

Fondo de Compensación de Daños Medioambientales

Belén Soriano Clavero

Subdirectora Técnica y de Reaseguro
Consorcio de Compensación de Seguros

El Fondo de Compensación de Daños Medioambientales (FCDM)

nace como un complemento necesario a la garantía financiera instrumentada a través de un contrato de seguro para proteger a los operadores potencialmente más contaminantes, en determinadas circunstancias, frente a sus obligaciones en materia de responsabilidad medioambiental.

El presente artículo lleva a cabo un análisis del marco jurídico de la responsabilidad medioambiental, de la garantía financiera y del FCDM a partir de las disposiciones de la normativa europea y nacional.

Directiva europea sobre responsabilidad medioambiental

El FCDM surge de la garantía financiera exigida a los operadores de actividades profesionales recogida en la **Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales**.

Esta norma insta a incorporar al ordenamiento jurídico de los Estados miembros un régimen administrativo de responsabilidad ambiental, de carácter objetivo e ilimitado.

El principio fundamental de la Directiva es que el operador que cause daños medioambientales sea declarado responsable desde el punto de vista financiero (considerando 2º de la Directiva).

El considerando 27º de la Directiva hace referencia a la necesidad de que los Estados miembros animen a los operadores a utilizar seguros apropiados u otras formas de garantía financiera que les protejan frente a las obligaciones financieras que les resulten exigibles.

El artículo 14 de la Directiva "Garantía Financiera" recoge los siguientes aspectos:

- Insta a los Estados miembros a animar a los operadores y a las instituciones financieras al desarrollo de mercados e instrumentos de garantía financiera para que los operadores hagan frente a sus responsabilidades en virtud de la Directiva.
- Hace referencia al coste y a las condiciones razonables de los seguros y de las otras formas de garantía financiera.
- Determina el enfoque de la garantía financiera: (i) aplicación progresiva; (ii) con un límite máximo para la garantía financiera, no así para la responsabilidad; y (iii) exclusión de las actividades de bajo riesgo.



Las medidas reparadoras tienen por objeto restaurar los recursos naturales dañados o facilitar una alternativa equivalente. Según establece el artículo 20 y siguientes del Reglamento, las medidas reparadoras pueden ser de tres tipos: (i) primarias, restitución de los recursos naturales a su estado básico; (ii) complementarias, cuando no es posible la restitución o consume un periodo de tiempo demasiado amplio o es muy costosa la reparación primaria; y (iii) compensatorias de la pérdida provisional de los recursos naturales durante su recuperación.

La responsabilidad se puede exigir al operador hasta 30 años después del día en que haya terminado por completo el suceso causante del daño medioambiental.

Por otra parte, el artículo 17 de la Directiva determina el ámbito de aplicación temporal, que exonera de las obligaciones derivadas de la norma cuando hayan transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar el suceso causante del daño.

Por último, cabe destacar que la Directiva establece un régimen especial para las actividades potencialmente más peligrosas (las enumeradas en el Anexo III) frente al resto de actividades, en cuanto al tipo de responsabilidad, objetiva o subjetiva, y al tipo de obligación, medidas preventivas, de evitación y de reparación.

Por tanto, en la Directiva no hay referencia alguna a la constitución de un fondo, pero establece elementos que van a ser determinantes para la creación del mismo:

- Se trata de responsabilidades financieras.
- Debe haber instrumentos financieros, con mención específica a los seguros, que puedan responder a dicha responsabilidad.
- La responsabilidad se prolonga hasta 30 años después de la ocurrencia del hecho causante. Esta referencia temporal es determinante para disponer, para casos específicos, de un fondo que complemente la cobertura de las pólizas de seguros.

Al amparo de esta Directiva, se aprobó la **Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental** (Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre).

Responsabilidad medioambiental en la Ley 26/2007 y en el Real Decreto 2090/2008

A los efectos de analizar el alcance y funcionamiento del FCDM se describen a continuación los aspectos determinantes de la responsabilidad medioambiental, según se recogen en la Ley y en el Reglamento que la complementa.

1. Ámbito de aplicación (artículo 3 de la Ley) y Finalidad de la reparación (artículo 20 y siguientes del Reglamento).

El ámbito de aplicación de la norma es el siguiente:

- Para las actividades del Anexo III de la Ley: se trata de responsabilidad objetiva y relativa a medidas preventivas, de evitación y de reparación del daño medioambiental.
- Para las actividades distintas a las enumeradas en el Anexo III, hay dos opciones:
 - Responsabilidad subjetiva (cuando medie dolo, culpa o negligencia) y relativa a medidas preventivas, de evitación y de reparación del daño medioambiental.
 - Responsabilidad objetiva y relativa a medidas preventivas y de evitación del daño medioambiental, sin incluir las medidas de reparación.

Las medidas preventivas son aquellas que se adoptan como respuesta a un suceso u omisión que suponga una amenaza inminente de daño medioambiental, con el objetivo de impedir al máximo dicho daño.

Las medidas de evitación son aquellas que, una vez producido el daño medioambiental, van dirigidas a limitar mayores daños medioambientales.

Las medidas reparadoras tienen por objeto restaurar los recursos naturales dañados o facilitar una alternativa equivalente. Según establece el artículo 20 y siguientes del Reglamento, las medidas reparadoras pueden ser de

tres tipos: (i) primarias, restitución de los recursos naturales a su estado básico; (ii) complementarias, cuando no es posible la restitución o consume un periodo de tiempo demasiado amplio o es muy costosa la reparación primaria; y (iii) compensatorias de la pérdida provisional de los recursos naturales durante su recuperación.

2. Ámbito temporal de la responsabilidad medioambiental (artículo 4 de la Ley).

La responsabilidad se puede exigir al operador hasta 30 años después del día en que haya terminado por completo el suceso causante del daño medioambiental.

Garantía financiera en la Ley 26/2007 y en el Real Decreto 2090/2008

Una vez recogidos los aspectos básicos de la responsabilidad medioambiental, se abordan las características de la garantía financiera, como paso previo al análisis del FCDM.

1. Constitución de una garantía financiera obligatoria (artículo 24 de la Ley) y Garantía financiera obligatoria y comunicación a la autoridad competente (artículo 33 del Reglamento).

Los operadores del Anexo III de la Ley, con las exenciones previstas en el artículo 28 de la misma, están obligados a contratar una garantía financiera por el importe que resulte del análisis de los riesgos medioambientales realizado por el operador siguiendo la metodología recogida en la normativa.

El importe de la garantía financiera obligatoria incluirá el coste de la reparación primaria y los costes de prevención y de evitación del daño. Este importe no implica que se limiten las responsabilidades del operador que, como indicaba la Directiva y la Ley, son de carácter ilimitado. Por ello, los operadores obligados podrán garantizar, de manera voluntaria, sus responsabilidades financieras por encima del importe que resulte de su análisis de riesgo medioambiental. Sin embargo, la garantía contratada de manera voluntaria no quedará sujeta a las exigencias y particularidades que recoge la Ley en cuanto a la garantía financiera obligatoria.

De igual modo, el resto de los operadores no obligados a constituir una garantía financiera, podrán contratar voluntariamente garantías financieras de responsabilidad medioambiental, que tampoco quedarán sujetas a las exigencias y particularidades que recoge la Ley en cuanto a la garantía financiera obligatoria.

2. Responsabilidad cubierta por la garantía (artículo 25 de la Ley).

La garantía financiera obligatoria tiene que estar destinada específica y exclusivamente a cubrir la responsabilidad medioambiental de los operadores en los términos de la Ley, al margen de otras responsabilidades civiles, administrativas o de otro tipo.

3. Modalidades (artículo 26 de la Ley).

Los posibles instrumentos financieros que se pueden utilizar, de manera alternativa o complementaria, para cubrir la garantía financiera obligatoria, son:

- Contratación de una póliza de seguro: en este caso, con aportación al FCDM y con los derechos que le corresponden de tal aportación.
- Obtención de un aval bancario.
- Constitución de una reserva técnica.

4. Sujetos garantizados (artículo 27 de la Ley).

Los sujetos garantizados son el operador y, adicionalmente, subcontratistas, profesionales colaboradores y el titular de las instalaciones.

5. Exenciones de constitución de garantía financiera obligatoria (artículo 28 de la Ley).

Quedan exentos de constituir la garantía financiera obligatoria los siguientes operadores del Anexo III:

- Aquellos cuyos costes de reparación se evalúen por un importe inferior a 300.000 euros.
- Aquellos cuyos costes de reparación se encuentren entre 300.000 y 2.000.000 de euros, siempre que acrediten que están adheridos al sistema EMAS o al sistema UNE-EN ISO 14001.
- La utilización de productos fitosanitarios y biocidas con fines agropecuarios o forestales.
- Otros que se determinan reglamentariamente.

6. Costes cubiertos (artículo 29 de la Ley).

La garantía financiera obligatoria debe cubrir los costes de prevención, de evitación y de reparación primaria.

7. Límites cuantitativos de la garantía (artículo 30 de la Ley).

Con independencia del resultado del análisis de riesgos medioambientales realizado por el operador, la garantía financiera obligatoria no podrá superar los 20.000.000 de euros, pero no exime a los operadores de cubrir los costes de prevención, de evitación y de reparación primaria en su totalidad.

8. Vigencia de la garantía (artículo 31 de la Ley) y Continuidad de la cobertura de la garantía financiera (artículo 39 del Reglamento).

La garantía tiene que estar constituida desde que es efectiva su exigencia, según la normativa en vigor, hasta el cese de la actividad.

En el caso de que se haya optado con la contratación de una póliza de seguro, el operador deberá justificar: (i) la vigencia de la póliza de seguro; y (ii) la inexistencia de desajuste entre las distintas pólizas en relación a los periodos de cobertura.

9. Limitaciones del ámbito temporal de la garantía (artículo 32 de la Ley).

La garantía financiera que se constituya tiene que responder de los daños medioambientales que cumplan lo siguiente: (i) que comiencen en el periodo de garantía; y (ii) que la manifestación de los daños y la reclamación al operador se produzca en el periodo de garantía o en los 3 años siguientes a la terminación de la misma.

Las referencias temporales básicas de la responsabilidad medioambiental y de la garantía financiera obligatoria son las siguientes:

- El operador es responsable del daño medioambiental hasta 30 años después de terminar el suceso contaminante.
- Los operadores obligados a contratar garantía financiera deberán disponer de la misma desde que les es exigible hasta el cese de su actividad.
- La garantía financiera obligatoria tiene que responder de los sucesos causantes iniciados en el periodo de garantía y manifestados y reclamados hasta 3 años después de terminar la vigencia.
- En el caso de optar por pólizas de seguro, estas tienen que estar diseñadas de tal manera que no haya lagunas de cobertura mientras la actividad continúe o hasta 3 años después de cesada la actividad.

Se observa, por tanto, un desajuste entre las garantías de las pólizas de seguros de responsabilidad medioambiental obligatoria, dado que las pólizas son efectivas hasta 3 años después del cese de la actividad, y el ámbito temporal de la responsabilidad medioambiental de la Ley, que alcanza hasta 30 años después de terminar el suceso contaminante aunque la actividad haya cesado.

En este contexto surge la necesidad de crear un fondo que se haga cargo de los daños medioambientales para actividades cesadas cuando el suceso contaminante se haya generado en el periodo de actividad del operador pero que se haya manifestado después de los 3 años que, como mínimo, tienen que estar cubiertos por las pólizas de seguros.

FCDM en la Ley 26/2007 y en el Real Decreto 2090/2008

El FCDM: naturaleza

Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 33 de la Ley y artículo 44 del Reglamento).

Las funciones que el Consorcio de Compensación de Seguros (CCS) lleva a cabo pueden ser de dos tipos, funciones aseguradoras y otras funciones públicas no aseguradoras.



En el caso de las funciones aseguradoras es necesario que las mismas hayan sido previstas en el Estatuto Legal o que se aprueben por el Consejo de Administración por mayoría de dos tercios de sus componentes.

En el caso de las funciones públicas no aseguradoras es necesario que le sean atribuidas por normas legales al amparo de lo recogido en el artículo 16. e) del Estatuto Legal del CCS.

En este contexto, la Ley 26/2017 atribuye al CCS, como una función pública no aseguradora, la administración y gestión del FCDM, con independencia financiera y contable del resto de actividades que realiza.

El CCS actúa, de conformidad con el referido artículo 33 de la Ley 26/2007, como mero administrador y gestor del FCDM, cuyos recursos son independientes financiera y contablemente del resto de las actividades que realiza. De esta forma, el CCS no habrá de soportar pago alguno relativo a los daños medioambientales con cargo al patrimonio de otra de sus actividades.

Así mismo, ahondando en su naturaleza no aseguradora, la Ley regula que las prestaciones del FCDM están limitadas, en última instancia, al importe total constituido en el mismo.

Por aplicación de la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, y la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre, la garantía financiera obligatoria y, por tanto, el FCDM entraron en vigor, de manera progresiva, a partir del 30 de octubre de 2018.

El FCDM: aportaciones

Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 33 de la Ley y artículo 44 del Reglamento).

El fondo se constituirá con las aportaciones de los operadores que, estando obligados a constituir la garantía financiera, contraten un seguro.

Las aportaciones se giran por las entidades aseguradoras junto con las primas comerciales que apliquen a sus asegurados por la cobertura de la garantía financiera obligatoria. En cualquier caso, los beneficiarios y destinatarios de los recursos del FCDM son exclusivamente los operadores.

La Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, aprobó la tarifa de aportaciones al FCDM, quedando establecida en el 8 % de las primas comerciales que las entidades aseguradoras apliquen a sus asegurados en la cobertura de la garantía financiera obligatoria. Esta aportación se aplica a las pólizas que se renueven o contraten a partir del 30 de octubre de 2018.

El FCDM: finalidad

Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 33 de la Ley y artículo 44 del Reglamento).

El FCDM está destinado a prolongar la cobertura de las pólizas de seguro, y en sus mismos términos, para actividades cesadas que hayan incurrido en responsabilidades por daños medioambientales causados durante el periodo de vigencia de las pólizas, pero manifestados o reclamados después de los periodos de manifestación y reclamación admitidos en póliza (mínimo 3 años). Además es necesario que se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquel durante el cual estuvieron vigentes las pólizas de seguros, contados desde que terminó la vigencia de la última póliza y con el límite de 30 años, por tanto el periodo de la garantía del FCDM queda limitado, para cada operador, a 27 años.

Quedan excluidas de la responsabilidad del FCDM:

- Las actividades que no disponían de seguro en vigor en el momento del cese de la actividad.
- Los daños generados después de cesar la actividad por abandono de instalaciones con potencial contaminante.
- Los daños que no hubieran tenido cobertura de haber estado la póliza en vigor.

La cobertura del FCDM será, como máximo, la media aritmética de las sumas aseguradas en las 5 últimas anualidades de seguro a contar desde el año en que se produjo el daño medioambiental.

Por aplicación de la Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Presidencia del Consorcio de Compensación de Seguros, por la que se aprueban los modelos del recargo a favor del FCDM y se establece el procedimiento de declaración e ingreso, las entidades aseguradoras tienen que facilitar al CCS los condicionados de las pólizas a los efectos de la cobertura del FCDM.

El FCDM: situación actual

El FCDM se ha creado tras la aprobación de la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre, por la que se establecieron las fechas para la constitución de las garantías financieras obligatorias.

La incorporación al FCDM de las pólizas de seguro se está llevando a cabo de forma progresiva.

De esta manera, las actividades del Anexo III clasificadas con nivel de prioridad 1 en la Orden ARM/1783/2011 deben disponer de la garantía financiera obligatoria a partir del 30 de octubre de 2018 y aportar al FCDM en la primera emisión o renovación que se produzca a partir de dicha fecha; las de prioridad 2 se incorporarán a partir del 30 de octubre de 2019 y para las de prioridad 3 es necesaria la aprobación de la correspondiente orden ministerial que fije la fecha de la obligatoriedad de contratar la garantía financiera.

En los próximos años será posible llevar a cabo un análisis de la evolución del FCDM, creado como un instrumento de política medioambiental asociado al sector seguros a través de las pólizas de las compañías aseguradoras y de la gestión y administración del mismo por parte del CCS.