



XV JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS

12 y 13 de mayo de 2016

RIESGOS MEDIOAMBIENTALES EN URUGUAY

PANORAMA ACTUAL Y FUTURO

Expone: Dr. Marcelo Cousillas

Modera: Dra. Andrea Signorino

Dra. Andrea Signorino

Tengo el agrado de presentarles al doctor Marcelo Cousillas quien es abogado, profesor de la UDELAR de Derecho Ambiental, Director Jurídico de la Dirección de Medio Ambiente, con lo cual realmente tenemos a una persona sumamente calificada que nos va a hablar de cómo estamos en Uruguay en temas ambientales y las perspectivas futuras. Sin más le damos la palabra.

Dr. Marcelo Cousillas

Muchas gracias Andrea, agradezco esta invitación para participar de las Jornadas, yo no soy un experto soy un aprendiz en este tema, me he dedicado a estudiar el tema ambiental, pero no es la primera vez que estoy en AIDA y es un gusto recordar que hace 10 años, en abril de 2006, en las VI Jornadas ya tratamos este tema en el Banco Central, hoy me iba al Banco Central. La verdad es que he seguido el derrotero de AIDA, cuando cumplió 50 años, luego en el 2013 o 2014, nuevamente AIDA recurrió al tema de los seguros ambientales y a la relación del ambiente y los seguros, de manera que no es un tema nuevo, es un tema al que AIDA le ha prestado atención. Yo voy a tratar de no repetirme en el tema de aquellos diez años, por suerte han pasado algunas cosas, o muchas cosas, pero a algunas puedo remitirlos a la lectura de aquellos antecedentes que están en la web de AIDA y también están recogidos en el libro de Andrea sobre responsabilidad civil.

Realmente Rossana ha hecho una presentación muy buena, lo que yo podría hacer es poner una banderita un poco distinta. No está demás decir que el derecho ambiental es una rama del derecho y tiene como principio básico la prevención. Evitar que la afectación ambiental se concrete.

A mí me gustaría tratar con ustedes tres grandes temas ya que reformulé mi exposición, e introducirnos un poco recordando cómo es el régimen de responsabilidad civil en nuestro país, Después ver algunas cosas que han sucedido en estos años, los problemas a los que hemos tenido que enfrentarnos, para luego ver cómo hemos manejado el tema con los seguros.

Miren, yo siempre cuento una anécdota, es de la época del fax, un colega que me llamaba y me decía: “che vos que estás en el tema del medio ambiente, no me puedes mandar las normas ambientales, y yo le digo mira no sé qué necesitas, no, no, mándamelas por fax”, como si fueran dos hojas. Ya no es tan así. Tampoco tenemos que estar como otros colegas en el extremo de creer que cuando hacen una recopilación de normas ambientales hacen una guía de teléfono.

Uruguay ha avanzado muchísimo. La gran década del desarrollo del tema ambiental fue entre 1990 y el 2000; pero del 2000 para acá... bueno, aprobamos la ley general del ambiente dos años antes que la aprobara Argentina. Ambos éramos los últimos países que no teníamos una regulación ambiental específica, está quedando Paraguay, pero de todas formas el Cono Sur venía un poco atrasado, salvo Brasil y Chile que habían sido los primeros en despuntar. Uruguay aprobó la ley 17283 en el año 2000, pero ya teníamos una serie de normas y, a partir de ese momento, se aprobaron otro conjunto de normas. Algunas importantes, se reformó la Constitución, se aprobó una ley de política de agua, una ley de ordenamiento territorial, que no es el tema de hoy, pero a muchos de los abogados nos ha traído algunos dolores de cabeza. Pero se han aprobado muchos decretos, reglamentaciones. Tanto la ley general del ambiente como otras leyes habilitan a que buena parte de la normativa se desarrolle a través de decretos o reglamentaciones de la ley y que no se requiera, necesariamente, recurrir a normas de rango legal. Por eso las últimas aprobaciones refieren, como por ejemplo este mismo año que se aprobó el reglamento sobre neumáticos usados. Los años 2014 y 2015 fueron muy prolíficos porque se aprobó un decreto de residuos agropecuarios, y otro sobre residuos industriales. Uruguay no tenía normas relativas a residuos industriales, entonces es un cambio bastante importante el que se ha producido en el último tiempo.

Estas normas han establecido un régimen especial en materia de responsabilidad civil para el caso del medio ambiente. Yo hago hincapié para hablar un minuto sobre el régimen de responsabilidad civil porque me gustaría complementar la presentación anterior, partiendo de la responsabilidad civil para llegar al seguro y a las garantías o reparación.

En materia ambiental rigen la responsabilidad administrativa, la penal y la civil con características muy similares. Las normas administrativas son muy similares, reconocidas, multa, clausura, lo común, lo usual.... En materia penal solo tenemos un delito específico en la ley

17220 que sanciona como delito penal el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. Pero sí tenemos algunas peculiaridades en materia de responsabilidad civil. La ley de evaluación de impacto ambiental, que es una ley muy trascendente, fue la que abrió el fuego de esa década, es una ley de 1994, es la ley 16466, que implanta el instrumento ambiental de prevención más difundido a lo largo del mundo entero. Hoy no hay ningún país del mundo que no tenga una ley de evaluación de impacto ambiental. Ya el mundo tiene regímenes de impacto ambiental de manera consistente. Esa ley apunta a prevenir las afectaciones ambientales y a que determinados proyectos no puedan ejecutarse si previamente no se han analizado los eventuales impactos. Entonces una ruta, una represa, un complejo turístico, no pueden construirse si antes no se han analizado sus impactos ambientales negativos, con la finalidad de mitigarlos, evitarlos, con la finalidad de tomar la decisión de si se puede o no, ejecutar ese proyecto por los impactos ambientales que puedan derivarse. Esa ley, tiene en su artículo 4 algunas disposiciones para el caso en que se incumpla la ley, cuando no logre evitarse el impacto ambiental. Y lo que dice es que el infractor de la presente ley o normas ambientales, que ocasione un impacto ambiental negativo, será penal y civilmente responsable y además deberá hacerse cargo de la recomposición del ambiente afectado y, para el caso en que no fuera posible esa recomposición, deberá optar las máximas medidas para mitigar el daño, para advertir el peligro que se deriva de su propio accionar.

Es decir que el artículo 4 de la ley nos dice que en materia ambiental se aplica el mismo régimen de responsabilidad civil que en el derecho común, un régimen de responsabilidad extra contractual, basado en la culpa, con todas las características que Tristán Narvaja le puso en el Código Civil. Porque dice que quien viole la ley será civilmente responsable y le agrega que, además, deberá hacerse cargo de la recomposición. La peculiaridad en materia ambiental viene por el lado de la recomposición. No basta con la indemnización es necesario proceder a restituir al ambiente sus condiciones anteriores.

Esto es interesante, el juez puede imponerlo de oficio, no se genera la extra pepita, aunque no lo pida el actor, la recomposición es por imposición legal, hay una serie de elementos que se derivan de apenas unas líneas que, estoy seguro, que el legislador no pensó lo que implicaba; apenas unas líneas que eran para impacto ambiental pero que terminan otorgando una norma general aplicable a toda la materia ambiental.

Entonces a partir de esta breve referencia, se genera en nuestro país la posibilidad de conceptualizar el daño ambiental de dos maneras diferentes, tal como lo dijo Rossana. Lo que nosotros solemos denominar el daño ambiental individual o impropio, que es el que se produce sobre personas y bienes, que no tiene diferencias con el régimen aplicable del Código Civil. Tiene las mismas características y se indemniza de la misma manera y, el daño ambiental colectivo, o daño ambiental propiamente dicho, que es el que afecta al ambiente como bien jurídico protegido. y que no importa si afecta a personas o bienes. Acá hay una vieja discusión si el estado podía ser el dueño del ambiente; pero esa discusión fue quedando de lado estableciendo sistemas como el que les estoy comentando.

¿Quién puede exigir, en el caso del daño que se hace sobre el ambiente, aunque no se afecten bienes personales? ¿Quién puede reclamar eso? En ese sentido nuestra legislación es muy amplia, ya en 1988 el Código General del Proceso estableció la legitimación de los intereses difusos. El ambiente es considerado como un interés difundido en la comunidad. Está en cabeza de todos o de nadie. El Código General del Proceso en el artículo 42, legitima para reclamar en defensa del ambiente, del interés difuso o colectivo, al ministerio público, a las fiscalías, actual Fiscalía General de la Nación, habilita al Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, habilita a las organizaciones no gubernamentales. La ley dice que son aquellas organizaciones que a criterio del juez, puedan defender adecuadamente el interés que se busca proteger. Un club de fútbol no podría ni por sus estatutos ni por su competencia defender el medio ambiente, pero tal vez, el juez pueda evaluar cuáles son esas organizaciones, son generalmente las ONG. Nuestra ley también dice que cualquier interesado está legitimado para interponer el proceso pertinente. Cualquier persona puede iniciar un juicio en defensa del ambiente. No cualquiera podrá reclamar una indemnización: el único que podrá será el que tenga legitimación de acuerdo con el derecho civil tradicional y haya sufrido algún tipo de daño en su persona o en sus bienes. Entonces podrá exigir de acuerdo al 1319 del Código Civil. Podrá reclamar responsabilidad civil común, que en este caso será por motivos ambientales, porque le contaminaron la cañada, o porque le quemaron la cosecha, o porque le afectaron el fondo de su casa, pero lo hará desde el punto de vista individual. Esa misma persona, o cualquier otra de las que mencioné, pueden igualmente iniciar el proceso para la protección del ambiente. Puede ser la cañada del señor pero no fue el señor el que reclamó, sino que es el ministerio público el que reclama por la cañada que atraviesa el predio, o puede ser alguien que reclama porque las playas de Punta del Este se contaminaron porque el San Jorge encalló y entonces llenó de petróleo... o por el plomo en La Teja, o por cualquiera de los otros eventos que hemos tenido y que son de conocimiento. Quien reclame en defensa del ambiente no puede reclamar una indemnización, porque no hay patrimonio propio que se haya visto afectado. Dicho en términos jurídicos, si reclamara una indemnización y el juez la otorgara, en el derecho uruguayo sería un enriquecimiento injusto, porque no habría una afectación patrimonial que compensara. Otros países lo solucionaron creando fondos públicos, Brasil por ejemplo, donde se destinan aquellas indemnizaciones a los que condene el juez, en Brasil se reclama hasta el daño moral. Lo que la comunidad sufrió porque su playa, o lo que fuera, se ha visto afectado. Ese dinero no va a las arcas de la ONG, a las del ministerio público o del que reclamó, sino a un fondo que tiene como finalidad la recomposición del medio ambiente, la protección u otras finalidades o funciones ambientales que se suelen asignar por ley.

En Uruguay no tenemos ese mecanismo, por tanto quien reclame en defensa del ambiente, lo que puede reclamar es la recomposición, salvo que se conjunten en una misma persona el interés personal, patrimonial y el interés difuso. Ha sucedido en muchas oportunidades.

La ley general del ambiente, la 17283 del año 2000, complementa este régimen y dice que si el interesado no procediere a la recomposición, ésta deberá ejecutarla el Estado a costo del infractor

condenado. Incluso la ley prevé la reposición de astreintes, como conminaciones para que se haga lo que se debe hacer. Hasta que el interesado cumpla con el mandato de recomposición, con la peculiaridad que el producido de los astreintes no va al Poder Judicial, sino al Ministerio de Medio Ambiente, para cumplir con fines de tipo ambiental.

Hasta ahí el régimen de responsabilidad que, si pensáramos en seguros, habría que tratar de cumplir, pues tiene daños de tipo individuales, patrimoniales e incluso ambientales colectivos.

No tenemos en nuestra legislación referencias a un seguro ambiental, no está en las normas sobre residuos y tampoco en la ley general del ambiente. Pero el artículo 14 de esta ley, que no establece sanciones, sino un elenco de medidas complementarias a las que el Ministerio de Medio Ambiente puede recurrir, para complementar otras, por ejemplo: imponer una sanción y recurrir a una medida complementaria, puede dar una autorización y recurrir a una medida complementaria. Son complementos que la ley prevé en el artículo 14. Uno es la posibilidad de que el Ministerio de Medio Ambiente exija garantías, la ley dice que exija la constancia de constitución de garantía real o personal, para cubrir el fiel cumplimiento de aquello a lo que esté obligado el sujeto a que se le impone la medida, o para reparar los daños a personas, a los bienes, o al ambiente. Es decir: la ley habilita a que el Ministerio de Medio Ambiente, por vía administrativa exija o reclame garantías que pueden ser de distinto tipo, no dice seguros pero entre líneas puede leerse que una de las posibilidades podría ser la de los seguros. ¿Qué ha sucedido? En 2006 les mostré dos ejemplos muy pequeños en materia de garantías, en los cuales se había recurrido en función del artículo 14, uno era un puerto que nunca se construyó, el de los coreanos, que fue el primer proyecto al que se le exigió una garantía, previa autorización ambiental. El proyecto nunca se llevó a cabo. El segundo ejemplo fue la explotación de oro, la explotación de oro en el país, estoy hablando del año 1997, donde se pidió una garantía, previo escándalo con el interesado, el Ministerio y el Banco de Seguros, todo un gran lío porque le pedían algo horrible, entonces se acordó que el seguro que ya exigía la Dirección de Hidrografía del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, por el uso del agua de un curso de agua, se extendiera la cobertura al fiel cumplimiento de la autorización ambiental que otorgaba el Ministerio de Medio Ambiente. Después de esos ejemplos, no hubo otros fáciles de contar porque hay que acordarse de que 2006, el país estaba empezando a meterse en un problema que nos distrajo por varios años, que fue el conflicto con Argentina por la planta de celulosa de Fray Bentos, los juicios, las negociaciones, los puentes... hablar de seguros ambientales era pecado mortal.

Sin embargo, en 2007 ya estaba la demanda presentada en la Corte y se habían producido las audiencias por las medidas cautelares que la Corte rechazó, es decir la obra siguió, y en noviembre de 2007 la planta estaba lista para entrar en funcionamiento y ahí, el Ministerio otorgó la autorización, con aquel episodio... todos listos para la conferencia de prensa y, de pronto, vino el Ministro a decir que se postergaba una semana, porque había una negociación con el Rey de España, con el gobierno argentino... pero cuando se otorgó la autorización, se pidieron garantías ambientales para la operación. Y también fue una larga negociación, en este caso la

empresa tenía buena disposición; pero el mercado no respondía a las necesidades. Ahí hubo una inventiva colectiva que recurrió a varios instrumentos de garantía y aval bancario, seguros del exterior, algún seguro nacional también, un conjunto que terminó satisfaciendo el reclamo de la administración.

Pero esto se repitió porque vino la planta de celulosa de Conchillas, la Montes del Plata, y se le pidieron garantías para las etapas de construcción y operación que son diferentes. La construcción también tenía implicancias diferentes, mientras Botnia, UPM, construía una terminal portuaria en un lugar especial, tenía otras exigencias constructivas que no se daban en esta planta, entonces se le pidieron garantías en la fase de construcción a través de seguros de responsabilidad civil.

En 2010 comienza el ciclo de los parques eólicos, el cambio de la matriz energética. Los parques eólicos son prioritarios, los estudios de impacto ambiental eran la prioridad uno, había que sacarlos rápido, entonces la DINAMA plantea la posibilidad de complementar los estudios de impacto ambiental con garantías. No hay un acuerdo fácil, porque el Poder Ejecutivo quería que los parques eólicos entraran en funcionamiento, así que alguno entró a funcionar exigiéndole garantía para la operación, pero a la mayoría se les pide para la renovación de la operación. Entonces entran en operación y luego de tres años tienen que presentar garantías. Lo que se busca garantizar es la recomposición del ambiente, si el parque es abandonado, el parque se clausura o termina el contrato con UTE, si el interesado no elimina los molinos, que exista una cobertura para eso. Se diseñó un sistema interesante, porque el seguro es menos costoso al principio porque hay menos riesgo, existe más seguridad de que el parque permanezca, con equipos que pueden incluso tener un segundo uso, luego el seguro se vuelve más caro, porque tiene que cubrir los costos de la eliminación total del parque.

Los molinos son simpáticos, hay gente que los tiene cerca que no les gusta, pero en realidad tienen algo de simpáticos, hay otros proyectos que no lo son tanto, como las recientes celdas de seguridad de los residuos peligrosos que se construyó en Montevideo, no pertenece a la Intendencia, en realidad pertenece a la Cámara de Industrias del Uruguay y la DINAMA también les pidió garantías. Eso fue más complicado porque los residuos tienen menos marketing, dicen que la celda de seguridad es muy buena y que es un hito histórico, fue construida y reconocida, no es cualquier empresa, sin embargo el tema de las garantías fue un problema y terminamos con un seguro de responsabilidad civil común y corriente que no cubre aspectos ambientales.

Ha sucedido en este tiempo (omito ejemplos menores, complejos turísticos, un tambo) el caso de Aratirí era muy peculiar, pero se aprobó una ley de minería de gran porte que estableció garantías especiales desde el punto de vista ambiental. Hay todo un articulado referido a las garantías e incluso su monto estaba tasado en la propia ley, con lo cual creo que si bien el proyecto era más

complejo, porque tenía mina, planta industrial, viviendas, caminería, minero ducto y puerto. Para nosotros era un proyecto de gran porte, sin embargo tenía garantías adicionales previstas por la propia ley, pues tenía más exigencias ambientales (le iba a pasar a Aratirí, lo que le paso a UPM, que terminó siendo el proyecto más controlado del Uruguay) le iba a pasar lo mismo si se concretaba. Pero la ley daba algunas ventajas, por ejemplo los montos de las garantías estaban establecidos y no había que discutirlos.

Hemos tenido que enfrentar en este tiempo problemas como que el mercado no ofrece seguros que puedan responder a estos daños. Ya se refirió Rossana a las cláusulas sobre reclamación, y no sobre ocurrencia, pero había otros temas, por ejemplo solo se cubre la contaminación súbita, accidental y no la contaminación progresiva. Uno de los problemas más acuciantes que tenemos hoy planteados, como la cuenca del Santa Lucia y la cuenca de la Laguna del Sauce, tenemos que recurrir (no pensemos que son problemas industriales) en ambas cuencas los problemas son primordialmente de tipo agropecuario. Tenemos que pensar en contaminación paulatina, difusa, en donde el nexo causal es difícil de probar. Las medidas que se han tomado no son de reparación: alejar el ganado de los cursos de agua, evitar la fertilización. Pero estamos todavía en proceso de encontrar mecanismos de reparación. Es un tema que DINAMA había alertado en 1998. Pero son esos informes que, hasta que el agua no llega al río o el contaminante no llega al río o no huele mal, parecen informes teóricos. Hoy el Ministerio está empeñado en mejorar y trabajar el mecanismo de garantías. No somos partidarios del sistema chileno que habilita proyectos aún sin concluir las habilitaciones, sí aval o garantías de los impactos ambientales. Creemos que el seguro o las garantías pueden ser herramientas para que se haga realidad el principio contaminador pagador, pero puede ser una herramienta más de prevención y, principalmente, que dé garantías a la sociedad de mantener las condiciones ambientales en determinados proyectos, y que tengan un interés económico real. Lo que las empresas presentan sin problemas son avales bancarios, nosotros tenemos avales bancarios por millones de dólares a primera demanda, que se presenta el Ministro de Medio Ambiente, o quien sea apoderado por el Ministro con una simple nota, y cobra. Pero quién puede conseguir avales bancarios de esa magnitud, o quién puede pagarlos. Parecería que otros instrumentos tienen las ventajas de poder manejar los costos de otra manera, otorgando la misma cobertura y dando la ventaja de la prevención. El aval bancario o el seguro de caución no tienen las mismas características que pretendemos.

Tenía algunas otras cosas sobre derecho comparado, pero con lo que ya Rossana nos mostró, es muy interesante. La experiencia europea es muy interesante. Yo estoy leyendo libros viejos. Ya sé la situación actual en Europa; pero a veces me pregunto cómo era la situación diez o veinte años antes, si nosotros estamos veinte años atrás, estoy con unos libros de principio de los noventa, tratando de hacerme las mismas preguntas que se hacían antes del libro blanco y del verde, tratando de recapitular un poco y ver situaciones que nos puedan servir, porque a veces siento que Europa y Estados Unidos están en otra situación. Claro, en Estados Unidos, tienen un nivel de información para justificar y manejar que nosotros no tenemos, no tenemos el histórico,

el cálculo que se hizo para la planta de celulosa se hizo en base de información extranjera. Claro si mirábamos los cálculos que venían de Finlandia, son pocas las infracciones que se cometen en ese país, entonces tuvimos que mirar en España. Los líos en Pontevedra... ahí vimos afectaciones reales para poder transpolar cálculos y costos.

Espero que sea útil. Muchas gracias.