

Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica

Albert Azagra Malo

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

En Julio de 2002 entró en funcionamiento el [Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante, FIVA](#), un fondo de compensación sin culpa de las víctimas del amianto francesas. Más recientemente, en abril de 2007, el [Asbestfonds-Fonds d'Amiante \(AFA\)](#) empezó a indemnizar a las víctimas del amianto belgas. En este trabajo se describen y comparan los fondos francés y belga y se valora una hipotética implementación de un fondo de características similares en España.

The [Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante \(FIVA\)](#), a French asbestos injuries compensation fund, went into operation in July 2002. Last April, the [Asbestfonds-Fonds d'Amiante \(AFA\)](#), a Belgian fund followed suit. This paper describes and compares both funds and evaluates a hypothetical implementation of a fund with similar characteristics in Spain.

Title: Asbestos Injuries Compensation Funds in France and Belgium

Keywords: Mass Torts, Compensation Funds, Non-fault Plans, Asbestos Litigation

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA, Francia)**
- 3. Asbestfonds-Fonds d'Amiante (AFA, Bélgica)**
- 4. Comparativa de FIVA y AFA**
- 5. Valoración de un hipotético Fondo Español de Víctimas del Amianto (FEVA, España)**
- 6. Conclusiones**
- 7. Tablas de jurisprudencia citada**
- 8. Bibliografía**

* El presente trabajo se ha beneficiado de la ayuda prestada por el *DURSI de la Generalitat de Catalunya (2005 SGR 00215: Grup de Recerca sobre Dret Patrimonial)*. El autor agradece a los miembros de la Redacción de *InDret*, a los *reviewers* del trabajo y a Alexander Van de Sande (*Fonds des maladies professionnelles*, Bélgica) su colaboración.

1. Introducción

Los fondos de compensación sin culpa son entidades que administran dotaciones públicas o privadas destinadas a indemnizar a grupos homogéneos de víctimas. La acción protectora de los fondos acostumbra a basarse en criterios médicos y no en la identificación del causante del daño del solicitante o en la concurrencia de culpa en uno u otro. Asimismo, en el común de los casos, el funcionamiento del fondo no requiere la intervención judicial, pues las divergencias entre el fondo y el solicitante de indemnización son menores que entre causante del daño y víctima. En consecuencia, los fondos de compensación indemnizan a más víctimas, de una manera más rápida y con menos costes de gestión que el derecho de daños basado en la litigación y en la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil¹.

Los primeros fondos de compensación los previó la Ley alemana del Seguro de Accidentes de 6.7.1884². Los §§ 11 y ss. del precepto regulaban las *Berufsgenossenschaften*, cooperativas independientes cuyo cometido principal era –y todavía es– la administración de fondos destinados a la compensación de las víctimas de accidentes laborales y de sus causahabientes. Los fondos, distribuidos por sectores de riesgo y distritos, debían nutrirse de aportaciones empresariales y sus prestaciones no dependían de la concurrencia de culpa empresarial. Como contrapartida, a los empresarios se les reconocía inmunidad frente a las reclamaciones de responsabilidad civil por accidentes laborales.

Los fondos de compensación pronto cruzaron las fronteras alemanas y hoy son un componente básico del aseguramiento público de accidentes de trabajo de muchos estados europeos, entre ellos, España (arts. 97 y ss. [TRLGSS](#)³). En consecuencia, la litigación interpreta un papel secundario en la compensación de daños ocupacionales. Sin embargo, a pesar de algunos pronósticos lúgubres⁴, ha sobrevivido en forma de acción excepcional contra los empleadores gravemente negligentes o dolosos (art. [452 CSS](#) francés⁵ y [§104 SGB](#) alemán⁶), de acción de

¹ Una introducción a la literatura jurídica y económica sobre los fondos de compensación y otros sistemas de compensación sin culpa puede consultarse en MCEWIN (1999), PINTOS (2000, pp. 259-336) y ABRAHAM (2002, pp. 238-250). VON BAR (1998) es crítico con los fondos de compensación en relación con los daños medioambientales: “Grundsätzlich stehe ich solchen Fondslösungen freilich eher skeptisch gegenüber, weil sie i.d.R unnötig Kapital binden und unnötige Verwaltungskosten verursachen. Außerdem besteht das Ergebnis oft darin, daß korrekt arbeitende Unternehmen gezwungen werden, für die Fehler ihrer Konkurrenten einzustehen. Ich meine deshalb im Hinblick auf den Ersatz von Individualschäden bei Lösungen innerhalb des derzeitig gültigen haftungsrechtlichen Systems verbleiben sollte“ (A 56). En el mismo sentido, se expresa el autor en relación con los fondos de compensación para daños causados por productos defectuosos (véase A 73).

² *Unfallversicherungsgesetz vom 6.7.1884, RGBl. 69*. La ley es uno de los tres hitos legislativos del programa social del Canciller Otto von Bismark (1815-1898). Los otros dos son la Ley del Seguro de Salud (*Gesetz betreffend Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883, RGBl. 73*) y la Ley del Seguro por invalidez y vejez (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22.6.1889, RGBl. 97*). Sobre todas ellas véase KALTENBORN (1998).

³ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29.6.1994)

⁴ En “Is There a Future for Tort?” (44 *Louisiana Law Review* 1993), FLEMING se preguntaba si la extensión del aseguramiento público de los accidentes laborales y no laborales unida a la reinterpretación de las categorías tradicionales del derecho de daños en favor de la compensación de las víctimas anunciaba el fin del derecho de daños (“Does all of this signal the death of tort?”, p. 1995).

⁵ *Code de la Sécurité Sociale (Partie Législative) (CSS)*.

⁶ *Sozialgesetzbuch VII (Gesetzliche Unfallversicherung) vom 24. März 1997 (BGBl. I 594) (SGB)*.

regreso de los órganos gestores del sistema de seguridad social en determinadas circunstancias (§ 110 SGB y art. 126.3 TRLGSS español⁷) o de acción ejercitada por los trabajadores compatible con las prestaciones de la Seguridad Social (art. 127.3 TRLGSS).

Más recientemente una nueva categoría de fondos de compensación sin culpa está encontrando aceptación en Europa. Son fondos que afrontan la compensación de daños que afectan a multitud de víctimas y plagan juzgados y tribunales. A esta categoría pertenecen los fondos de compensación de las víctimas del amianto sobre los que versa este trabajo: el *Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA)* francés y el *Asbestfonds-Fonds d'Amiante (AFA)* belga.

El amianto es un grupo de silicatos hidratados que se descomponen fácilmente en fibras flexibles, ignífugas y químicamente inertes, cualidades que explican que fuera usado por centenares de industrias durante buena parte del siglo XX. El amianto es también un agente tóxico de primer orden: la exposición a sus fibras es la principal causa del mesotelioma (un tumor maligno de la pleura) y de asbestosis (una fibrosis pulmonar) e incrementa el riesgo de contraer cáncer de pulmón, todas ellas enfermedades con un largo período de latencia.

La implementación de los fondos de compensación de las víctimas del amianto tiene bastante que ver con la ineficiencia del derecho de daños basado en la litigación y en la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual para compensar y prevenir los daños del amianto. La latencia de los daños, el desconocimiento inicial de los efectos nocivos y la incertidumbre acerca de los mecanismos de acción de las fibras del amianto dificultaron históricamente la prevención y las condenas indemnizatorias actuales tienen escasa capacidad preventiva, pues, con contadas excepciones, el uso y consumo de amianto están prohibidos en toda la Unión por la *Directiva 1999/77/CE, de 26 de julio, por la que se adopta al progreso técnico por sexta vez el anexo I de la Directiva 1976/769/CEE (...)* (DOCE nº L 207, de 6.8.1999) (transpuesta al ordenamiento español por la *Orden del Ministerio de la Presidencia de 7 de diciembre de 2001 (BOE nº 29, 14.12.2001)*). Por lo demás, el derecho de daños compensa tarde o nunca a las víctimas y es un instrumento extraordinariamente costoso.

La ineficiencia del derecho de daños también explica que durante el 109º Período de Sesiones del Congreso de los Estados Unidos y con ocasión de la tramitación de *The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2006 Bill (S. 3274)* se discutiera la implementación de un Fondo de resolución de demandas por daños del amianto (*Asbestos Injury Claims Resolution Fund*), previsto en el Título II del proyecto.

2. *Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA, Francia)*

El art. 53 de la Ley de financiación de la Seguridad Social para el año 2001 (*Loi nº 2000-1257*)⁸

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29.6.1994) (TRLGSS).

⁸ *Loi nº 2000-1257, de 23 du décembre 2000, de financement de la Sécurité Sociale pour 2001* desarrollada por *Décret 2001-963, du 23 de octobre 2001*. Sobre estas normas y el FIVA, véase AZAGRA (2007, pp. 161-177).

creó el Fondo de Indemnización de las Víctimas del amianto (*Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante, FIVA*). El FIVA es un fondo de compensación sin culpa con personalidad jurídica propia y naturaleza de establecimiento público que se financia mediante contribuciones del Estado y la Seguridad Social franceses y, en menor medida, por donaciones y legados de particulares y por las acciones subrogatorias contra los responsables de los daños que indemniza. En el año 2006 y según la previsión del 5º Informe de actividad (*5ème Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Juin 2005/Mai 2006 FIVA, p. 74*) la previsión de gastos del FIVA comprendía 410 millones de euros correspondientes a indemnizaciones y 6 millones correspondientes a otros gastos (fundamentalmente, los de gestión del fondo). Asimismo, sus reservas después de satisfacerlos ascendían a 203,4 millones de euros. Ese mismo año la contribución del estado fue de 47,5 millones de euros y la de la Seguridad Social de 315 millones de euros.

El fondo indemniza los daños sufridos por los solicitantes de alguna de las tres categorías de beneficiarios que establece el art. 53 I de la Loi nº 2000-1257:

- 1º "Las personas que tengan reconocida una enfermedad profesional derivada de la exposición al amianto según la legislación francesa".
- 2º "Las personas que hayan sufrido daños personales derivados de la exposición al amianto en territorio de la República francesa".
- 3º "Los causahabientes de los beneficiarios previstos en 1º y 2º", categoría que según el FIVA (*Présentation du barème d'indemnisation-FIVA, p. 7*) incluye a los miembros de la familia de las víctimas (no hay limitación de grado de parentesco) y personas con vínculos afectivos con la víctima (p. ej. el hijo del cónyuge procedente de una relación matrimonial o extramatrimonial anterior).

La aceptación de las propuestas indemnizatorias del FIVA presupone la renuncia a las acciones indemnizatorias contra el causante del daño, en las que "se subroga el fondo hasta el límite de las cantidades satisfechas" (art. 53 VI, segundo pfo. Loi nº 2000-1257). Sin embargo, víctimas y causahabientes pueden prescindir de la acción protectora del Fondo y recorrer la vía judicial si lo prefieren. Así, y a pesar de que la mayoría de las víctimas del amianto son indemnizadas por el FIVA, en 2004 los jueces y tribunales franceses dictaron más de 1.217 sentencias sobre responsabilidad del empleador en casos de exposición al amianto, 1.192 estimaron la demanda⁹.

Hasta 2002 los fallos estimatorios eran la excepción. Sin embargo, la situación cambió como consecuencia de seis sentencias de la Sala Social de la Corte de Casación de 28.2.2002 (*Cour de Cassation, Chambre Sociale, Arrêts n° 835: CAPM Grenoble c. "Société Ascometal", 837: "Société Eternit" c. X et autre*¹⁰, 838:

⁹ Véase DERIOT y GODEFR OY (2005, p. 166): "*La modification de la jurisprudence de la Cour de cassation, intervenue en 2002, a rendu la condamnation de l'employeur pour faute inexcusable plus facile que par le passé. On constate d'ailleurs une forte croissance du nombre de jugements, passé de 300 en 2002 à 900 en 2003 et plus de 1.500 en 2004. Sur les 1.217 jugements rendus dans le premier semestre 2004, seuls 25, soit moins de 2%, ne reconnaissent pas la faute inexcusable de l'employeur*".

¹⁰ Una nota de jurisprudencia sobre la sentencia de la Corte de Casación nº 837 de 28.2.2002 puede leerse en PICCA y SAURET (2002, pp. 17-19).

“*Société Eternit*” c. *Consorts X et autre*¹¹, 842: “*Société Eternit*” c. *Consorts X et autres*, 844: “*Société Valeo*” c. *Consorts X et autre* y 845: “*Société Everite*” c. *X. et autres*). Las sentencias resolvieron casos en que antiguos trabajadores de las sociedades demandadas habían contraído asbestosis o mesotelioma como consecuencia de exposición ocupacional al polvo de amianto. Tras las respectivas sentencias de primera instancia (cuyo sentido no consta), las correspondientes Cortes de Apelaciones condenaron a las sociedades al pago de sendas indemnizaciones por daños y perjuicios. La Corte de Casación confirmó los fallos condenatorios. En todas las sentencias puede leerse que “en virtud del contrato de trabajo, el empleador tiene en relación con su empleado una obligación de seguridad de resultado, especialmente en lo que concierne a las enfermedades profesionales contraídas por el empleado provocadas por los productos fabricados o utilizados por la empresa”. También en todas las sentencias añadió que “la infracción de esta obligación tiene el carácter de culpa inexcusable en el sentido del L. 452-1 del [Code de la Sécurité Sociale \(CSS\)](#)¹² siempre y cuando el empleador tuviera o debiera haber tenido conciencia del peligro al que estuvo expuesto el trabajador y no hubiera tomado las medidas necesarias para protegerlo”. Tal interpretación supuso un giro copernicano en el concepto de culpa inexcusable, único supuesto en el que el derecho francés otorga a la víctima o a sus causahabientes una indemnización complementaria a las prestaciones de Seguridad Social de acuerdo con el art. L. 452-1 CSS. Hasta las sentencias que se comentan, el concepto de culpa inexcusable se interpretaba en términos restrictivos y de acuerdo con la doctrina que emanaba del *Arrêt des Chambres Réunies de la Cour de Cassation du 16 juillet 1941* que había definido aquella como “culpa [empresarial] de una gravedad excepcional, que deriva de un acto o de una omisión voluntaria, del conocimiento del peligro que debe tener su autor o de la ausencia de toda causa de justificación, y que se distingue de la culpa por la falta de un elemento intencional”¹³.

Las indemnizaciones del FIVA comprenden el daño patrimonial y no patrimonial calculado de acuerdo con las circunstancias de cada caso y con un baremo¹⁴ indicativo adoptado por Resolución del Consejo de Administración del FIVA de 21 de enero de 2003 y cuyos criterios principales son, por una parte, la enfermedad y su gravedad y, por la otra, la edad de la víctima.

El daño patrimonial comprende: la incapacidad funcional, la pérdida de ingresos profesionales, los gastos médicos a cargo de la víctima y otros gastos adicionales, por ejemplo, la contratación de un asistente social o la adaptación de la vivienda o vehículo. La incapacidad funcional está baremada. El resto de partida las calcula el FIVA a la luz de las circunstancias del caso. Asimismo, en relación con los causahabientes el daño patrimonial incluye el perjuicio económico derivado del fallecimiento de la víctima¹⁵.

¹¹ Un comentario a la sentencia de la Corte de Casación nº 838 de 28.2.2002 puede leerse en STREBELLE (2002, pp. 672-677).

¹² “Cuando el accidente es debido a la culpa inexcusable del empresario o de quien le sustituya en la dirección, la víctima o sus causahabientes tienen derecho a una indemnización complementaria (...)”.

¹³ El extracto de la sentencia se traduce del reproducido en LAMBERT-FAIVRE (1990, p. 242).

¹⁴ El baremo “es un cuadro gradual establecido convencionalmente para evaluar (...) los daños derivados de accidentes o enfermedades” (www.rae.es). Según LUNA/RAMOS/MARÍN (2006, p. 4), “puede adoptar muy diversas formas, pues la evaluación de daños puede llevarse a cabo bien asignándoles un valor monetario único, bien estableciendo una horquilla de valores posibles, que el Juzgador concretará a partir de las circunstancias del caso, o bien estableciendo una fórmula de cálculo basada en variables objetivas”. Asimismo, los autores señalan tres características básicas de un baremo: “es general, pues tiene vocación de aplicarse a cualquier víctima que cumpla con su ámbito de aplicación material; está predeterminado, de manera que la potencial víctima puede conocer *ex ante* cuál es la indemnización previsible en caso de accidente; y agota la valoración del daño que cuantifica. No es esencial al baremo, en cambio, que sea obligatorio, ni tampoco que comprenda la valoración de todas y cada una de las partidas del daño indemnizable”.

¹⁵ Si los causahabientes son la viuda o los hijos, el perjuicio económico se calcula a partir de la diferencia de ingresos de la unidad familiar antes y después del fallecimiento de la víctima y se establece que los ingresos

El daño no patrimonial comprende el daño moral, el dolor físico, el perjuicio en el disfrute de las actividades de ocio y el perjuicio estético. La cuantía de las partidas se calcula de acuerdo con un baremo previsto al efecto.

Téngase en cuenta que el daño no patrimonial no incluye la angustia que suscita la posibilidad de desarrollar alguna de las enfermedades del amianto en supuestos de solicitantes asintomáticos con exposiciones históricas al amianto. En esto el FIVA se diferencia del Fondo francés de indemnización de las víctimas del contagio del Virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) como resultado de una transfusión sanguínea o de la inyección de productos hemoderivados (*Fonds d'indemnisation des victimes de la contamination par le VIH à la suite d'une transfusion sanguine ou d'une injection de produits dérivés du sang (FITH)* creado por el art. 47 de la *Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 (JO n° 3, du 4 Janvier 1992)*). La razón que, en ocasiones, se ha esgrimido para justificar la limitación es que la probabilidad de sufrir mesotelioma, asbestosis o cáncer de pulmón como consecuencia de la exposición histórica al amianto es menor que la de contraer el Síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) tras una transfusión sanguínea contaminada con el virus VIH¹⁶.

El FIVA sólo ha publicado una presentación parcial y oficiosa de los baremos (*Présentation du barème d'indemnisation-FIVA*). En la Tabla 1, se muestran algunos ejemplos de indemnizaciones resultantes de las aplicaciones de aquellos. Téngase en cuenta que a las cantidades de la Tabla 1 cabe añadir, en su caso, la pérdida de ingresos profesionales, los gastos médicos a cargo de la víctima y otros gastos adicionales. Asimismo, téngase en cuenta que se detraerán “todas las indemnizaciones de cualquier naturaleza y procedentes de cualquier deudor obtenidas en razón del mismo perjuicio” (art. 53 IV, primer pfo., *Loi n° 2000-1257*). Del mismo modo, cabe la posibilidad de que las indemnizaciones del FIVA sean revisadas por “agravación del estado de salud de la víctima o si es posible obtener una indemnización en un procedimiento de culpa inexcusable contra el empleador” (art. 53 IV, segundo pfo. *Loi n° 2000-1257*).

Tabla 1: Ejemplos de indemnización, FIVA-Francia

Beneficiario	Partidas indemnizatorias	Cantidad (€)	Total indemnización (redondeada al alza) (€)
<i>Enfermo de mesotelioma de 60 años de edad con grado de incapacidad de 100% que fallece a los dos años después de diagnosticada la enfermedad</i>	Incapacidad (capitalizada) ¹⁷	32.480	146.000
	Daños no patrimoniales ¹⁸	114.00	
<i>Enfermo de asbestosis de 60 años de edad con grado de incapacidad del 10 %</i>	Incapacidad (capitalizada)	12.549	30.000
	Daños no patrimoniales	17.283	
<i>Enfermo de placa pleural de 60 años de edad con grado de incapacidad del 5%</i>	Incapacidad (capitalizada)	11.918	22.000
	Daños no patrimoniales	15.940	

posteriores no pueden ser inferiores a un determinado porcentaje de los anteriores que varía según el número de hijos. Si lo son, se complementan hasta alcanzar el porcentaje indicado mediante una indemnización diferencial.

¹⁶ Sobre lo indicado en este párrafo véase OLMER-BRIN y BOREL (2003, p. 37). El FITH y otros fondos similares en derecho comparado y en España se describen en SEUBA (2002, pp. 357-409)).

¹⁷ Las cantidades por incapacidad funcional se perciben en forma de renta, pero, a efectos explicativos, el FIVA las capitaliza en los ejemplos que se transcriben en este trabajo. Por otra parte, las cantidades de incapacidad funcional usadas en sus ejemplos corresponden al año 2003. Téngase en cuenta que estas cantidades, a diferencia de las del resto de partidas, se han ido actualizando anualmente a la par y con las mismas condiciones que el resto de prestaciones públicas de la Seguridad Social francesa. Las cantidades actualizadas a 2007 pueden consultarse en AZAGRA (2007, pp. 166 y 167). Así, en los casos del ejemplo serían de 17.166, 903 y 429 € anuales.

¹⁸ Las cantidades referentes a daños no patrimoniales de la tabla no incluyen el perjuicio estético que se sitúa entre 500 y 8.000 € según las circunstancias del caso.

De acuerdo con el último informe de actividad del Fondo publicado (5º Informe de Actividad, p. 56), durante el periodo junio 2005-mayo 2006 la media de las indemnizaciones del FIVA fue algo inferior a la media de las de la jurisprudencia francesa en los casos de mayor gravedad y muy inferior en los casos de menor gravedad. Así, la media de la partida de daños no patrimoniales derivados de mesotelioma fue de 114.100 € frente a 127.825 € y la media de la partida de daños no patrimoniales derivados de asbestosis fue de 17.200 € frente a 30.290 €.

En cualquier caso, las indemnizaciones del FIVA carecen de la incertidumbre y costes que se asocian a la percepción de las indemnizaciones judiciales y el tiempo de espera hasta su fijación es también menor y, en teoría, no superior a “seis meses a contar desde la recepción de la solicitud de indemnización” (art. 53 IV, primer pfo., Loi nº 2000-1257). Aunque el plazo se incumple en ocasiones, el 60% de los expedientes, entre ellos la práctica totalidad de los más graves, se resuelven en el plazo de 6 meses. Por el contrario, entre la demanda indemnizatoria de un proceso judicial y el momento en el que la sentencia deviene firme pueden transcurrir años. Así, si además de la incertidumbre y de los costes de la litigación, se tiene en cuenta la inflación y el interés real del dinero¹⁹, la diferencia entre las cuantías indemnizatorias del FIVA y las de la jurisdicción francesa se reduce ostensiblemente.

Las decisiones del FIVA son recurribles ante la sala civil del “Tribunal de Apelación del domicilio del solicitante” o ante el “Tribunal de Apelación de París” si la víctima reside fuera de Francia. El plazo es de “dos meses” desde “la notificación de la oferta de indemnización” o desde “la expiración del plazo previsto en el art. 53 IV de la *Loi du 23 décembre 2000*” (art. 25 Décret nº 2001-963). El recurso puede fundarse en tres motivos (art. 53 VI, primer pfo., Loi nº 2000-1257): i) el FIVA “desestima la solicitud de indemnización”; ii) el FIVA “no presenta ninguna oferta de indemnización en el plazo previsto en el primer párrafo del art. 53 IV”; iii) “el solicitante no acepta la oferta de indemnización”. Alrededor del 5% de las propuestas indemnizatorias del FIVA son recurridas. Así, hasta mediados de 2005 se habían impugnado 503 propuestas indemnizatorias del FIVA. Las Cortes de Apelaciones francesas consideraron que 284 eran incorrectas y confirmaron 219²⁰.

3. *Asbestfonds-Fonds d'Amiante (AFA, Bélgica)*

El art. 113 de la *Loi-programme (I) du 27 décembre 2006*²¹ previó la creación del *Asbestfonds-Fonds d'Amiante (AFA)*, que entró en funcionamiento el 2 de abril de 2007 y cuya estructura y

¹⁹ Véase MANKIW (2004, p. 329): “El tipo de interés que paga el banco se llama tipo de interés nominal y el tipo de interés corregido para tener en cuenta la inflación se llama tipo de interés real. Podemos expresar la relación entre el tipo de interés nominal, el tipo de interés real y la inflación de la manera siguiente: Tipo de interés real = tipo de interés nominal – tasa de inflación”.

²⁰ DERIOT y GODEFROY (2005, p. 166-170): “*Les victimes peuvent également, si elles ont choisi de s'adresser au FIVA, contester devant la cour d'appel, dans un délai de deux mois, l'offre d'indemnisation qui leur a été faite ; 5% des offres du FIVA sont ainsi frappées de recours*” (...) [170] *La majorité des décisions rendues sont défavorables au FIVA : 284 décisions ont infirmé l'offre du FIVA et 219 l'ont confirmé*”

²¹ *Moniteur Belge du 27 décembre 2006*.

funcionamiento se recoge, en lo esencial, en los arts. 113 a 133 de la norma.

El AFA se incardina orgánicamente “en el seno del *Fonds des maladies professionnelles*” (art. 113) y sus fuentes de financiación son las siguientes (art. 116):

- 1º Una asignación del gobierno federal de “10 millones de euros al año”, cantidad que puede ser modificada por Real Decreto.
- 2º “Cotizaciones empresariales que en conjunto deben ser equivalentes a la cantidad prevista en 1º. Un Real Decreto determinará la categoría de empleadores deudores de la cotización, así como el modo de cálculo y de establecimiento de las cotizaciones”. El Real Decreto es el *Arrête royal du 11 mai 2007*²², cuyo art. 2 prevé que “los empleadores sujetos en todo o en parte a la *loi du 17 juin 1969* (...) relativa a la Seguridad Social de los trabajadores, los empleadores sujetos en todo o en parte al *Arrêté-loi du 7 février 1945* relativo a la Seguridad Social de los trabajadores de la Marina Mercante, así como los empleadores de estudiantes de acuerdo con lo previsto en el art. 17bis del *Arrête royal du 28 décembre 1944* (...) son deudores de una cotización destinada a la financiación del Fondo de amianto fijada en 0,01%” de la “base reguladora que se tiene en cuenta para el cálculo de las cotizaciones de Seguridad Social”. Por otra parte, y de nuevo de acuerdo con el art. 116 de la *Loi-programme*, el empresario que intente eludir el pago de la cotización deberá satisfacer “una cantidad igual al doble de la eludida” que también se destinará a la financiación del fondo.
- 3º “Para la financiación de la intervención del Fondo (...) en favor de los trabajadores por cuenta propia víctimas de asbestosis [*sic., la exclusión de las víctimas de mesotelioma muy probablemente sea un error*] un Real Decreto puede prever financiación procedente de la partida de la rama de trabajadores autónomos”. Según el art. 3 del *Arrête royal du 11 mai 2007* la cantidad para el año 2007 es de 750.000 €.
- 4º “Donaciones y legados”.
- 5º “Cantidades recuperadas mediante acciones subrogatorias (...)”.

Las víctimas y los causahabientes indemnizados por el AFA “no pueden ejercitar acciones contra el responsable del daño”, salvo cuando “el tercero responsable hubiera provocado intencionadamente la enfermedad”, entendiéndose que tal cosa ocurrió cuando aquel incumplió alguna medida dictada contra él por autoridad pública. El *Fonds des maladies professionnelles* “se subroga en los derechos de la víctima o de sus causahabientes contra el tercero responsable del daño hasta el límite de la cuantía de las prestaciones del Fondo del amianto” (art. 125). Sin embargo, ni la *Loi-programme* ni el *Arrête royal du 11 mai 2007* impiden a las víctimas del amianto prescindir del AFA y dirigirse a la vía judicial.

Las prestaciones del AFA a favor de las víctimas de mesotelioma son “acumulables con otras prestaciones sociales, acordadas en virtud de la legislación belga o extranjera” (art. 121). En cambio, si las víctimas de otras enfermedades son beneficiarias de prestaciones de Seguridad

²² El Real Decreto al que hace referencia el texto es el de 11 de mayo de 2007 (*Arrête royal portant exécution du chapitre VI, du titre IV, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 portant création d'un Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante* (*Moniteur Belge* du 29 mai 2007)).

Social o de indemnizaciones judiciales, la cuantía de la prestación del AFA será objeto de una “reducción del 50%” (art. 11 del *Arrête royal du 11 mai 2007*). Sin embargo, las prestaciones de Seguridad Social o las indemnizaciones relativas “al reembolso de los gastos médicos” no se tendrán en cuenta para la reducción (art. 121).

En la Tabla 2 se muestran las cuantías de las prestaciones del AFA (rentas e indemnizaciones) previstas en el art. 10 del *Arrête royal du 11 mai 2007*. Tanto las rentas como las indemnizaciones están exentas de tributación de acuerdo con el art. 38 1er 22º del *Code des impôts sur les revenus 1992*.

Tabla 2: Rentas e Indemnizaciones, AFA-Bélgica

Enfermedad	Beneficiario	Prestación
<i>Mesotelioma</i>	Víctima	Pensión mensual de 1.500 € Viuda: 30.000 €
	Causahabientes	Causahabiente menor de edad: 25.000 € Sobreviviente separado o divorciado: 15.000 €
<i>Asbestosis</i>	Víctima	Pensión mensual de 15 € x % de incapacidad (p.ej. 50% de incapacidad = 750 €) Viuda: 15.000 €
	Causahabientes	Causahabiente menor de edad: 12.500 € Sobreviviente separado o divorciado: 7.500 €

Como regla general, el Fondo debe tomar sus decisiones en relación con los enfermos de mesotelioma “en un plazo de dos meses desde que la demanda se considera presentada sin defectos de forma”. En relación con los enfermos de asbestosis el plazo es de “cuatro meses”. Las decisiones del fondo pueden ser recurridas ante el *Tribunal du travail* en el “plazo de tres meses desde la notificación” (art. 124).

4. Comparativa de FIVA y AFA

En general, y a la espera de los primeros informes sobre su funcionamiento, el AFA representa una solución más racional y eficiente para la compensación de las víctimas del amianto que el FIVA.

En primer lugar, y a diferencia del FIVA, el AFA se financia no sólo mediante partidas presupuestarias estatales y con ocasionales donaciones y legados, sino también mediante las cotizaciones de los empleadores de las industrias del amianto. De este modo, además de cargar parte del daño a quien lo causó, reduce el lastre que debe soportar el erario público. Y, por otra parte, la solución es menos negativa para los empresarios de lo que puede parecer a primera vista, pues evita que aquellos se vean inmersos en una litigación impredecible y muy costosa.

En segundo lugar, las cuantías para víctimas de mesotelioma y asbestosis son vinculantes, y no meramente orientativas como sucede con la baremación utilizada por el FIVA. De este modo, los costes en que incurrirá el AFA para determinar las indemnizaciones serán menores que los del FIVA y, asimismo, la víctima tendrá certeza jurídica acerca de la indemnización de la que puede

ser beneficiaria.

En tercer lugar, la nómina de legitimados activamente es mucho más limitada que la del FIVA y, por el momento y de acuerdo con lo indicado más arriba, sólo comprende víctimas de mesotelioma, asbestosis y engrosamientos pleurales difusos bilaterales y sus familiares más próximos. Esto permite concentrar los esfuerzos compensatorios en quienes están más necesitados de indemnización. Tal vez podría haberse incluido en la nómina a los enfermos de cáncer de pulmón, aunque dadas las dificultades para deslindar la incidencia de la exposición al amianto y la de otras causas de la enfermedad, singularmente el tabaquismo, la exclusión es defendible.

Por último, el AFA se integra en el *Fonds des maladies professionnelles*, de este modo se podrá beneficiar de sus medios personales y materiales, previsiblemente, tendrá menos costes de gestión que un sistema basado en un fondo con personalidad jurídica propia como el FIVA.

Con todo, el AFA tiene algunos aspectos mejorables. Así, la baremación se refiere tanto al daño patrimonial como al no patrimonial, a pesar de que, como se indicará más adelante sólo está justificada en supuestos de daño no patrimonial. Por otra parte, el AFA permite la acumulación de prestaciones procedentes de otras fuentes en los casos de víctimas de mesotelioma. Como también se indica más adelante esto puede llevar a la sobrecompensación de las víctimas.

5. Valoración de un hipotético Fondo Español de Víctimas del Amianto (FEVA, España)

En España, el número de víctimas y la creciente jurisprudencia sobre responsabilidad civil por daños del amianto aconsejan el establecimiento de un Fondo Español de Víctimas del Amianto (FEVA). Así, entre 1989 y 1998, 1.647 personas fallecieron como consecuencia de mesotelioma en España²³ y, entre enero de 1996 y julio de 1996, se dictaron al menos, 93 resoluciones (83 sentencias y 10 autos)²⁴ en las que el objeto de la *litis* era la procedencia de una indemnización de

²³ Véase LOPEZ-ABENTE *et alii* (2005, pp. 195 y 198).

²⁴ Véase AZAGRA (2007, *passim*, en especial pp. 207-234). Después del período de referencia, téngase en cuenta la STS, 1ª, 8.2.2007, que resuelve un caso en que Juan Alberto falleció como consecuencia de mesotelioma pleural derivado de la exposición al amianto durante los más de diecisiete años (1970-86) que trabajó como tornero moldeando piezas de automoción que contenían amianto para “Robert Bosch, Fábrica de Aranjuez, S.A.”. Desde 1984, los servicios médicos de la demandada habían detectado alteraciones pulmonares y, sin embargo, no recomendaron que el trabajador no estuviera en ambientes pulvígenos hasta 1987. La viuda y las tres hijas de Juan Alberto demandaron a la empresa en reclamación de una indemnización de 180.303,63 € (viuda: 36.060,73 €; hijas: 48.080, 97 € cada una). La SJPI nº 3 de Aranjuez estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a indemnizar a las demandantes con 108.182,18 € (viuda: 36.060,73 €; hijas: 24.040,48 € cada una), cantidad incrementada con intereses legales del 11%. La SAP Madrid, Secc. 12ª, de 7.12.1999 revocó la sentencia en relación con la condena de intereses legales (“que serán los del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881] desde la fecha de la sentencia recurrida”, AH 1º) y confirmó el resto de la sentencia apelada. El TS desestimó el recurso de casación y confirmó la SAP. El razonamiento de la sentencia es dual. Por una parte, incide en el reproche culpabilístico y, por la otra, declara que la responsabilidad por riesgo es también aplicable. Así, el TS señala en el segundo párrafo del FD 4º que “aparece la existencia de culpa de la demandada, no sólo con base en la moderna doctrina del riesgo, sino por las omisiones en cuanto a la prevención de los riesgos”. Y, en el tercer

daños y perjuicios derivados de la exposición al amianto o de un recargo de las prestaciones de Seguridad Social (123 TRLGSS) derivadas de daños del amianto.

El establecimiento de un Fondo Español de Víctimas del Amianto (FEVA, España) garantizaría la compensación de más víctimas, con mayor rapidez y con menores costes de gestión que la litigación. Asimismo, podría beneficiarse de la experiencia de derecho comparado a la que se ha hecho referencia en este trabajo.

En cualquier caso, en su implementación deberían tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- i. *La baremación del daño no patrimonial o moral debería ser vinculante y no orientativa.* Si se adopta la baremación como método de cómputo de daños, ésta debe ser vinculante en relación con los daños no patrimoniales o morales. Los baremos persiguen, entre otros, dos objetivos: homogeneizar la compensación de daños similares y evitar la discrecionalidad en la fijación de las cuantías indemnizatorias. Sin embargo, si son meramente orientativos pierden eficacia como instrumento homogeneizador. Además, la discreción –más orientada, pero discreción al fin y al cabo- se traslada de un juez a un órgano administrativo, con la consiguiente pérdida de derechos procesales.
- ii. *Para las partidas de daños patrimoniales deberían fijarse criterios, pero no baremos.* La baremación del daño patrimonial es incompatible con el principio de reparación integral del daño. Las partidas de daño patrimonial se pueden calcular mediante la combinación de un análisis atento del relato fáctico y la aplicación de métodos actuariales²⁵ y, en consecuencia, en relación con ellas sólo cabe el establecimiento de criterios de evaluación. De hecho una de las críticas más sólidas al baremo vinculante para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación²⁶ es, precisamente, que se aplica “a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso” (Anexo, Primero, 1, RDL)²⁷.

párrafo del FD 4º, el TS reproduce los FFDD 4º de las SSTS, 1ª, 8.11.1990 y 1ª, 7.3.1994, que sostienen la aplicación de la responsabilidad por riesgo, y concluye que su “doctrina es aplicable para el decaimiento del motivo”.

²⁵ A lo sumo la única partida del daño patrimonial para la que estaría justificada la baremación es el lucro cesante en relación con los menores de edad. El cálculo de esta partida es sumamente complejo, pues normalmente se desconoce cuál hubiera sido el nivel de renta del menor si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Sin embargo, dado el período de latencia de las enfermedades del amianto, las víctimas suelen ser mayores de edad, por lo que en esta sede la única baremación justificable es la del daño moral.

²⁶ El primer sistema de baremos en la materia, de aplicación orientativa, fue aprobado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5.3.1991 (BOE nº 60, de 9.3.1991). Posteriormente, la [Ley 30/1995, de 8 de noviembre](#) (BOE nº 268, de 9.11.1995) incorporó un baremo vinculante como Anexo del [Decreto 632/1968, de 21 de marzo](#), que sería sustituido por el, actualmente en vigor, Anexo del [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor](#). Anexo del [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor](#) (BOE nº 267, de 5.11.2004).

²⁷ Así, PINTOS (2000a, p. 451), en relación con la baremación señaló que “[l]a necesidad de baremar está limitada a los supuestos y partidas más problemáticos”. Y más adelante concretó que, generalmente, la baremación sólo está

- iii. *Los únicos legitimados activamente deberían ser las víctimas de mesotelioma, asbestosis y sus familiares más cercanos.* El número de víctimas presentes y, sobre todo, el de las víctimas futuras, aconsejan moderación y restricción de la nómina de beneficiarios a las víctimas de enfermedades graves y derivadas -sin lugar a dudas- de la exposición al amianto, a sus cónyuges o parejas de hechos y a los descendientes o ascendientes dependientes.
- iv. *Las indemnizaciones del fondo deberían reducirse en la cantidad de las prestaciones de Seguridad Social de las que el solicitante sea beneficiario.* Lo contrario conduciría a la sobrecompensación de las víctimas y a la contravención del principio de reparación integral del daño. En cambio, no deberían deducirse los recargos de prestaciones o las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, pues su finalidad principal no es compensatoria. Los primeros son un instrumento punitivo y las segundas se reconocen, generalmente, en procesos de negociación colectiva como contraprestación a concesiones de los trabajadores²⁸. Si se dedujeran, los primeros perderían su capacidad sancionatoria y, en relación con los segundos, los trabajadores habrían hecho una concesión a sus empleadores a cambio de nada.
- v. *El control judicial de las indemnizaciones fijadas por el fondo debería limitarse al error en el establecimiento de las circunstancias del caso (error fáctico), al error en la aplicación del baremo (error aritmético) y a la no presentación de propuestas indemnizatorias en plazo (silencio).* Uno de los objetivos del establecimiento de este tipo de fondos es evitar la gestión judicial de la compensación de las víctimas, de modo que se evite la incertidumbre, dilación y costes que a aquella se asocian. Si no se restringen las posibilidades de recurso judicial de las decisiones del fondo, el problema no se soluciona, tan sólo se posterga.
- vi. *El perceptor de indemnizaciones debería renunciar a las acciones civiles contra el causante o responsable de los daños.* El fondo se subrogaría en las acciones civiles contra el causante, aunque sólo por la cantidad satisfecha a los solicitantes, pues de otro modo se reproducirían en vía subrogatoria los problemas de variabilidad indemnizatoria que se asocian a la litigación.

Por último, si un fondo como el belga o como el francés no contara con el apoyo suficiente para su implementación, podría intentarse una tercera vía. Algo así como el *Instituut Asbestslachtoffers (IAS)* holandés, que opera desde enero de 2000. El IAS no es propiamente un fondo, sino un órgano de mediación entre las víctimas ocupacionales de mesotelioma con una pretensión indemnizatoria de responsabilidad civil y sus antiguos empleadores, a quienes ofrece la

justificada para las partidas de daños no patrimoniales, en relación con lo cuales “los problemas de incertidumbre que suscita la aplicación del criterio de la restitución plena al daño moral imposibilitan la evaluación abierta”.

²⁸ Según GÓMEZ POMAR, LUQUE y GÓMEZ LIGÜERRE (2001, p. 15) la contraprestación suele consistir en “incremento de la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, contención salarial, disminución de la conflictividad laboral, etc.” y muy rara vez anticipan futuras condenas de responsabilidad civil.

posibilidad de transigir el caso por cantidades preestablecidas anualmente²⁹. Sin embargo, en ocasiones, el IAS funciona como un fondo. Así, en el ínterin entre mediación y acuerdo indemnizatorio, el IAS puede solicitar al *Sociale Verzekeringsbank (SVB)*, uno de los organismos holandeses que gestiona prestaciones de Seguridad Social, el pago de una provisión de 16.655 €. Parecidamente, en los supuestos en los que el empleador responsable no exista o en los que sea aplicable el plazo de preclusión (treinta años desde la exposición al amianto), el IAS también puede ordenar el pago de 16.655 € en concepto de indemnización definitiva.

6. Conclusiones

Los fondos de compensación sin culpa y la baremación del daño ganan terreno en la compensación de las víctimas del amianto europeas. En Francia, el FIVA abrió la senda hace un lustro. En Bélgica, el AFA ha empezado a recorrerla en abril de 2007. Es pronto para evaluar el funcionamiento del AFA, pero las víctimas del amianto belgas pueden estar de enhorabuena. En general, los fondos compensan a más víctimas, más rápido y con menores costes que los procesos judiciales. Sobran los motivos para adoptar una solución similar en España.

7. Tablas de jurisprudencia citada

Sentencias del Tribunal Supremo español

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 8.2.2007	Ar. 561	Román García Varela

Sentencias de la Sala Social de la Corte de Casación francesa

<i>Referencia y fecha</i>
Ârret n° 835 du 28 février 2002
Ârret n° 837 du 28 février 2002
Ârret n° 838 du 28 février 2002
Ârret n° 842 du 28 février 2002
Ârret n° 844 du 28 février 2002
Ârret n° 845 du 28 février 2002

²⁹ Para el año 2007 son las siguientes: 48.717 € en concepto de daño no patrimonial, 2.708 € en concepto de daño patrimonial y también 2.708 € por gastos de funeral y entierro. Si la víctima falleció antes de solicitar la mediación del fondo, su viuda, pareja de hecho o conviviente, así como sus hijos menores de edad pueden solicitar del fondo la indemnización de los daños patrimoniales. Si falleció durante el proceso de mediación, las mismas personas tendrán derecho a la indemnización de los daños no patrimoniales. Sobre el IAS, véase la información institucional en inglés disponible en www.asbestslachtoffers.nl.

8. Bibliografía

ABRAHAM, Kenneth S. (2002), *The Forms and Functions of Tort Law*, 2nd ed., Foundation Press, New York.

AZAGRA MALO, Albert (2007), *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona.

DERIOT, Gérard y GODEFROY, M.J. Jean-Pierre (Rapporteurs) (2005), *Rapport d'Information fait au nom de la mission commune d'information (1) sur le bilan conséquences de la contamination par l'amiante, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 octobre 2005*. Disponible en www.senat.fr/rap/r05-037-1/r05-037-11.pdf.

FLEMING, John G. (1984), "Is There a Future for Tort", *44 Louisiana Law Review* 1993.

GÓMEZ POMAR, Fernando; LUQUE PARRA, Manuel y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio (2001), "STS, 4^a, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales", *InDret 3/2001* (www.indret.com).

MANKIW, N. Gregory (2004), *Principios de Economía*, 3^a ed., McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid (trad. a cargo de RABASCO ESPÁRIZ, Esther y TOHARIA CORTÉS, Luis de la tercera edición del original en inglés *Principles of Economics*, Thomson, Mason (OH), 2004)

MCEWIN, Ian (2000), "No-fault Compensation Systems", en BOUKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: Tort Law & Unjust Enrichment*, Cheltenham-Eward Elgar, pp. 735-763. Disponible en <http://encyclo.findlaw.com/3600book.pdf>.

KALTENBORN, Markus (1998), "Die Sozialgesetzgebung des Reichskanzlers Fürst Otto von Bismark", *15/16 JZ* 770.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (1990), *Le droit du dommage corporel : Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Paris.

LÓPEZ-ABENTE, Gonzalo *et alii* (2005), "Municipal pleural cancer mortality in Spain", *62 Occup Environ Med* 195.

LUNA YERGA, Álvaro; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; y MARÍN GARCÍA, Ignacio (2006), "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida", *InDret 3/2006* (www.indret.com).

OLMER-BRIN, Nathalie y BOREL, Jean-Victor (2003), "Les voies d'indemnisation ouvertes aux victimes de l'amiante", *Gazette du Palais*, 14 janvier 2003.

PICCA, Georges y SAURET, Alain (2002), "De la faute inexcusable de l'employeur à l'obligation de

sécurité de résultat en matière de maladies professionnelles (Cass. Soc., 28 février 2002)”, *Petites Affiches La Loi*, n° 62, 27 mars 2002, pp. 17-19.

PINTOS AGER, Jesús (2000a), *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas-IUDEC, Madrid.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles (2002), *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Civitas-Thomson, Madrid.

VON BAR, Christian (1998), “Empfehlen sich Maßnahmen zur Bewältigung der Haftung für Massenschäden?”, en *Gutachten A. Verhandlungen des Zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bremen 1998, A5-A104.