

EL SEGURO ECOLÓGICO Y LAS LICENCIAS AMBIENTALES*

Hilda Esperanza Zornosa Prieto

I. LA INSUFICIENCIA DEL SEGURO COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

EN EL MUNDO LA PREOCUPACIÓN por estructurar un régimen de responsabilidad civil por contaminación ambiental data del año de 1977; Francia fue el primer país que incorporó una ley en este sentido, Italia lo hizo en 1980, Alemania en 1982, Holanda en 1984, Estados Unidos en 1985 y Dinamarca en 1992¹.

El Estado colombiano reguló la creación del seguro ecológico, con carácter obligatorio. La Ley 491 del 13 de enero de 1999 se refiere al seguro ecológico y la denominación utilizada nos induce a pensar, erradamente, que lo que se consagró fue un seguro medioambiental².

Pero el legislador se equivocó pues la protección del medio ambiente no se alcanza a través de un seguro. Las pólizas ofrecidas por los aseguradores que operan en distintos países del mundo se reducen a amparar, en forma muy limitada desde el punto de vista de las coberturas otorgadas y de las cuantías aseguradas,

* Trabajo preparado para las I Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente "Licencias ambientales-Evaluación y perspectivas", realizadas por la Universidad Externado de Colombia, del 11 al 13 de agosto de 1999.

¹ SONIA GALVIS SEGURA. "El seguro de contaminación en el mercado internacional de reaseguros", en Foro sobre Seguro Ecológico, organizado por la Especialización de Derecho del Medio Ambiente y el Centro de Estudios de Derecho de Seguros de la Universidad Externado de Colombia, el 25 y 26 de marzo de 1999.

² JUAN JOSÉ JUST ESCRIVÁ. *La obligatoriedad de aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento, Seaida Mapfre, 1997, pp. 277 a 279. Cabe anotar que el seguro de contaminación también se

consagró como obligatorio en España y Alemania. La Ley del Contrato de Seguro española en su artículo 75 expresa: «será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente». En Alemania la ley expedida el 7 de noviembre de 1990, vigente desde el 1º de enero de 1991, exige que 96 clases de actividades industriales garanticen la reparación de los daños a través de un seguro, de un aval o de una garantía estatal o federal. Así mismo, se limita la responsabilidad a la suma de 160 millones de marcos para daños corporales y materiales, con un límite global de 320 millones de marcos en conjunto.

los daños a bienes de propiedad de terceros, las lesiones o muertes causadas a las víctimas que sean consecuencia de contaminaciones súbitas y accidentales derivadas del ejercicio de actividades industriales.

Como se observa, el objetivo que se persigue con la contratación de estos seguros es bien distinto, porque el interés que se protege es el patrimonio del tomador o asegurado en la póliza. Aunque desde 1990 el legislador acogió las tendencias evolutivas de la responsabilidad civil, y para proveer a las víctimas de un derecho a la reparación le otorgó acción directa a los damnificados, la finalidad del seguro no puede confundirse con la de la preservación del ecosistema, porque su deterioro no lo previene el seguro³.

En efecto, el seguro es un instrumento a través del cual el agente contaminador, es decir el operador industrial, llámese transportador, distribuidor o fabricante, transfiere riesgos; pero ciertos riesgos, no todos los riesgos. Como la institución de la responsabilidad civil, el seguro es una herramienta que interviene a posteriori, es de carácter reparador; por ello no puede asimilarse a un sistema de eliminación del peligro. La problemática de la contaminación ambiental, repito, y esta es la tesis que trataré de demostrar a lo largo de la presente exposición, no se resuelve con un seguro.

II. EL SEGURO Y LAS LICENCIAS AMBIENTALES, O LA DEFINICIÓN PREVIA DE LO TOLERABLE

LOS DISTINTOS SEGMENTOS del sector real de la economía mezclan ingredientes, transforman materias primas, realizan procesos químicos y físicos que tienen efectos perturbadores en la naturaleza. En los países más avanzados para cada una de las industrias se definen de antemano estrictas reglas de operación técnica; normas acordes con la clase de actividad o negocio, tendientes a reducir el riesgo de contaminación. Se trata de medidas preventivas a través de las cuales se busca identificar, controlar, eliminar o transferir el peligro, es decir administrar el riesgo.

Esta circunstancia nos confirma por qué el seguro es un mecanismo complementario, no sustitutivo, de estas previsiones, pero además limitado y reparador. En la mayor parte de los países el énfasis se ha hecho en la prevención y los recursos económicos se han orientado al desarrollo de sistemas industriales de protección.

En Colombia este seguro fue concebido por la ley como obligatorio para todas las actividades que puedan causar daños al medio ambiente y como requisito para la obtención de la licencia ambiental⁴; sin embargo, lo importante es que la

³ HILDA ESPERANZA ZORNOSA. "Comentarios a la Ley colombiana 491 del seguro ecológico, expedida el 13 de enero de 1999".

⁴ A continuación me permito describir las actividades que, según la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994, requieren en Colombia de licencia ambiental: exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos, industria petroquímica, actividad minera, construcción de presas, represas, embalses, construcción de puertos o terminales, obras públicas de las redes vial, fluvial y ferroviaria, producción

de pesticidas, fabricación de municiones y explosivos, transporte y almacenamiento de sustancias, residuos y desechos peligrosos, granjas pecuarias, piscícolas y avícolas, diseño y construcción de complejos industriales, turísticos, recreacionales, deportivos, hospitales, cementerios, centrales de abastos, industria alimenticia, industria textilera, manufactura de prendas de vestir y productos de cuero, industria manufacturera de madera y muebles, industria de productos metálicos, imprentas y editoriales.

autoridad pueda controlar, en forma eficiente, que los operadores autorizados darán cumplimiento estricto a los parámetros, determinados por la ley para el ejercicio empresarial de acuerdo con las características propias de cada segmento económico⁵.

El ejercicio de la actividad industrial es imposible sin efectos contaminantes; algunos de ellos son definidos por las autoridades como tolerables. Las degradaciones admitidas, legitimadas por la sociedad a través del Estado o de los entes de supervisión son inasegurables. Por supuesto, existen grandes dificultades técnicas para determinar en qué grado contamina una industria, y si éste corresponde o no con el nivel de lo tolerado, o en qué momento se rebasa el límite aceptado como proceso natural, la frontera trazada por el legislador.

Aunque científicamente contaminación implica siempre deterioro en el ambiente, éste solo es objeto de sanción legal, es decir adquiere el carácter de conducta reprochable, cuando sobrepasa las fronteras jurídicas de lo tolerable. Jurídicamente se definió una distancia entre el concepto de daño y el de la mera perturbación⁶. La Ley 23 de 1973 en su artículo 4º crea una ficción jurídica: allí se define que hay contaminación cuando se superan los límites permisibles.

Como se observa, el asunto es mucho más complejo porque involucra el tema de las licencias ambientales, es decir de la definición previa de los requisitos mínimos de idoneidad o de competencia que se deben exigir para autorizar la realización de ciertas actividades empresariales. En países como los nuestros, en las naciones en vía de desarrollo, implica además reconocer la ausencia de tecnología, el desconocimiento de los avances (en Colombia no tenemos acceso a tecnología de punta) científicos y técnicos por parte de las autoridades ambientales, y ponderar de qué manera podemos exigirle a la industria nacional que produzca en condiciones no contaminantes sin acarrearle la imposibilidad de competir en igualdad de calidad y precio en mercados globalizados⁷.

Prima facie, el no ejercicio de la actividad dentro de ciertos parámetros mínimos de seguridad debe significar la cancelación o la falta de renovación de la licencia; pero esta decisión genera otro tipo de problemas: ¿tal vez el cierre masivo de un número muy grande de industrias?, ¿la conversión de las empresas colombianas en especímenes en vías de extinción?⁸.

III. EL SEGURO COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL LEGITIMADA POR EL ESTADO Y LAS LIMITACIONES DE COBERTURA

EL NEGOCIO DEL SEGURO SE fundamenta en un principio de la política económica

⁵ Artículo 2º de la Ley 491 del 13 de enero de 1999, por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, Bogotá, 15 de enero de 1999, CXXXIV, Nº 43.477.

⁶ HILDA ESPERANZA ZORNOSA. "Riesgo, justicia y globalización. Ensayo sobre la aproximación a los fundamentos teóricos para la reconstrucción de las categorías básicas en el régimen de responsabilidad civil". En la página 16 del citado ensayo se destaca cómo «La definición de lo que debe

entenderse como admisible o tolerable debe abordarse con desconfianza; ni los olvidos de los expertos, ni sus omisiones son siempre involuntarias o meros errores de cálculo; en ellos se asientan los mecanismos de defensa de las instituciones actuales».

⁷ ZORNOSA. "Comentarios a la Ley colombiana 491 de seguro ecológico", *cit.*, p. 23. Algunas de las soluciones propuestas consisten en incorporar límites en el monto de las indemnizaciones.

⁸ *Idem*.

nacional de origen constitucional: el de la libertad empresarial⁹. Con fundamento en él las normas del derecho privado (así el artículo 1056 del Código de Comercio) autorizan al asegurador para delimitar a su arbitrio los riesgos que asume. Por supuesto que el ejercicio de la actividad aseguradora involucra el interés público, y por ello es controlada por el Estado.

La operación aseguradora se desarrolla en forma técnica, y la aproximación a unos resultados depende de la estadística, del cálculo de probabilidades, de la ley de los grandes números, de la desviación media de siniestralidad, de la máxima pérdida probable, de la medición de la frecuencia de los accidentes, de su severidad y de su correlación con el precio adecuado a cobrar¹⁰.

Diversos son los factores que debe tener en cuenta un asegurador profesional para disminuir el grado de incertidumbre, para determinar el monto de los recursos mínimos necesarios y poder atender con suficiencia los reclamos; para que el producto de las inversiones y el patrimonio de las aseguradoras sea suficiente, para asumir el riesgo puro, para pagar siniestros dejando un margen de utilidad.

No se puede soslayar que las operaciones realizadas por las compañías aseguradoras son de carácter mercantil; en esta modalidad empresarial el objetivo no es acumular pérdidas sino presentar un margen razonable de beneficio, porque de lo contrario estarían también condenadas a desaparecer.

Por su parte, el agente contaminador no puede transferir la totalidad de los riesgos a los cuales se encuentra expuesto, sino parte de ellos. Las limitaciones internas se las impone su propia capacidad de pago, el seguro tiene un precio; las externas están dadas por el alcance de las coberturas o por los valores asegurados que la empresa aseguradora se encuentre en condiciones de asumir.

El riesgo recae en todo aquel que genera un peligro; una decisión que involucra riesgo genera un peligro para un tercero¹¹. Si esto es así, como en efecto lo es, lo fundamental, entonces, es la prevención, porque el seguro es un elemento complementario, no sustitutivo. Es un instrumento importante sí, pero de carácter reparador¹².

El seguro se consagró como obligatorio en Colombia, pero la mentalidad con la cual los agentes potenciales contaminantes deben adquirirlo no debe limitarse al cumplimiento de un mero requisito. Los problemas del desarrollo económico no los soluciona una ley de seguro ecológico, ni mucho menos el mercado asegurador. Lo importante es la prevención, la definición de la frontera de lo tolerable, en la que se demarque la esfera de lo permisible, la de la licencia ambiental.

El seguro ecológico depende del mercado internacional del reaseguro y, como no existe en Colombia ni en el mundo una compañía que por sí sola, mediante la sola afectación de su propio patrimonio, se encuentre en condiciones de soportar una cobertura ilimitada de responsabilidad civil por contaminación, la cual es por definición de índole catastrófica¹³, el cumplimiento o no de las normas que

⁹ El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común.

¹⁰ MARK R. GREENE. "Riesgo y seguro", 3ª ed., Colección Temas de Seguros, Mapfre, 1979, caps. 1º a 5º.

¹¹ NIKLAS LUHMANN. *Sociología del riesgo*, Guadalajara, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, 1981.

¹² *Ibid.*, pp. 3, 6 y 22.

¹³ JUAN JOSÉ ARBUÉS SALAZAR y JESÚS LABRADOR BERNAD. *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el*

regulan el ejercicio de la operación será siempre objeto de análisis durante el proceso de toma de decisión para la aceptación o rechazo del riesgo por parte del asegurador.

El acatamiento de tales regulaciones será elevado a la categoría de garantía; la garantía, en seguros, no es un cheque, una letra o un pagaré; es una figura jurídica, regulada por el artículo 1061 del Código de Comercio, y su transgresión se constituye en causal de inoperancia del negocio jurídico, por nulidad o terminación del contrato, dependiendo del momento en que ésta se configure.

El cumplimiento de garantías mínimas de operación traerá como consecuencia un primer gran beneficio, el del carácter asegurable del potencial agente contaminador, el del otorgamiento de la cobertura; el segundo es que las medidas de protección a través de las cuales se previene el riesgo serán consideradas por el asegurador para determinar el monto de la prima. El riesgo objetivo generalmente se puede neutralizar con más precio, pero en el riesgo subjetivo, el descuido, la negligencia, o la falta de técnicas de control, por ejemplo, lo convierten en inasegurable¹⁴. La aseguradora evaluará la exposición a la pérdida que se deriva de la operación, el riesgo objetivo; y el subjetivo o la posición personal del agente contaminante frente a la actividad.

Para el asegurador es muy importante que el potencial contaminante incorpore a su proceso de producción medidas de protección, que sea consciente de que su patrimonio es la garantía de la operación que los terceros le pueden reclamar y que por ello debe desarrollar su actividad dentro de ciertos parámetros, y que entre más exigente sea su actitud frente al control del riesgo también resultará más atractivo, como cliente, para el asegurador.

Por ello es de suma trascendencia que al evaluar las alternativas que permiten la aplicación de este seguro, proceso previsto por el artículo 32 transitorio de la Ley 491 de 1999, se trate de equilibrar el interés del Estado con el de las industrias y el del mercado del seguro, estableciendo bases adecuadas al tipo de operación para que, a partir de ellas, resulte viable el diseño de una cobertura acorde con el grado de desarrollo de nuestro país, con los requerimientos de los aseguradores nacionales, de las empresas reaseguradoras del exterior y con el fin perseguido por el legislador.

IV. COMPONENTES DEL RIESGO QUE LIMITAN LA OPERACIÓN DE ESTE SEGURO

VARIADOS SON LOS ELEMENTOS que obligan a los aseguradores a obrar con mucha prudencia en el otorgamiento de estas coberturas¹⁵:

1. El estado de la ciencia, el llamado riesgo de desarrollo, consistente en que los avances técnicos actuales no le permiten al industrial reconocer que la realización de determinados procesos físicos o la utilización de ciertos ingredientes químicos, en apariencia, inocuos ya están produciendo daños, pero la causa solo se identificará en un futuro.

pool español de riesgos medioambientales, Madrid, Edit. Dykinson, 1998.

¹⁴ GALVIS SEGURA. "El seguro de contaminación en el mercado internacional de Reaseguros", *cit.*

¹⁵ ARBUÉS SALAZAR y LABRADOR BERNAD. *Op. Cit.*

2. El concepto de latencia, definido éste como la distancia temporal entre el contacto con la causa de la pérdida y la manifestación del efecto dañoso.

3. El problema del *long tail* o el del largo proceso para la definición de los reclamos debido a las demoras en los trámites judiciales y a los amplios términos de prescripción¹⁶.

4. La falta de cifras estadísticas confiables.

5. La naturaleza catastrófica de las pérdidas, debido a la causación de daños en serie, es decir al alto número de personas, de especies vegetales o animales que han resultado afectadas, característica esta que incrementa notablemente el valor de las indemnizaciones¹⁷.

6. La inexistencia de límites geográficos, la transnacionalidad del riesgo¹⁸.

7. La consiguiente posibilidad de aplicar al causante regímenes de responsabilidad civil más severos, de carácter objetivo.

En la responsabilidad civil tradicional el elemento subjetivo, la conducta del actor, la culpa cobra especial trascendencia. Es el fundamento de la imputación, de la obligación de indemnizar.

En la responsabilidad por riesgo prevalece la relación de causalidad sobre el elemento subjetivo. El generador de la actividad peligrosa está afectado por una presunción de culpa, se invierte la carga de la prueba, y cuando la operación que realiza le reporta un beneficio la responsabilidad deviene cuasiobjetiva; entonces el cumplimiento de las medidas reglamentarias o administrativas se torna insuficiente; para exonerarse debe probar que tomó la totalidad de las medidas de prevención existentes, todas las posibles, o demostrar el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, el dolo de un tercero, la causa extraña.

La mayor parte de la doctrina coincide en afirmar que este es el régimen actualmente imperante en Colombia, porque el artículo 88 de la Constitución Nacional, en el que se consagra la posibilidad de instaurar un sistema de responsabilidad civil objetiva, aún no ha sido desarrollado.

Sin embargo, no escapa a nuestras reflexiones que la Ley 23 de 1973 establece una definición de responsabilidad civil por contaminación muy diferente a la de los artículos 2351 y 2356 del Código Civil, en los que sí se exige la culpa¹⁹. En efecto, el artículo 16 de la mencionada disposición señala que se responde por el daño al ambiente, omite cualquier referencia a la culpa, y es con base en él que algunos comentaristas sostienen que, en materia de contaminación, también en Colombia la responsabilidad civil es objetiva²⁰.

¹⁶ HILDA ESPERANZA ZORNOSA PRIETO. "Los problemas de interpretación de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil bajo el sistema Claims Made". Artículos 9º Ley 491 de 1999, 1081 y 1131 del Código de Comercio y 2356 del Código Civil.

¹⁷ Esta problemática, que no se soluciona cancelando la cobertura, ha obligado a los aseguradores a establecer límites de valor asegurado por evento, con deducibles globales, es decir a calcular de manera técnica el valor de la máxima pérdida probable antes de determinar el valor asegurado.

¹⁸ Esta circunstancia ha hecho que los aseguradores delimiten el ámbito territorial

dentro del cual operará la cobertura. Generalmente el seguro cubre riesgos provocados por actividades desarrolladas por empresas que se localizan en tierra. Las actividades marítimas, aéreas, fluviales y en general de transporte de productos contaminantes no se incluyen en este amparo, requieren de una póliza especial porque son de naturaleza distinta.

¹⁹ La Ley 23 de 1973 le otorgó facultades al Presidente de la República para integrar la comisión de estudio y debate del contenido de un estatuto para la protección de los recursos naturales.

²⁰ Este comentario lo presentó por uno

La Unión Europea ha consagrado una responsabilidad civil objetiva con fundamento en el principio según el cual el que contamina paga. Pero por supuesto el entorno económico de desarrollo dentro del cual se ejerce la actividad industrial es cualitativamente distinto²¹.

El agente contaminante debe tomar conciencia de que todo su activo patrimonial se encuentra en riesgo, porque el régimen jurídico de la responsabilidad civil así lo dispone, y aunque en el Código Civil colombiano su fundamento se encuentra en la culpa, en las normas de protección a los mal llamados "recursos" naturales en la mayor parte de los países del mundo la base es la causación del daño, lo cual no se constituye en nada distinto a una responsabilidad civil objetiva.

8. Finalmente, la circunstancia de que en Colombia, a través del artículo 6º de la Ley 491 de 1999, se le haya atribuido a las autoridades ambientales la facultad de certificar, mediante acto administrativo, sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, ha sido rechazada por distintos sectores y debe ser regulada con precisión para evitar confusiones; dados los defectos en la redacción de la norma, se requiere aclarar que a las autoridades ambientales se les atribuyó competencia para realizar actuaciones de naturaleza procesal con el fin de dictaminar, no de decidir, ni de crear una situación jurídica; es decir, para que a través de un peritaje verifiquen la ocurrencia de unos hechos y la cuantía de los mismos.

Ciertamente, como lo señala Jaime Orlando Santofimio, en este evento el ente ambiental carece de facultad para expedir un acto administrativo en estricto sentido, porque el poder no se extiende a proferir una decisión que modifique o cree relaciones jurídicas; la norma lo autoriza para practicar una prueba anticipada²².

Por supuesto que ello implicará consagrar un régimen de inhabilidades, para los claros eventos de impedimentos y recusaciones, que van a generar serios conflictos. En efecto, la autoridad ambiental mal puede ostentar en forma simultánea la facultad para expedir la licencia ambiental, evaluar la suficiencia de las coberturas²³, ser titular del bien jurídico protegido, beneficiaria de la prestación asegurada, y para destinar las indemnizaciones al desarrollo de proyectos ambientales.

de los asistentes en el foro que sobre la Ley de Seguro Ecológico organizó el Departamento de Derecho del Medio Ambiente y el Centro de Estudios de Derecho de Seguros de la Universidad Externado de Colombia en marzo de 1999.

²¹ Acta Unica Europea, Tratado de la Comunidad Económica Europea, artículo 130R.

²² Jaime Orlando Santofimio es Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, y presentó estos comentarios en el citado foro sobre la Ley de Seguro Ecológico. En su análisis, desde la perspectiva del derecho administrativo, concluye: «Con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo, la

Administración deberá respetar el debido proceso, el derecho de defensa, darle publicidad a su actuación, citar a los terceros, y a quienes tengan interés en el asunto, pues se trata de una prueba pericial que alcanzará el carácter de plena prueba, de prueba controvertida. Las autoridades ambientales realizarán su trabajo de verificación de los hechos a solicitud de parte; la norma las faculta para rendir un concepto sobre un tema técnico ambiental, para la práctica de pruebas que se harán valer dentro de un proceso judicial, por lo que deberán, entonces, aplicar los artículos 34 y 57 del Código Contencioso Administrativo, el 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil».

²³ Art. 3º Ley 491/999.

Definitivamente, todo ello conduce a concluir que no puede ser juez y parte; sobre todo, si tenemos en cuenta que también puede ser la responsable de las deficiencias en el trámite de la licencia, motivo por el cual lo lógico es prever que la prueba anticipada no se podrá practicar ante ese ente estatal especializado, en los eventos anteriormente descritos.

V. DE LA NECESIDAD DE DEFINIR PREVIAMENTE EL ALCANDE DE LA COBERTURA

LA ESTRUCTURACIÓN DE ESTE seguro implicará pronunciarse de antemano sobre el alcance que se dará, en la póliza, a una serie de conceptos²⁴; la novedad de los temas medioambientales, su especificidad, obligan a definirlos con claridad para evitar ambigüedades.

A. MEDIO AMBIENTE Y DAÑO ASEGURABLE

EL MEDIO AMBIENTE ES un bien jurídico universal objeto de protección, en el cual tienen interés el Estado y el particular. La titularidad sobre el entorno natural es colectiva, la del particular recae sobre el predio de su propiedad o sobre su integridad física. El beneficiario, la víctima del daño, podrá ser entonces un ente colectivo o el particular.

De manera que cuando el daño se ocasione en la persona o los bienes de un particular éste se encuentra legitimado activamente para demandar el pago del causante y de su asegurador, pero si se producen deterioros al medio ambiente el título para actuar se radicará en el Estado, quien lo podrá ejercer a través de las autoridades ambientales o de la colectividad en general por la vía de las acciones populares²⁵.

Para que el seguro opere se requiere que haya daño y que éste sea susceptible de estimación pecuniaria. Cuando el daño no recae sobre un bien o predio de propiedad de un particular, ni afecta la integridad física de un individuo, la posibilidad de cuantificarlo se dificulta. Esta es una de las razones por las cuales cuando los aseguradores delimitan el concepto de daño que se cubrirá en la póliza omiten utilizar la expresión medio ambiente²⁶.

El daño ecológico puro, el deterioro de la naturaleza como tal en abstracto, es ajeno a la cobertura, no porque no sea digno de protección sino porque tiene el carácter de inconmensurable. Ninguna suma, por grande que ésta sea, será suficiente para repararlo; aquí lo fundamental es la prevención. El hecho de que la Ley 491 de 1999 haya previsto la posibilidad de asegurarlo no deja de ser una quimera²⁷.

²⁴ JOSÉ LUIS DE LAS HERAS HERRAIZ. "Las pólizas específicas de responsabilidad Civil por contaminación; el pool de riesgos medioambientales", Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento, Seida y Mapfre, 1997, pp. 257 a 265.

²⁵ En Colombia la consagración de las acciones populares, dentro de la expedición del Código del Comercio y se encuentra

consagrado en el artículo 2359 Código Civil.

²⁶ DE LAS HERAS HERRAIZ. *Op. Cit.*, p. 262.

²⁷ El inciso 2° del artículo 2° de la Ley 491 de 1999 establece: «El daño ambiental puro podrá establecerse en estas pólizas como causal de exclusión de la obligación de amparar, salvo que se logre la colocación del reaseguro para determinados eventos de esta naturaleza».

La circunstancia de que el artículo 7° de la mencionada ley haya previsto que, si no es posible reparar, reponer o restaurar el bien afectado, y el beneficiario es una entidad estatal, la indemnización se debe invertir en la realización de proyectos ambientales, no deja de constituir un escollo adicional para la operación de este seguro en Colombia. Este hecho se ha interpretado como una alternativa para la consecución de recursos por parte del Estado, y la vía para hacerlo no resulta, en mi sentir, demasiado afortunada²⁸.

El daño irreversible y el ecológico puro revelan, nuevamente, que lo importante es la protección, y ésta solo se logra, en el contexto económico actual, con medidas regulatorias muy específicas para el ejercicio de la operación.

La alteración normal, esperada, previsible, o el deterioro que ha sido objeto de medición previa, en el proceso de evaluación del impacto ambiental, tampoco es asegurable porque no se ajusta a la definición de riesgo como suceso futuro e incierto que no depende de la voluntad del asegurado; de alguna manera éste es el precio que la sociedad ha aceptado asumir para alcanzar progreso.

El daño ambiental puede ser consecuencia de una emisión, descarga, arrojamiento, dispersión, filtración, escape de un elemento contaminante hacia el suelo, el aire, el agua, la flora o la fauna. Los elementos nocivos que producen alteraciones ambientales suelen tener variadas formas, pueden ser sólidos, líquidos gaseosos, o traducirse en ondas electromagnéticas, olores, ruidos, humo, vapor o ácidos²⁹.

Los eventos enunciados a modo de ilustración pueden ser involuntarios e imprevisibles o accidentales; cuando además se producen de manera repentina y súbita nos encontramos frente a un verdadero accidente, que es el objeto de protección bajo el seguro. Pero cuando se llevan a cabo en forma gradual y progresiva el asegurador restringe la cobertura; el amparo se concede de manera ocasional o excepcional mediante el pago de una extra prima³⁰.

B. LÍMITE TEMPORAL

EN LA TEORÍA TRADICIONAL el riesgo debe acaecer dentro de la vigencia de la póliza, pero en la era tecnológica una tal formulación resulta insuficiente. La experiencia ha demostrado que no todos los daños se manifiestan de manera simultánea con la realización del acto, ni dentro del lapso existente entre la iniciación y la expiración de la cobertura.

Esta circunstancia plantea nuevos retos jurídicos para los especialistas en seguros, y modernas teorías demarcan el ámbito temporal del amparo, que cubre los daños si el contacto inicial entre el elemento dañoso y el bien o la persona afectada se produce dentro de la vigencia, la que protege las pérdidas que se

²⁸ El párrafo del artículo 7° de la Ley 491 de 1999 establece: «Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada».

ZORNOSA. "Comentarios a la Ley colombiana 491 de Seguro Ecológico", *cit.*, pp. 3, 6 y 7. En este trabajo se resalta cómo los

mecanismos para la consecución de recursos económicos que garanticen la atención de los desastres son distintos. Para ello se ha debido pensar en la constitución de fondos con aportes de los particulares o del Estado.

²⁹ DE LAS HERAS HERRAIZ. *Op. Cit.*, p. 38.

³⁰ ARBUES SALAZAR y LABRADOR BERNAD. *Op. Cit.*

manifiestan durante la vigencia, y la que ampara los reclamos que se formulan durante la vigencia.

En la legislación Alemana se adoptó la teoría de la primera manifestación verificable, según la cual el asegurador que responde es el de la póliza que se encuentra vigente en el momento en que el siniestro se manifiesta por primera vez, siempre que no obedezca a causas antiguas sobrevenidas con anterioridad a la fecha de efecto del contrato³¹.

En la legislación colombiana el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 adoptó la teoría del reclamo; en consecuencia, hoy es viable otorgarle cobertura a hechos ocurridos antes de la iniciación de la vigencia, siempre y cuando se reclamen durante la misma³².

VI. REFLEXIONES FINALES

EL MUNDO HA VENIDO reconociendo que la explotación económica industrial ha derivado en deterioro medioambiental. No obstante, las reflexiones formuladas hasta el presente no se concentran en la médula del problema y se constituyen en meros paliativos. Mientras se eluda el debate público integral de la problemática los logros serán relativos y limitados³³.

Como lo señala el profesor de asuntos medioambientales de la Universidad de York, John Livingston, «la naturaleza es vista como un recurso a disposición del hombre, el enfoque de la protección sigue siendo antropocéntrico, los ministerios de Agricultura, de Desarrollo y en general todos los ministerios (aún el de Medio Ambiente) han sido creados al servicio de la industria. La naturaleza es simplemente una etiqueta, está detrás, es susceptible de apropiación; cuando tenemos un interés económico, lo convertimos en necesidad y la satisfacción de la necesidad tiene prioridad.

«Así, nuestro interés tiene prelación sobre lo demás. A una sola persona que piense eso se le llama psicópata, pero cuando es la sociedad entera la que reflexiona de esa manera la denominamos “civilización superior”.

«La naturaleza no está siendo protegida por el propio bien de la naturaleza, la fauna, la flora silvestre es esclava del hombre, pagamos por lechugas o compramos ostras y pescado fresco según el peso. La naturaleza nos ha sido donada, es un depósito de recursos que se encuentra a nuestra disposición, por eso, cuando la saqueamos, santurrónamente lo llamamos cosecha, qué palabra tan exótica para describir el pillaje»³⁴.

Ciertamente lo que se ha concebido como sostenible es el desarrollo, es la economía, no la naturaleza.

³¹ ARBUÉS SALAZAR y LABRADOR BERNAD. *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, cit., pp. 31 y 32

³² ZORNOSA. “Los problemas de interpretación de la prescripción del seguro de responsabilidad civil en la legislación colombiana bajo el sistema Claims Made”, cit.

³³ ZORNOSA. “Comentarios a la Ley colombiana 491 de seguro ecológico”, cit., pp 3 y 4.

³⁴ DAVID SUZUKI. “La naturaleza de las cosas”, programa de televisión presentado en el *History Channel Mundo Olé*, el 10 de julio de 1999.