voluntad mediante la inserción de una estipulación accidental que deroga la normativa natural prevista por el Código de Comercio.

Algunos de los riesgos inasegurables son:

1. El dolo y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario⁸.
2. Las sanciones de carácter penal o policivo.
3. La culpa grave, excepto en los seguros de responsabilidad civil (art. 1056 C. Co.)⁹.
4. Los hechos ciertos, salvo:
 - 4.1. La *muerte* en el seguro de *vida*, se puede asegurar porque tiene un dejo de incertidumbre; todos sabemos que nos vamos a morir, pero ninguno de nosotros sabe cuándo.
 - 4.2. El *riesgo putativo* en el seguro *marítimo*.
 - 4.3. La *hechos pretéritos* en el ramo de *riesgos financieros* (Ley 35 de 1993).
 - 4.4. El *descubrimiento* de pérdidas dentro de la vigencia por hechos ocurridos y desconocidos antes de su iniciación, en el ramo de *manejo y riesgos financieros* (art. 4.º de la Ley 389 de 1997).
 - 4.5. Las *reclamaciones* que la víctima le formule al asegurador o al asegurado durante la vigencia de la póliza por hechos anteriores al comienzo de ésta, en el *seguro de responsabilidad civil* (art. 4.º de la Ley 389 de 1997).

La incertidumbre subjetiva, el llamado riesgo putativo, es decir, el desconocimiento por parte del sujeto sobre la realización objetiva de una determinada circunstancia de hecho sólo era asegurable en el seguro marítimo, hasta el año de 1993¹⁰. Como lo señalaba BOTERO MORALES, donde se necesita, no se permite

8 Salvo en el seguro de cumplimiento, según desarrollos doctrinales y jurisprudenciales.

9 El artículo 1127 del Código de Comercio (L. 45/90, art. 84) dice que en el seguro de responsabilidad es asegurable la culpa grave "con la restricción indicada en el artículo 1055".

10 En el año de 1993 se expide la Ley 35, con la cual se permite por primera vez el aseguramiento de hechos pretéritos, siempre y cuando el acaecimiento del hecho dañoso sea desconocido por el asegurador y el tomador, para las pólizas de riesgos financieros; pero el legislador deja por fuera el ramo de manejo global comercial y el de responsabilidad civil.

el aseguramiento del riesgo putativo, y donde no se necesita, sí¹¹. ¿Dónde no se necesita? En el seguro marítimo. Allí se justificó permitirlo porque en los orígenes de la navegación los vehículos con los cuales se realizaba el transporte no se encontraban dotados de equipos de comunicación, lo cual producía incertidumbre en relación con los pormenores de la travesía y en consecuencia hacía viable la contratación de la protección, siempre y cuando las partes, tomador y asegurador, desconocieran la realización de la pérdida o el arribo feliz de la nave a su destino, para no transgredir el principio de buena fe que, en el contrato de seguro, se califica de ubérrima.

La tecnología y el avance de las comunicaciones han modificado nuestro concepto sobre el tiempo; la cibernética y los medios de comunicación han hecho posible la simultaneidad; hoy presenciamos las guerras en vivo y en directo, sin poder hacer nada, observamos la muerte de la tripulación del submarino ruso. Ahora vivimos una aparente realidad virtual que ha hecho posible la marcación del mal concepto de la tolerancia, el de la indiferencia. La tecnología de la comunicación, el cine y la televisión nos producen la sensación de que vivimos en una realidad virtual, la misma que, en la mente, produce la ficción.

Como veremos, el aseguramiento del riesgo putativo, el de la incertidumbre subjetiva se había planteado en los seguros de responsabilidad civil debido al problema de la latencia, es decir, aquel relacionado con la distancia temporal entre el contacto con la causa y la manifestación del daño; y en las pólizas de manejo, debido a la frecuencia de la detección de pérdidas gestadas antes del comienzo de la vigencia de las pólizas, a través de la modalidad del hurto continuado, circunstancias que, a la luz de lo dispuesto por normas imperativas, constituían riesgos inasegurables. Antes de las reformas que se introdujeron en el derecho positivo colombiano, los reaseguradores operaban las coberturas de reclamación para el ramo de responsabilidad civil, y de descubrimiento para manejo y riesgos financieros. Las modificaciones que con posterioridad se introdujeron legitimaron una práctica prohibida por la ley, aunque anticipada y originada en el mercado internacional del reaseguro.

En efecto, al regular la responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro, el legislador colombiano señala que si el hecho se inicia antes del comienzo de la vigencia y continúa aun después del inicio de ésta, el asegurador no responde; al paso que si el siniestro se inicia durante la vigencia del seguro y continúa después de culminada la vigencia, el asegurador sí responde por la pérdida (art. 1073 C. Co.).

11 B. BOTERO MORALES. *Aspectos técnicos del seguro*, cátedra de la Especialización en Derecho de Seguros, Universidad Javeriana.

II. EL RIESGO ASEGURABLE EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El sistema jurídico de seguros dispone que (art. 1054 C. Co.) por riesgo asegurable debe entenderse todo hecho futuro, incierto, no dependiente de la voluntad del asegurado beneficiario y tomador. Al hacerlo, incorpora un concepto distinto al del código terrestre anterior, en el cual ya no se limita el concepto de riesgo asegurable al aseguramiento de los hechos fortuitos que dificultaban la operación de este ramo, porque los hechos fortuitos fundamentan algunas de las causales de exoneración de la responsabilidad.

La responsabilidad civil es la materia prima del seguro de responsabilidad civil. A esta modalidad de cobertura aplican las normas comerciales del contrato de seguro, el código civil, las interpretaciones jurisprudenciales, el sistema general de culpa –que se combina con el de las presunciones de culpa– y las causales de exoneración, mediante prueba de la diligencia o de la causa extraña.

En los seguros por daños al medio ambiente o contaminación ambiental, las normas sobre responsabilidad cumplen una función preventiva; se ha avanzado hacia un régimen de responsabilidad civil objetiva regido por el principio de que quien contamina paga.

En consonancia con los análisis sobre el riesgo asegurable, y con los límites del derecho, para que opere este seguro no basta que haya responsabilidad del asegurado o que se superen las barreras que le imponen a la función resarcitoria las causales de exoneración de responsabilidad. La afectación de la cobertura requiere, además, que la responsabilidad se encuentre cubierta (arts. 1054 a 1056 C. Co.). Ya lo ha advertido el legislador colombiano (art. 1072 C. Co.) –en consonancia con las tendencias evolutivas en el derecho comparado– no todas las pérdidas son siniestros; siniestro es la realización del riesgo asegurado, y éste es el que queda delimitado de manera concreta en el contrato, es decir, el que realmente se transfiere al asegurador.

De conformidad con el derecho positivo nacional, cuando la responsabilidad civil no es clara, debe ser declarada por un juez; pero conforme a lo dispuesto por el legislador de seguros, el siniestro y su cuantía se pueden demostrar aun en forma extrajudicial, y habiéndose probado en forma extrajudicial debe el asegurador acreditar, como lo ordena la ley, las causales que lo exoneran de responsabilidad y objetar o pagar.

El seguro de responsabilidad civil protege el patrimonio del asegurado; no otorga protecciones a cosas determinadas. Por eso es tan difícil la determinación del valor asegurado. Cualquier valor asegurado que se contrate puede resultar insuficiente.

Es decir que, de obtenerse cobertura para el riesgo de contaminación en el seguro de responsabilidad civil, no se está contratando una protección para el medio ambiente, sino la protección del activo patrimonial del eventual responsable, pues el seguro procura recursos para indemnizar a las víctimas. Es por esa

vía –la de la protección del patrimonio del asegurado– por la que se cumple con la función de resarcir al damnificado, que ostenta hoy la calidad de beneficiario (art. 1127 C. Co.).

El seguro de responsabilidad civil tiene por objeto cubrir los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de una responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Tiene como propósito el resarcimiento de la víctima beneficiaria, sin perjuicio de las prestaciones a favor del asegurado (art. 1127 C. Co., modificado por la L. 45/90, art. 84). Fue concebido en sus orígenes como mecanismo exclusivo de protección del patrimonio del asegurado¹²; el hecho de que el legislador hoy le atribuya la función de resarcir a la víctima no significa que haya habido un cambio en el concepto del riesgo asegurable; éste sigue siendo la responsabilidad en que incurra el asegurado, es decir, a la luz de la legislación colombiana, los perjuicios patrimoniales que cause con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley.

Dada la existencia del principio de la comunicabilidad de las excepciones, aunque la víctima tenga hoy acción directa en contra del asegurador, como estipulación a favor de un tercero aún deja mucho que desear, en el sentido de que el asegurador puede invocar en contra del beneficiario las mismas excepciones que pudiera invocar en contra del tomador (art. 1044 C. Co.).

De modo que el seguro de responsabilidad civil se contrata en función de la capacidad de pago del tomador, para la protección del activo patrimonial en riesgo, que es la prenda del acreedor. El tomador del seguro de responsabilidad civil no contrata los valores asegurados en función de los daños que pueda ocasionar a un tercero sino en consonancia con su universo patrimonial en riesgo.

La responsabilidad civil obliga al responsable al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales causados, dentro de los cuales cabe incluir los daños a bienes de propiedad de terceros, el daño emergente, el lucro cesante. Pero los daños también pueden consistir en lesiones o muerte, en cuyo caso se agrega el concepto de los perjuicios morales. Así las cosas, es muy posible que el patrimonio del tomador asegurado resulte insuficiente para resarcir los perjuicios derivados de su responsabilidad civil. La vida es un imponderable, sí, pero en la literatura, porque en el régimen jurídico de la responsabilidad civil, permeado por una racionalidad económica con mayor capacidad de penetración, hay "filigranas" a las que apela esta sociedad para convencernos de que la vida de un ser humano vale más que la de otro. En efecto, en términos de responsabilidad civil, para el sistema económico no vale lo mismo el lucro cesante de BILL GATES que el de un indigente o el de un niño que sólo produce gastos.

12 J. M. DÍAZ-GRANADOS. *El seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

El Código de Comercio permite el aseguramiento de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual (art. 1127 C. Co.). Es muy común el seguro de responsabilidad civil extracontractual, pero la exposición al riesgo de los potenciales agentes dañosos ha incrementado la frecuencia de demandas de pólizas de responsabilidad contractual. Por lo demás, es usual que un mismo evento genere las dos responsabilidades.

La póliza de responsabilidad civil extracontractual más conocida en el mercado es la de predios labores y operaciones; se trata de una póliza todo riesgo que suele excluir las responsabilidades contractuales, algunas de las cuales se pueden contratar por anexo. Las pólizas de productos o las que contratan el transportador, los operadores portuarios, los hospitales y los demás profesionales tienen en general ese carácter contractual. Hay otras coberturas extracontractuales como autos, integral del hogar, casco. Pero las actividades empresariales requieren de las dos coberturas.

La responsabilidad contractual, otro de los riesgos asegurables en el contrato de seguros, tiene su fuente en el código civil, y se aplica a las obligaciones mercantiles (art. 822 C. Co.).

La ley no solo prevé situaciones de responsabilidad personal –cada cual responde por sus actos– sino eventos de responsabilidades por el hecho de los dependientes; la conducta ajena puede acarrear responsabilidades, es decir que también se es responsable por el hecho de otro, motivo por el cual no resulta conveniente para el tomador que los contratos de seguro no le cubran responsabilidades por el hecho de un tercero¹³. El legislador sólo prohibió el aseguramiento del dolo del tomador, asegurado, beneficiario (art. 1055 C. Co.), lo que significa que no está restringido asegurar el dolo de los terceros. Por ello, tanto la culpa grave como el dolo del dependiente son asegurables, siempre y cuando éste no se haga figurar como asegurado.

El régimen de indemnización de perjuicios de la responsabilidad civil debe por ello ser estudiado también a la luz del concepto de riesgo asegurable; recuérdese que los aseguradores no solo aseguran causas –como la culpa grave, la responsabilidad contractual y la extracontractual– sino también consecuencias, pérdidas totales, pérdidas parciales.

Por lo demás, las normas generales de responsabilidad civil consagran el principio de la reparación integral del daño, es decir, el pago de los daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante) y el de los extrapatrimoniales (daño

13 No escapa a las reflexiones el reconocimiento de razones de naturaleza técnica: un riesgo mayor justifica que el asegurador cobre una prima adicional cuando la cobertura se extiende a los perjuicios causados por contratistas y subcontratistas.

moral, perjuicio fisiológico¹⁴, daño a la vida de relación) que han sido objeto de desarrollo por la vía jurisprudencial y comentados por la doctrina¹⁵.

Las normas de seguros consagran que, en los seguros de daños, respecto del asegurado, la indemnización comprende el daño emergente, porque el lucro cesante debe ser objeto de un acuerdo expreso (art. 1088 C. Co.). No obstante, cabe precisar que el lucro cesante que reclama el tercero constituye para el asegurado un daño material, un perjuicio patrimonial emergente del daño. Considerando que la víctima no ostenta la condición de asegurado –ya que es de este último de quien se predica el interés asegurable– y que los seguros son de mera indemnización, para que se entienda cubierto el lucro reclamado por el damnificado no se requiere de pacto expreso. Las pólizas no incluyen el lucro cesante de manera expresa, y aunque la tendencia del mercado es a excluirlo –lo cual resquebraja la estructura misma de la responsabilidad civil que es la materia prima de esta cobertura–, si las aseguradoras no incorporan la estipulación que excluye el lucro cesante y la cobertura es a todo riesgo, debe entenderse cubierto.

Por lo que se refiere a la cobertura del daño moral, en sus orígenes, la norma colombiana (art. 1127 C. Co. antes de la reforma introducida por la Ley 45 de 1990) cubría los perjuicios patrimoniales “sufridos” por el asegurado. El hecho de que hoy el legislador (art. 1127 C. Co. luego de la reforma introducida por la Ley 45 de 1990) señale que se cubren los perjuicios patrimoniales “causados” –esto es que se haya sustituido el verbo *sufrir* por el verbo *causar*– es lo que origina la polémica sobre si deben entenderse cubiertos o no los daños morales.

Con independencia de las discusiones que este hecho ha suscitado en la doctrina nacional, la norma en comento no es un imperativo que impida pactar la cobertura del daño moral, por lo que resulta válido que el asegurador para mayor claridad incorpore al clausulado la exclusión de manera expresa. Y, dadas las limitaciones de la disposición legal, si el asegurado quiere tener certeza sobre su cubrimiento, lo conveniente es estipular la cobertura de manera explícita. Por lo demás, estando el asegurador habilitado para incorporar límites cuantitativos definidos en términos de valores asegurados, por evento, por vigencia, es inconcebible que se excluyan los perjuicios morales, pues ello resquebraja la estructura de la responsabilidad civil, materia prima de este seguro, sobre todo cuando se ocasiona la muerte a menores en cuya hipótesis el daño emergente es nulo o se reduce a los gastos funerarios; no hay lucro cesante porque un menor sólo produce gastos y, si se excluye el daño moral, la protección del asegurador termina siendo inadecuada¹⁶.

14 F. NAVIA ARROYO. *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

15 J. C. HENAO PÉREZ. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

16 Esto fue lo que ocurrió en un caso muy sonado en Colombia en el que una maquinaria pesada durante una construcción cayó sobre un bus escolar como consecuencia de lo cual fallecieron varios menores de edad.

Otro riesgo asegurable es el de los gastos del proceso (art. 1128 C. Co., modificado por la L. 45/90, art. 85). El asegurador responde por los *costos* del proceso, aun en exceso de la suma asegurada, salvo si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato, o si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador. Por lo demás, si la condena excede la suma asegurada, el asegurador responde por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización. El artículo que se comenta no establece límite distinto del de la proporción en la cuota de la indemnización cuando el monto de la condena excede el del valor asegurado (otros países, como Italia, por ejemplo, limitan los gastos a la cuarta parte de la suma asegurada).

La cobertura se extiende a los eventos en que el asegurado es absuelto de toda pretensión, pues puede ocurrir que la sentencia deniegue las pretensiones y que aun así se encuentren cubiertos los gastos de la defensa; en este caso, no habrá daños a terceros pero sí pagos a cargo del asegurador, quien deberá asumir los costos de la defensa, que son, en general, superiores a los valores de que da cuenta la condena en costas.

En la práctica, se trata de morigerar el texto legal estipulando que los honorarios y gastos deben ser aprobados de manera previa a su causación. Por lo demás, el asegurador se reserva la facultad de coordinar la conducción del proceso, así el asegurado se compromete a suministrar las informaciones, y a definir con el asegurador las estrategias sustanciales y procedimentales para el ejercicio de las defensas procesales y, todo ello, bajo el entendido de que la responsabilidad sea clara, porque si no lo es, la víctima se verá obligada a ejercitar su acción directa contra el asegurador o su acción de responsabilidad civil contra el asegurado; en este último caso la aseguradora deberá ser vinculada al proceso mediante la figura del llamamiento en garantía.

La norma que se comenta adiciona a la cobertura de los gastos de defensa del proceso instaurado en contra del asegurado, los gastos del proceso que la víctima inicia contra el asegurador en ejercicio de la acción directa, todo lo cual resultaba innecesario debido a que la obligación para el asegurador de asumir sus propios gastos de defensa depende de las normas procesales sobre condena en costas.

Ya se dijo que nuestra legislación regula como asegurable la culpa grave, pero no señala si ésta debe ser objeto o no de un pacto expreso. Comoquiera que el seguro de responsabilidad civil opera en la práctica del mercado como una cobertura de todo riesgo, EFRÉN OSSA afirmó que si el asegurador no excluye la culpa grave de manera expresa, ésta debe entenderse cubierta. El fundamento de su acierto se encuentra en la forma como se redactó el alcance de los gastos de defensa (art. 1128 C. Co.)¹⁷, pues allí se señala que el seguro de responsabilidad los cubre en

17 En efecto, esa afirmación es válida si se tiene en cuenta que la norma original antes de la reforma señalaba que tal cobertura operaba en exceso del valor asegurado salvo que la responsabilidad proviniera de dolo, culpa grave o estuviera expresamente excluida del contrato.

exceso de la suma asegurada, salvo que la responsabilidad civil provenga de dolo o se encuentre expresamente excluida del contrato.

El mercado colombiano suele excluir de las pólizas de responsabilidad civil la culpa grave. La cobertura se puede contratar como adicional, de manera excepcional, mediante anexo y el pago de una prima suplementaria. El amparo patrimonial que cubre modalidades de culpa grave se da por ejemplo en materia de accidentes automovilísticos causados por la violación de las señales reglamentarias de tránsito, el semáforo o por desobediencia a las instrucciones dadas por el agente de tránsito y por la conducción en estado de embriaguez.

Por tratarse de un seguro de naturaleza patrimonial, no aplica a los seguros de responsabilidad civil la regla proporcional del infraseguro; el límite de la obligación del asegurador está dado por el monto de la pérdida y el valor asegurado estipulado en el contrato. De esta manera no juegan aquí las diferencias conceptuales entre el interés asegurable y el asegurado. Pero tampoco se viola el principio indemnizatorio, pues dentro de los límites de la suma asegurada se indemniza el daño asegurado que resulte probado.

De hecho, existen dificultades para determinar el valor asegurado; éste se fija en función del patrimonio en riesgo del asegurado, de su capacidad de pago. Así que no solo el patrimonio del causante del daño puede resultar insuficiente para cubrir la responsabilidad: también el valor asegurado contratado puede resultar deficitario para solventarla y el causante del daño puede quedar *hipotecado* de por vida, en caso de condena por responsabilidad civil, pues su patrimonio puede resultar insuficiente para indemnizar el daño causado.

Como se deduce de todo lo anterior, la cobertura básica es de responsabilidad extracontractual y cubre daños patrimoniales causados a la integridad física de los terceros o a bienes de propiedad de terceros.

Se suelen excluir los daños a bienes propios, el daño moral, el lucro cesante, la responsabilidad contractual, la culpa grave, y cuando se logra obtener estas coberturas se imponen límites cuantitativos que dejan proporciones importantes de riesgo al descubierto.

No quedaría completo el análisis de los riesgos asegurables y asegurados en el seguro de responsabilidad civil si no se hace referencia a que, ocurrido el siniestro, el asegurado debe evitar la propagación de la pérdida y, el asegurador, reembolsar—dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización— los gastos razonables en que aquél incurra para el cumplimiento de las obligaciones de salvaguardia (art. 1074 C. Co.).

Recuérdese que el siniestro es la realización del "riesgo asegurado" y que para que haya reclamo se requiere probar su ocurrencia y su cuantía (art. 1077 C. Co.); téngase en cuenta además que hay ocasiones en que las partes ejercen la autonomía privada de la voluntad y pactan que estos gastos se causan aun ante un inminente peligro, en cuyo caso el deber de evitar la propagación de la pérdida se constituye en algo más que un deber, para evitar el impacto del daño o la causación

de éste; todo lo cual se encuentra en consonancia con la función preventiva de la responsabilidad civil y las normas ambientales.

El seguro de responsabilidad civil cumple hoy una doble función pues protege el patrimonio del asegurado responsable y tiene como propósito resarcir a la víctima beneficiaria. La mayor parte de las legislaciones le ha otorgado al damnificado acción directa en contra del asegurador (art. 1133 C. Co., modificado por la L. 45/90, art. 87), por lo que el efecto liberador del pago se produce, entonces, indemnizando al damnificado beneficiario; pero hay algunos conceptos que sólo le pertenecen al asegurado como el de los gastos para evitar la extensión y la propagación de la pérdida, los cuales a veces se constituyen en la reparación misma del daño causado.

Con las limitaciones ya comentadas el seguro de responsabilidad civil generalmente cubre los perjuicios derivados de las lesiones, muertes o los daños a bienes de propiedad de terceros.

En el caso de las contaminaciones al medio ambiente, en especial en países en vías de desarrollo puede haber dificultades para determinar quién es el titular del derecho, lo cual le plantea dilemas al régimen tradicional del seguro de responsabilidad civil, pues más que una cuestión de riesgo asegurable se trata de un problema de interés asegurable y de legitimación para reclamar el pago de la indemnizaciones¹⁸.

A. El riesgo asegurable en el seguro de contaminación ambiental

Desde la perspectiva de la técnica aseguradora, el concepto de riesgo asegurable en el seguro de contaminación no difiere de las consagraciones generales que contempla la ley del contrato de seguro privado. Quizás habría que resaltar que se trata de un riesgo extraordinario, catastrófico, por cuyo carácter debe entenderse regulado como una exclusión legal cuya cobertura exige la contratación de un amparo adicional y el pago de una prima adicional, o la contratación de un seguro específico al que se le incorpore esta cobertura. Lo anterior significa que se debe contratar el amparo de manera expresa e implica para el asegurado el pago de una prima adicional. Por lo demás, si se trata de un seguro de responsabilidad cuya cobertura ha sido estructurada como de todo riesgo, el asegurador que no pueda cubrir ese riesgo debe incorporar la exclusión en forma expresa.

18 El derecho procesal ha incorporado instituciones para la protección de bienes públicos como la de las acciones populares, que sirven para eventos en que los daños recaen sobre *res nullius* o bienes baldíos. Hay otras acciones como las acciones de clase que protegen grupos de personas específicas. Sobre estos temas la doctrina ha realizado importantes aportes; al efecto, téngase en cuenta el artículo del profesor J. C. HENAO "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés", en libro de homenaje y reconocimiento a la vida académica del profesor ALLAN R. BREWER-CARIÁS.

En esta modalidad asegurativa, el riesgo también se concibe como un suceso futuro, incierto no dependiente de la voluntad del tomador asegurado y beneficiario. Para el seguro de contaminación también son inasegurables los hechos ciertos, aunque desde la Ley 389 de 1997, bajo el sistema *claims made*, se pueden otorgar coberturas a hechos ocurridos antes del comienzo de la vigencia de la póliza siempre y cuando se reclamen dentro de ella.

La operación bajo la modalidad de reclamación supone consideraciones adicionales, como la de la carga indeterminada de siniestralidad anterior, que podría poner al asegurador en una situación catastrófica, a menos que incorpore limitaciones retroactivas a la cobertura.

Como la norma en la que se consagra la cobertura de reclamación es potestativa, el asegurador está facultado también para incorporar límites retroactivos de cobertura. La legislación nacional no contempla exclusiones para hechos conocidos por el tomador por los cuales no se le hayan formulado reclamos; no obstante, las políticas de suscripción de riesgos recomiendan que el asegurador indague si el tomador tiene conocimiento sobre situaciones que puedan originar la presentación del reclamo, y si la respuesta a una pregunta concreta en este sentido es positiva, la técnica aseguradora recomienda la exclusión de la cobertura para esas circunstancias.

Por lo demás, en ocasiones se eleva a la condición de garantía la afirmación del tomador de la póliza en el sentido de que no ha tenido conocimiento de situaciones que puedan dar origen a reclamaciones futuras, y ya se sabe que la garantía en el contrato de seguro es una figura muy especial que se estudia en el capítulo de las causales de inoperancia y que si ésta se incumple desde el momento mismo de la celebración del contrato de seguro, debido al error *ab initio* en la expresión del consentimiento, el contrato será anulable (art. 1061 C. Co.). En adición, para el evento en que esta situación no se eleve a la categoría de garantía, la nulidad relativa podría afectar el contrato, derivada de una declaración reticente e inexacta del estado del riesgo (art. 1058 C. Co.).

Como se deduce de lo aquí expuesto, sin incertidumbre no hay posibilidad de obtener coberturas, por lo menos no en el marco de las regulaciones actuales del seguro privado colombiano. La incertidumbre, vista desde su aspecto objetivo y desde la perspectiva subjetiva a la luz de la definición del riesgo en el derecho colombiano, es, entonces, uno de los elementos esenciales de la contratación en el seguro privado.

El riesgo asegurable, así visto, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro. En tratándose de la contaminación industrial, si no fuera por la posibilidad legal del aseguramiento de la incertidumbre subjetiva, el elemento esencial *riesgo* podría no existir, debido, por ejemplo, a la realidad objetiva de la falla en la instalación técnica de la empresa desconocida por el sujeto asegurado, que obligaría al industrial a enfrentar, de manera inevitable, la contaminación.

La certeza de la realización del evento dañoso podría tornar inasegurable el riesgo propuesto al asegurador¹⁹.

Las aplicaciones industriales de la ciencia entrañan serios peligros que potencialmente pueden desencadenar daños al medio ambiente. La ausencia de regularidades y la imposibilidad de aplicar las técnicas actuariales y las mediciones estadísticas le imponen nuevos retos a la industria aseguradora. El impacto que tuvo la operación de las coberturas de todo riesgo en el seguro de responsabilidad civil, estructura de cobertura por virtud de la cual todo lo no expresamente excluido se encuentra cubierto, ante el surgimiento de nuevos riesgos, obligó a los aseguradores, desde el año de 1970, a incorporar expresas exclusiones para morigerar el carácter catastrófico que ha representado para la industria del seguro asumir tales pérdidas.

Por este motivo, las condiciones generales de las pólizas excluyen de la cobertura básica las responsabilidades derivadas de la contaminación, incluso la causada en forma accidental. Su aseguramiento sólo es posible si se contrata la póliza de contaminación o el anexo.

El surgimiento del *pool* de reaseguros Garpol a finales de la década de los setenta para la operación de una cobertura especial por daños al medio ambiente ha permitido avanzar en el diseño de amparos para la protección del riesgo de contaminación ambiental accidental. Poco a poco evoluciona y contempla alternativas más amplias, que cubren poluciones accidentales y, en ciertas condiciones, modalidades de contaminación gradual.

En 1989, con la creación de Assurpol se confirmó el interés del mercado en cubrir los riesgos de contaminación (para esa época la ley francesa no contemplaba el seguro de contaminación con carácter obligatorio).

Gracias a las preocupaciones de la doctrina, el alcance de la cobertura ha sido objeto de precisiones conceptuales importantes y se empieza a cubrir la contaminación gradual, derivada de un hecho fortuito, súbito, independiente de la voluntad del asegurado cuya manifestación se constate de manera simultánea al acontecimiento que provoca la pérdida y se reconoce por esta vía que la causa accidental puede derivar de una falla humana o técnica, siempre y cuando haya incertidumbre subjetiva, es decir, que ésta sea desconocida por el asegurado.

Así, las coberturas del *pool* francés excluyen los daños derivados del mal estado, insuficiencia o mantenimiento defectuoso de las instalaciones que no sea desconocido por parte del asegurado, y también los daños resultantes de la actividad normal de la empresa ya que se encuentran dentro de los límites de lo tolerable.

Refiere PAVELEK ZAMORA que la cobertura del riesgo ambiental, en la póliza de responsabilidad civil general de los países ibero-latinoamericanos, cubre las responsabilidades civiles por los daños causados a terceros con ocasión de las

19 LE GARS. *L'aléa dans l'assurance du risque industriel*, cit.

labores que se desarrollen en los predios durante las operaciones de la empresa como consecuencia de una contaminación.

El riesgo de contaminación asegurado se extiende a:

a. Indemnizar los perjuicios causados a las víctimas. El concepto de damnificado incluye a la empresa, a sus trabajadores, y al personal directivo.

b. Cubrir los gastos de defensa, extrajudiciales y judiciales.

c. Suscribir las cauciones que garanticen ante la jurisdicción el pago de las indemnizaciones.

d. Reembolsar los gastos para evitar la propagación de la pérdida y aquellos efectuados por el asegurado para evitar la realización de un siniestro inminente.

La condición de asegurador especializado en el riesgo de contaminación, como el caso de Assurpol, dota a la actividad aseguradora de múltiples ventajas; la unión de varias aseguradoras no puede ser vista como un monopolio. Assurpol agiliza el proceso de toma de decisiones para evitar la propagación de las pérdidas, neutraliza la presión social derivada de la catástrofe, adopta la medida adecuada para el restablecimiento de las cosas dañadas y además promueve transacciones de carácter definitivo. En efecto, establecida la cobertura de responsabilidad agiliza la suscripción de conciliaciones y contribuye, con esta estrategia, a evitar el impacto en la población, las críticas de los medios de comunicación y el deterioro de la imagen del asegurado.

El asegurador ajusta las pérdidas, escoge las alternativas para repararlas y, dentro de los límites cuantitativos de valor asegurado, los asume. Por esta vía, participa de manera directa en la valoración de los daños causados y en la selección de los medios para su reparación.

El seguro, así visto, contribuye a la confianza del público en el sector industrial; el conocimiento especializado también permite rescatar la función preventiva del seguro, y acumular experiencia contribuye con el perfeccionamiento de las técnicas de agenciamiento de los riesgos.

Dentro de los límites que impone la aplicación de las nuevas tecnologías generadoras de nuevos riesgos, la operación especializada del seguro como mecanismo de transferencia del riesgo puede contribuir a afinar las técnicas de previsión y al perfeccionamiento de las metodologías de evaluación.

Como se observa, los problemas y las posibles soluciones relacionadas con los daños al medio ambiente y su aseguramiento no pueden analizarse al margen de la responsabilidad civil, que impone deberes de reparación, sanciones penales y administrativas, tales como multas o suspensión de actividades.

Tampoco pueden estudiarse sin tener en cuenta el llamado riesgo de desarrollo, el derivado de que el estado de la ciencia no le permite al empresario conocer que el elemento utilizado para la fabricación del producto lleva en sí mismo la probabilidad de ocasionar el daño, el cual suele ser excluido de las coberturas.

B. Sobre el estado de las discusiones que desencadenan los riesgos en la era de la tecnología

Antes de continuar con el análisis de los retos que impone al asegurador tradicional el riesgo en la era tecnológica, conviene precisar el estado de las discusiones sobre los llamados riesgos emergentes. El debate sobre los nuevos riesgos o riesgos de la era tecnológica en el sistema jurídico, en la disciplina de la responsabilidad civil y su aseguramiento, no se caracteriza precisamente por su consistencia y simplicidad.

La complejidad es inevitable. La sociedad actual enfrenta la incertidumbre, los avances tecnológicos la inducen a hacerlo en las más de las ocasiones con soberbia; las consecuencias catastróficas y la ineludible situación que obliga a la mayor parte de las poblaciones a acceder a una información mediada diluyen las fronteras entre el mito y la realidad.

Desde de la década de los años setenta, explosiones como las de Seveso, e incendios como el del consorcio químico Sandoz en Schweizerhalle, en 1986, han despertado el interés de los medios masivos de comunicación. Ocasionan graves daños a la integridad física de los individuos, lesiones y muertes, así como daños a los ecosistemas, ríos o reservas naturales. Los daños personales se indemnizan bajo las pólizas de responsabilidad civil patronal y de riesgos profesionales.

Pero la catástrofe no es un mito; miremos sólo algunos fragmentos de los casos de que da cuenta la historia de la humanidad²⁰ y nos ayudan a comprender por qué ello es así:

Año 1998: La ruptura de la balsa de la mina Los Frailes, en España, produjo el quiebre del muro de contención y el vertimiento de más de cinco millones de metros cúbicos de lodo, agua ácida con alta concentración de metales en disolución; los derrames en los ríos Los Frailes, Agrío y Guadiamar contaminaron un área de 400 km; a ese daño no pudieron escapar los ríos, las riberas, extensas zonas de cultivo, ni la población de peces y demás organismos que murieron de manera masiva.

Por esa misma época, como consecuencia de un accidente de una empresa agroquímica en Hungría, hubo un derrame de treinta toneladas de insecticida que arrasó 400 km de aguas en el Danubio. El nefasto suceso tuvo efectos devastadores en un imponderable número de microorganismos, todas las anguilas y en total 200.000 peces fallecieron.

Año 1999: el hundimiento del petrolero *Erika* contaminó 400 km de la costa atlántica francesa.

20 SWISS RE. *El seguro de los daños medioambientales en la Unión Europea*, Technical publishing casualty.

Año 2002: el vertimiento del *Prestige* acabó con especies de pájaros, al contaminar recursos y territorios españoles y franceses.

No solo la actividad industrial puede ocasionar daños a ecosistemas, también el transporte y almacenamiento de sustancias relevantes para el medio ambiente lo pueden afectar²¹. El daño ecológico, el daño a la biodiversidad implica alteraciones reversibles o irreversibles, perturbaciones al equilibrio ecológico cuya reparación resulta difícil de satisfacer por la vía de un régimen tradicional de responsabilidad civil.

En efecto, la contaminación, por ejemplo, afecta uno o todos los bienes naturales como el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora; cuando hablamos de daños ecológicos parece que estamos refiriéndonos a una categoría de bienes jurídicos distintos, pues los perjuicios afectan bienes naturales libres. Es allí donde surge la teoría de la *res nullius*, que implica la causación de un daño a una especie animal, aguas públicas, terrenos baldíos.

Por supuesto que el daño al medio ambiente también puede entrañar atentados contra la salud humana, la propiedad privada y el patrimonio, es decir, causar daños propios de la esfera de la institución de la responsabilidad civil, como cuando se contamina un manantial de agua y el suelo de un terreno ubicado en propiedad privada deja de ser apto para cultivo o habitable.

Los daños que provoca la aplicación tecnológica de la ciencia son, en principio, asumidos por sistemas alternativos o complementarios: la seguridad social, el seguro privado, las sociedades mutuales en el campo marítimo²² y en ramos que no cuentan con seguros. Un sistema adicional interviene: el de la institución de la responsabilidad civil. Todos tienen límites. La seguridad social restringe sus coberturas a los daños causados a la integridad física de los individuos, y en el

21 Algunas actividades industriales se encuentran más expuestas al riesgo de contaminación; así, energía: centrales térmicas, instalaciones de cogeneración, producción de gas, etc.; rocas, tierras, vidrio, cerámica: fabricación de cemento, productos de cerámica y fabricación y transformación de vidrio; metales: plantas de fundición o transformación de hierro y acero, tubos de acero, tratamiento de superficies metálicas, pilas y baterías, obtención de aluminio y plomo; industria química en general, y particularmente: fabricación de productos químicos orgánicos e inorgánicos, fertilizantes y pesticidas, plásticos o fibras artificiales, resinas sintéticas, goma y derivados, pegamentos, adhesivos, sellantes, colorantes, pinturas, pigmentos, barnices, jabones, detergentes; productos farmacéuticos. refineras de hidrocarburos, alquitrán, lubricantes y aceites minerales, amianto, oleoductos y gasoductos; madera, papel y celulosa: fabricación de papel reciclado y cartón, celulosa o pasta de papel, artes gráficas; alimentación: mataderos y granjas con matadero, azúcar, industrias lácteas, extracción de aceites vegetales, granjas avícolas y porcinas; residuos: tratamiento de todo tipo de residuos: incineración, recuperación, regeneración, clasificación o depósito; almacenamiento: parques de almacenamiento de hidrocarburos, de productos químicos o de gases; otros: industrias de teñido de tejidos y otras materias textiles; industrias de curtido y teñido de cueros; silos y depósitos de cereales.

22 K. LE COUVIOUR. "Responsabilités pour pollutions majeures résultant du transport maritime d'hydrocarbures", en *La Semaine juridique édition générale*, n.º 51, 18 de diciembre de 2002, 1, 189.

seguro privado, la cuestión es si el daño se encuentra cubierto. Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad civil subjetiva, el problema deriva del surgimiento de causales de exoneración de responsabilidad.

Los daños al medio ambiente han confirmado la insuficiencia de estas instituciones, la respuesta inicial permitió el tránsito hacia la responsabilidad civil objetiva, según la cual quien contamina paga y, ahora, como veremos más adelante, se habla de una responsabilidad de derecho público²³.

El punto de partida en el seguro es el siniestro, la realización del riesgo asegurado, que puede ser un daño patrimonial o extrapatrimonial. Cuando aquél se produce, dos sistemas complementarios ingresan, el seguro social para los daños a las personas y el seguro privado, para los daños materiales y aquellos personales *en exceso*, es decir, aquellos no cubiertos por el sistema de la seguridad social. En este último caso, el de la intervención del seguro privado, la atención depende de si el daño causado se encuentra cubierto, porque de lo contrario sólo nos queda el régimen de la responsabilidad.

Como se observa, el esquema básico de seguro se encuentra integrado por la seguridad social que dispone de un régimen de pensiones, salud y riesgos profesionales. En el mercado hay también seguros privados de vida, salud, de daños reales y patrimoniales. El seguro social opera en personas, pero no para los daños materiales.

En los Estados Unidos, por ejemplo, debido a las particulares regulaciones del *social security* y a los desarrollos del régimen de responsabilidad civil, cuando una empresa ocasiona este tipo de perjuicios, de inmediato se apela a la póliza de responsabilidad civil patronal cuya cobertura en dicho mercado es básica, quizás la más importante, pues le permite al empresario asumir los daños causados a la integridad física de sus trabajadores, procurar los recursos para atender los problemas de salud y cubrir las indemnizaciones por muerte o incapacidad.

Por lo demás, la víctima puede estar asegurada de manera directa por un seguro de personas y de daños, es decir que su protección confluye con la de un seguro de responsabilidad, por lo que en este escenario las figuras de la subrogación y de la acción directa juegan un papel muy importante.

La historia de los tejidos institucionales, lo advierte CHRISTIAN LAHNSTEIN, es una verdadera selva legislativa, jurisdiccional y doctrinal; los riesgos son similares en todo el mundo pero emergen en diversos países, en diferentes mercados; por lo demás, la percepción, los desarrollos interpretativos y jurisprudenciales son también disímiles.

La responsabilidad civil y el seguro enfrentan serios retos para recuperar su función preventiva y reparadora debido a que ahora los daños tienen las siguientes características:

23 SWISS RE. *El seguro de los daños medioambientales en la Unión Europea*, cit., 5.

1. Son irreversibles, lo cual impide cumplir con el postulado que obliga a devolver las cosas al estado anterior a la ocurrencia de la pérdida.

2. Son seriadados, masivos, lo cual implica que el capitalismo hace implosión, porque el carácter catastrófico impide el pago de la indemnización y la reparación integral del daño.

3. Implicaron modificaciones al concepto procesal de la legitimación por activa en materia de seguros, porque la víctima hoy tiene acción directa en contra del reasegurador y, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, que es la materia prima de este seguro, porque hoy se permite la participación de agrupaciones de interés a través de las acciones populares y las acciones de clase²⁴.

4. Por lo que se refiere a la legitimación por pasiva, hay serias dificultades para atribuir la responsabilidad debido a la confluencia de agentes contaminantes, lo cual origina problemas de imputación que en el derecho a veces se resuelven con la figura de la solidaridad, entendida ésta como la forma que obliga a un solo responsable a afrontar el total de los costos de reparación del daño producido por muchos²⁵.

5. Hay una distancia temporal entre la causa y el efecto; la confusión entre los conceptos de causa y manifestación del daño acarrea además el problema de la retroactividad, fenómeno por virtud del cual es posible la extensión de la responsabilidad a hechos del pasado; se trata de un asunto complejo que también guarda relación con los términos de la prescripción extintiva de las obligaciones.

6. Por lo demás, en materia ambiental la objetivación es absoluta, ya no hay posibilidad de acudir a los instrumentos clásicos de exoneración de la responsabilidad civil subjetiva, como la de la prueba del cumplimiento de las normativas.

7. Los daños no respetan los límites transfronterizos, por lo que la definición de las autoridades competentes para la atención de las contingencias y de las medidas de colaboración es urgente.

8. La circunstancia de que simultáneamente con las causas conocidas se produzcan causas desconocidas y que se alcancen efectos deseados y no deseados nos enfrenta al problema del riesgo de desarrollo, que ha servido para elaborar teorías encontradas, una de las cuales defiende que si el estado de la ciencia no permite conocer que el elemento con el cual realizó la operación lleva en sí mismo

24 J. C. HENAO. "La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés", cit.

25 La directiva de la Unión Europea y sus regulaciones han dado lugar al desarrollo de diversos conceptos como el de contaminaciones históricas o futuras, los cuales a su vez han dado origen a seguros para sufragar los costos de descontaminación los llamados "*first party clean-up cost policy*", que le permiten al asegurado disponer de los recursos indispensables para la reparación de su predio. También se han desarrollado las denominadas "*clean-up cost cap*" para contaminaciones conocidas que cubren gastos adicionales por contaminaciones no esperadas o no descubiertas y cambios en la legislación que conducen al desfase de los presupuestos del asegurado previstos para dichos gastos. SWISS RE. *El seguro de los daños medioambientales en la Unión Europea*, cit., 23.

la probabilidad de ocasionar el daño, no hay lugar a responder; y una más donde se defiende lo contrario.

La caracterización que aquí se resume muestra cómo el espectro del riesgo emergente en la era tecnológica se ha venido ampliando; si bien se han logrado perfilar algunas tipologías, las aproximaciones jurisprudenciales son diversas y las definiciones legislativas confusas (me refiero a las contenidas en las normas medioambientales y en especial a aquellas en las que se consagra el seguro ecológico obligatorio). Ello hace que los aseguradores miren las coberturas con cautela y enfrenten grandes retos en la identificación de los aspectos asegurables de los mismos.

Reaseguradores de reconocida trayectoria en el mercado, como la Münchener, han hecho encomiables esfuerzos para clasificar los riesgos emergentes, los resultados de las encuestas realizadas arrojan que la humanidad se interesa de manera particular por la catástrofe.

Los estudios les han permitido identificar riesgos ecológicos de largo plazo como el del cambio climático y el del asbesto, y de corto plazo, como los derivados de terremotos y huracanes.

Han determinado la existencia de riesgos políticos de largo plazo, como las demandas de justicia social de que da cuenta la historia del derecho internacional público por el uso de sustancias químicas, como el agente naranja durante la guerra y el reconocimiento de las indemnizaciones a las víctimas por el uso de herbicidas.

Han identificado riesgos políticos de corto plazo como el de los daños provocados por las incursiones terroristas del grupo Al-Qaeda, y el de la distribución de ántrax en sobres de correo, que alimenta el fantasma de las pandemias.

Los riesgos financieros no se han quedado atrás en el análisis porque también pueden llegar a tener incidencia en el medio ambiente; por lo demás, la concentración de valores en las bolsas de Nueva York y Tokio reviste interés especial para la sociedad actual.

El concepto de riesgo percibido por la sociedad como prioritario se encuentra lleno de contradicciones éticas y sociales. El debate continúa, y mientras los empresarios facturan utilidades por la fabricación de herramientas para el corte de árboles, la legislación ambiental reclama responsabilidades por la devastación de los bosques; paradójicamente, emergen nuevos riesgos, como el de la reputación de las empresas que produce bajas o alzas de las acciones en las bolsas de valores.

El desarrollo de las nuevas aplicaciones científicas, como la de organismos genéticamente modificados (OGM), la nanotecnología y los campos electromagnéticos desencadenan problemas para la salud, diferentes tipos de cáncer y malformaciones genéticas. En el debate sobre el riesgo ingresan elementos de la sociología jurídica y de la filosofía política, la verdadera discusión esconde el peligro de la hegemonía, el monopolio. El fin de la biodiversidad es un problema

para la agricultura, de especial incidencia frente al hambre de satisfacción de las demandas de justicia social.

Las empresas farmacéuticas financian investigaciones de nuevos productos con el fin de incrementar las necesidades de consumo y garantizar rentabilidades; el resultado: remedios con efectos colaterales, que se toleran por su naturaleza terapéutica, a pesar de que la medicina debería más bien ser curativa. En definitiva, en el trasfondo, una medicina despreocupada por el desarraigo de las causas de las enfermedades y preocupada más bien por la generación de pacientes "fármaco-dependientes", si se nos permite el uso de la expresión.

Enfrentamos eventos ambiguos plenos de paradojas y de contradicciones, en medio de los cuales el seguro privado plantea soluciones. Muchos ingredientes ingresan al debate, como el del desmonte, en el siglo XX de las prestaciones del Estado de bienestar—Colombia las redujo antes de haberlas alcanzado—. Todo ello, aunque parezca ajeno a la controversia, ha generado el incremento de las acciones de subrogación por parte de los sistemas de salud en contra de los responsables de los daños. En el aumento del *quantum* de las consecuencias dañosas influye el tránsito del concepto del riesgo-ocurrencia al concepto de riesgo-reclamación, pues aunque se incorporen límites por evento, como cada enfermedad es un evento, el siniestro seriado le plantea al seguro problemáticas diversas.

El riesgo de cambio genera modificaciones en los pronósticos; las autoridades de control definen estándares de calidad, de cuidado, de comportamiento, que deben acompañar el desarrollo del objeto social de las empresas; pero éstos se modifican de un momento a otro.

Algunos países de la Unión Europea incorporaron a su legislación nacional la directiva de la Comunidad Económica sobre responsabilidad medioambiental, con efecto al 30 de abril de 2007. La directiva en mención no constituye una legislación de responsabilidad civil; tampoco se regula allí un régimen nuevo de responsabilidad del Estado. La normativa se aproxima más bien a un régimen que podríamos denominar de responsabilidad social o de responsabilidad de derecho público²⁶.

La normativa se fundamenta en el principio de que quien contamina paga, es decir que el operador que cause daños al medio ambiente deberá iniciar las medidas de reparación y correr con los gastos. Frente a la dificultad para cuantificar estos daños, la directiva optó por favorecer la práctica de las medidas de reparación y no la de la compensación de tipo financiero.

A continuación haremos una breve referencia a los retos que el reglamento de responsabilidad ambiental adoptado por la directiva de la Unión Europea impone al seguro y a los elementos que reaseguradores como Suiza de Reaseguros han tenido en cuenta para el diseño de soluciones de seguro en este campo.

26 SWISS RE. *El seguro de los daños medioambientales en la Unión Europea*, cit., 12.

Pero primero resumiremos los múltiples cuestionamientos que los daños al medio ambiente, la contaminación ambiental y en general los daños ecológicos le plantean al sector asegurador.

1. ¿Quién tiene derecho a la compensación por daños ocasionados a bienes que no son de propiedad de nadie? ¿Quién está legitimado para presentar una demanda por daños ecológicos? El aire, la flora, la fauna, no forman parte del régimen de propiedad individual: le pertenecen a la colectividad. El hecho de que el bien dañado no sea de propiedad de un tercero le genera problemas al asegurador.

2. Con frecuencia no es posible establecer quién fue el causante del daño. Este problema se presenta sobre todo en relación con los daños acumulativos, que son daños producidos por múltiples causantes; por ejemplo, la ruptura de la capa de ozono, la muerte de los bosques. Este problema también se presenta en el caso de los daños distantes, daños en los que el lugar de la emisión se encuentra alejado del lugar de la inmisión. La cuestión se extiende a los daños heredados y a los impactos ambientales crónicos; los primeros son aquellos que se causaron hace muchos años pero cuya manifestación se produce hoy, y los segundos son aquellos daños que se han producido durante un espacio de tiempo prolongado en forma acumulativa.

III. ¿CÓMO PUEDE CALCULARSE LA CUANTÍA DE UN DAÑO ECOLÓGICO?

Las distintas catástrofes industriales generaron regulaciones de responsabilidad civil que buscaron la protección de los daños personales y de los daños a bienes de propiedad de terceros. Posteriormente, al reconocer la existencia de daños heredados, el derecho se preocupó por incorporar disposiciones para la protección del suelo y la reparación de los terrenos contaminados. También estas normativas estaban referidas a los derechos de propiedad y de posesión y de responsabilidad civil. En la tercera etapa se enfrenta el daño ecológico; se reconoce que el agua, la flora, la fauna, no forman parte del régimen de la propiedad privada sino que pertenecen a la colectividad, motivo por el cual no aplican las normas de la responsabilidad civil tradicional.

Por esta razón, en la normativa europea y en la mayor parte de las legislaciones en las que se contempla el seguro ecológico como obligatorio, se faculta al Estado para exigir del autor del daño la reparación de los daños ecológicos y la posibilidad de obligarlo a sufragar los costos de la reparación. La normativa incluso contempla medidas de derecho policivo que facultan para obligar al causante del peligro a adoptar medidas preventivas o medidas que reduzcan el impacto del daño.

La directiva en comento no obliga a otorgar la cobertura de riesgo de desarrollo, así como tampoco a la adopción de un seguro obligatorio.

En materia de responsabilidad se regulan dos regímenes: el objetivo para las actividades peligrosas de alto potencial contaminante sujetas a autorización, tales como el tratamiento de residuos, transporte de material contaminante, manejo de

organismos genéticamente modificados (OGM); y el régimen de responsabilidad objetiva para los daños ecológicos; mientras que la responsabilidad es subjetiva en las demás actividades profesionales que causen daño a especies o hábitats naturales.

La directiva prevé:

– *Medidas preventivas*, que deben ser adoptadas por el operador para evitar la causación de los daños cuando exista una amenaza.

– *Medidas reparadoras*, que deben adoptarse cuando ya se ha producido el daño, para reparar, rehabilitar o reemplazar los recursos naturales o servicios dañados, así como para permitir la adopción de medidas alternativas. Estas medidas alternativas pueden revestir la calidad de medidas reparadoras primarias, definidas como aquellas que permiten la restitución de los recursos naturales a su estado básico, y medidas reparadoras complementarias, con las cuales se compensa el hecho de que resulte imposible llevar a cabo la restitución de las cosas al estado inmediatamente anterior. Medidas compensatorias que permiten compensar las pérdidas de los recursos naturales y servicios desde la fecha en que se produjo el daño hasta la restitución del bien a su estado inicial.

Cuando se daña el suelo, el operador está obligado a adoptar las medidas necesarias para eliminar el peligro a la salud humana; el objetivo es eliminar el peligro y no la restitución al estado básico.

La directiva aplica a daños ocasionados después del 30 de abril de 2007, siempre y cuando no hayan transcurrido más de treinta años desde la emisión o incidente que los produjo.

Los efectos medioambientales transfronterizos representan un gran reto para todos los actores involucrados, especialmente en lo que se refiere a la determinación de quiénes son las autoridades competentes para decidir y cuáles son las medidas de reparación que se deben tomar.

En este panorama conviene reflexionar alrededor de cuáles son los aspectos generales de la asegurabilidad del riesgo medioambiental o de contaminación.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el asegurador requiere de la existencia de criterios unívocos que le permitan calcular el riesgo, sobre todo en lo que se refiere al tipo de daños personales y materiales. Pero, además, es necesario tener presentes las legislaciones internas de los países en los cuales se concibe una categoría de riesgos asegurables y otra de riesgos inasegurables (no olvidemos que los riesgos inasegurables son aquellos que restringen el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad y no pueden ser asegurados por ningún motivo, como son por ejemplo el hecho voluntario, los actos meramente potestativos del tomador asegurado y beneficiario o el dolo del tomador).

Existen además limitaciones en cuanto al aseguramiento de determinados tipos de daños (como el daño moral) y también en cuanto a las sumas aseguradas, es decir que el seguro como mecanismo de transferencia del riesgo incorpora unos límites cualitativos y cuantitativos.

Técnicamente para los efectos relacionados con el cálculo actuarial y la ley de los grandes números, el asegurador debe estar en condiciones de medir el riesgo para poder fijar la prima.

Dado que los daños ecológicos son un concepto relativamente nuevo, no existen aún elementos que le permitan al asegurador evaluarlos. El asegurador no dispone de estadísticas que le permitan medir su frecuencia ni su severidad. Tanto la probabilidad de la ocurrencia como la magnitud de la pérdida deben ser cuantificables, se reitera, para que el asegurador pueda determinar el potencial de responsabilidad del asegurado y calcular la prima. El riesgo debe ser incierto; no puede depender del asegurado. Otro de los componentes que le permiten al asegurador equilibrar el contrato es el de la mutualidad; la muestra de riesgos homogéneos expuestos a una misma contingencia debe ser suficientemente representativa.

Por lo demás, como el seguro privado es de naturaleza mercantil, la prima debe guardar correspondencia con el riesgo, pero también permitirle al asegurador realizar una operación rentable en el largo plazo.

Para evaluar la probabilidad de pérdidas, los aseguradores se apoyan en el cálculo actuarial. Las bases estadísticas de los aseguradores acumuladas en caso de incendios, explosiones, o en eventos de construcción, operación de plantas e instalaciones y el conocimiento de las propiedades químicas, físicas y biológicas pueden ayudarle al asegurador a calcular las probabilidades de ocurrencia de daños ecológicos súbitos.

No obstante, el riesgo de desarrollo es incalculable, esa es la razón por la cual el seguro de responsabilidad civil lo excluye. Por otra parte, calcular el riesgo desconocido es una operación imposible, porque nunca ha sido asegurado; se carece de información estadística que le permita al asegurador calcular una prima ajustada al riesgo.

El evento dañoso que deriva de una contaminación paulatina suele excluirse de la cobertura básica, por lo que los aseguradores carecen de información que les permita hacer un cálculo estadístico de la prima. Los pocos conocimientos sobre el comportamiento ambiental de muchas sustancias dificultan su evaluación. Ciertas sustancias, por ejemplo, tienen efectos endocrinos. La pregunta que surge es: si se llegara a establecer que estas sustancias también afectan el sistema hormonal de los peces, ¿quién responde por los daños: el consumidor, el fabricante o la colectividad?

Estimar la magnitud del siniestro no es una tarea fácil; en efecto, puede haber serias desviaciones en el cálculo de probabilidades, sobre todo en relación con el importe de los daños personales y los costos que demanda la asistencia en salud; ciertamente aún se desconoce con precisión cuál puede ser el costo de saneamiento de los predios afectados. Por lo demás, es casi imposible establecer el monto del daño ecológico por la extinción de especies y hábitats protegidos.

Como se observa, el reto para el sector de los seguros es de naturaleza diversa, pero el reto no solo lo enfrenta el seguro sino también la responsabilidad. Se trata de conceptos nuevos, el cálculo de la magnitud del daño es indispensable para establecer una responsabilidad en conexión con el detrimento a los recursos naturales, y para ello se deberá avanzar en el inventario de las especies y los ecosistemas protegidos. Un registro histórico sobre la situación de los recursos naturales y servicios ecológicos en el momento inmediatamente anterior al de la realización del daño parece ser el ingrediente necesario para poder proceder al cálculo del valor de la reparación.

Los esfuerzos realizados son dignos de resaltar, se han afinado criterios que permiten aproximarse a estas valoraciones. Así, se propone que la magnitud del daño se determine en función de la duración y extensión del efecto, o de la sensibilidad y escasez de los recursos afectados, o apelando a estándares medioambientales cualitativos en relación con valores máximos aceptables o no aceptables.

La introducción de regímenes de seguro obligatorio no tuvo en cuenta los mínimos requisitos para que éstos pudieran llevarse a cabo. Los requisitos tienen que ver con que los riesgos por asegurar deben ser homogéneos. Esto implicaría responder a la pregunta relacionada con el hecho de si deben asegurarse sólo las empresas que trabajan con sustancias contaminantes o todas las empresas industriales. Puede haber antiselección, lo cual puede generar serios desequilibrios financieros. Si el cálculo de probabilidades depende de la medición de regularidades, la falta de datos estadísticos sobre el comportamiento de los riesgos en estos ámbitos se constituye en una talanquera para obtener la protección.

Los asegurados deben estar en condiciones de sufragar los costos del seguro, pues de lo contrario tendrían que suspender operaciones por la falta de la cobertura.

El asegurador reclama libertad en el proceso de selección del riesgo. La autorización de las actividades empresariales contaminantes no debe depender de la existencia del seguro; lo fundamental son las medidas de prevención que garantizan operaciones en condiciones de seguridad.

Por lo demás, el seguro no es el único mecanismo de transferencia del riesgo; hay otros. Uno de ellos sería el otorgamiento de garantía financiera que respalde el pago de las indemnizaciones en caso de que ocurra el siniestro.

En la actualidad, los aseguradores otorgan coberturas de seguro de responsabilidad civil para empresas en las que se excluyen daños ambientales. Los hay también con el anexo de contaminación.

Algunas empresas contratan seguros de responsabilidad civil empresarial, pólizas de productos defectuosos y seguros medioambientales en forma separada ya que, como tuvimos oportunidad de estudiar, algunas aseguradoras en Europa han conformado *poools* para el aseguramiento de este riesgo.

En el mercado también se ofrecen pólizas de responsabilidad medioambiental que cubren reclamos por daños a terceros e incluyen eventos de contaminación

paulatina. Los seguros de responsabilidad civil que contratan las empresas suelen excluir el daño ambiental; requieren anexo o póliza independiente.

Los aseguradores, frente a los requerimientos de la directiva europea, han diseñado coberturas de costos de descontaminación. El mercado ofrece amparos de gastos por contaminación que cubren poluciones históricas o futuras y las expensas requeridas para la descontaminación de los predios del asegurado. Esta es una cobertura que se ofrece como anexa a la póliza de incendio, y existen algunas que, en el seguro de responsabilidad civil, cubren además gastos de descontaminación por contaminación paulatina.

Hay también otras modalidades asegurativas como la de los seguros *Clean up cost cap*, para contaminaciones conocidas o no, es decir, cobertura de gastos ocasionados por contaminaciones inesperadas o no descubiertas y cambios en la legislación o eventos naturales que conducen a que se exceda del presupuesto de saneamiento. La cobertura exige que la empresa tenga un plan de saneamiento autorizado y un presupuesto verificado.

Se subrayan algunas ideas finales, como la del reto que representa para las aseguradoras entrar a definir el ámbito de aplicación territorial de la cobertura, que generalmente se limita a los perjuicios causados dentro del territorio nacional, porque daños ocasionados en territorio extranjero pueden implicar para el asegurador una exposición al riesgo mucho mayor.

Cuanto mayor sea la incertidumbre en relación con el daño esperado, tanto mayor será el capital necesario para cubrir imprevistos, lo cual puede conducir a que las primas en estos seguros resulten muy elevadas.

El derecho de seguros viene respondiendo con diversas normativas, en algunas de las cuales ya se prevén mecanismos que le permiten a la sociedad ir acumulando experiencias siniestralas, pues de conformidad con las disposiciones de la Unión Europea, para el control de las actividades con un alto potencial de exposición (como las plantas de Seveso), los estados deben comunicar los siniestros a la oficina de riesgos de graves accidentes. Esta información se archiva en el banco de datos del sistema de informes.

Resta dar respuesta a diversas preguntas y problemas relacionados con la actitud que la sociedad y el derecho deberían adoptar frente a los peligros e incertidumbres que engendran los progresos científicos y tecnológicos. Dicha respuesta estará determinada por el tipo de sociedad que queremos construir en un futuro y con el hecho de si se justifica asumir riesgos desconocidos o más bien apelar al principio de precaución y frenar conductas que desencadenan riesgos y daños que después no podemos reparar. Este principio debe permitir que en caso de riesgos de daños graves o irreversibles se adopten medidas eficaces tendientes a prevenir la degradación del medio ambiente, sin que la falta de certeza científica absoluta pueda servir de pretexto para aplazar su adopción.

Gracias a que hoy el principio se encuentra incorporado en la mayor parte de los textos de los tratados internacionales, poco a poco la sociedad va compren-

diendo que su actuación debe tener límites y que en determinadas circunstancias lo conveniente es asumir la obligación de frenar el curso de la acción cuando ésta conduce a un grave peligro para la salud o atenta contra la seguridad de las generaciones futuras.

El siglo XX fue el del Estado de bienestar y el siglo XXI, el de la precaución, que consiste en evitar siniestros antes de que empiecen a producirse. No sobra recordar que el siglo XXI es el de las limitaciones a la seguridad social.

Por lo demás, debe desarraigarse esa práctica perversa por virtud de la cual se autoriza la realización de actividades altamente contaminantes con la justificación de que para eso hay un seguro a cargo del sector asegurador.