

Instituto de Ciencias del Seguro

# **Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación**

Albert Azagra Malo

**FUNDACIÓN MAPFRE**

© FUNDACIÓN MAPFRE

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o de FUNDACIÓN MAPFRE

FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2011, FUNDACIÓN MAPFRE  
Paseo de Recoletos 23  
28004 Madrid (España)

[www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro)  
[publicaciones.ics@mapfre.com](mailto:publicaciones.ics@mapfre.com)

ISBN: 978-84-9844-256-4  
Depósito Legal: SE-3622-2011

## PRESENTACIÓN

Desde 1975, FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales, así como acciones destinadas a la mejora de las condiciones económicas y sociales de las personas y sectores menos favorecidos de la sociedad. En este marco, el Instituto de Ciencias del Seguro de FUNDACIÓN MAPFRE promueve y desarrolla actividades educativas y de investigación en los campos del seguro y de la gerencia de riesgos.

En el área educativa, su actuación abarca la formación académica de postgrado y especialización, desarrollada en colaboración con la Universidad Pontificia de Salamanca, así como cursos y seminarios para profesionales, impartidos en España e Iberoamérica. Estas tareas se extienden hacia otros ámbitos geográficos mediante la colaboración con instituciones españolas e internacionales, así como a través de un programa de formación a través de Internet.

El Instituto promueve ayudas a la investigación en las áreas científicas del riesgo y del seguro y mantiene un Centro de Documentación especializado en seguros y gerencia de riesgos, que da soporte a sus actividades.

Asimismo, el Instituto promueve y elabora informes periódicos y publica libros sobre el seguro y la gerencia de riesgos, con objeto de contribuir a un mejor conocimiento de dichas materias. En algunos casos estas obras sirven como referencia para quienes se inician en el estudio o la práctica del seguro, y en otros, como fuentes de información para profundizar en materias específicas.

Dentro de estas actividades se encuadra la publicación de este libro, resultado de la “Ayuda a la investigación Riesgo y Seguro” que Fundación MAPFRE concedió a su autor Albert Azagra Malo en la convocatoria de 2007. El trabajo fue tutorizado por Eduardo Pavelek Zamora (MAPFRE RE).

Desde hace unos años, Internet es el medio por el que se desarrollan mayoritariamente nuestras actividades, ofreciendo a los usuarios de todo el mundo la posibilidad de acceder a las mismas de una manera rápida y eficaz mediante soportes Web de última generación a través de [www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro)

**Albert Azagra Malo** es licenciado, master y doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra ('02, '03, '10) y LL.M. por The University of Chicago ('09). Ha realizado estancias de investigación en el Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht de Hamburgo (febrero-julio 2006) y en la Cornell Law School (agosto 2006-mayo 2007). En septiembre de 2010 fue admitido al New York Bar.

Este trabajo publica su tesis doctoral revisada.

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	xv
INTRODUCCIÓN .....	23
1. Responsabilidad civil por daños masivos .....	23
1.1. Definición y características diferenciales .....	23
1.2. Responsabilidad civil por daños masivos y categorías tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual y del aseguramiento de riesgos .....	24
2. Dinámicas de la litigación por daños masivos y propuestas de gestión .....	25
2.1. Fase de gestación y desarrollo .....	25
2.2. Fase de madurez y vías de abandono de la litigación .....	26
3. Fondos de compensación .....	27
3.1. Definición y acción protectora .....	27
3.2. Ventajas e inconvenientes .....	27
3.3. Fondos de compensación de daños masivos .....	28
4. Daños del amianto en España .....	29
4.1. España y el amianto: consumo histórico y mortalidad .....	30
4.2. Jurisprudencia española de responsabilidad por daños del amianto: enero 1996 - enero 2010 .....	31
5. Tesis del trabajo y propuesta de un sistema de opción entre responsabilidad civil y fondos de compensación .....	39
6. Estructura del trabajo .....	40

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MASIVOS COMO INSTRUMENTO DE COMPENSACIÓN DE LAS VÍCTIMAS .....	41
1. La función compensatoria de la responsabilidad civil a examen .....	42
1.1. Compensación y demarcación de responsabilidad .....	42
1.2. Compensación e insolvencia empresarial .....	44
2. Compensación y costes de la litigación por daños masivos .....	60
2.1. Costes primarios, secundarios y terciarios .....	60
2.2. Costes indirectos .....	61
2.3. Costes y responsabilidad civil por daños masivos .....	63
2. ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MASIVOS .....	65
1. Definición y funciones del contrato de seguro .....	65
2. Condiciones para la asegurabilidad de los riesgos .....	69
2.1. Riesgos accidentales .....	69
2.2. Riesgos determinables y calculables actuarialmente .....	69
2.3. Riesgos independientes: la crisis de Lloyd's .....	69
2.4. Riesgos catastróficos .....	70
3. Selección adversa y riesgo moral .....	71
4. Ciclos del mercado de seguros (soft market y hard market) y crisis del reaseguro .....	72
5. Seguro, reaseguro y daños masivos .....	73
5.1. Ámbitos de aseguramiento .....	73
5.2. Seguro de responsabilidad civil, solvencia limitada y latencia de los daños ..	74
5.3. Capas de aseguramiento, incentivos al control de las reclamaciones y nuevos pactos de reaseguro .....	87
5.4. Exclusiones del ámbito de cobertura .....	89
6. Ventajas comparativas del aseguramiento de accidentes (first-party) como instrumento de compensación .....	92

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN, JUSTICIA CORRECTIVA, JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y OMBUDSMAN .....	95
1. Condiciones para la prevención mediante la responsabilidad civil y daños masivos .....	95
1.1. Información perfecta .....	97
1.2. Capacidad individual y organizativa para evitar el daño .....	99
1.3. Capacidad de jueces, tribunales y jurados para identificar los supuestos de responsabilidad y cuantificar los daños .....	99
1.4. Amenaza real de condenas indemnizatorias .....	126
1.5. Control del riesgo moral si el potencial causante de un daño está asegurado .....	129
2. Justicia correctiva .....	130
2.1. Delimitación del concepto .....	130
2.2. Justicia correctiva y normas sociales .....	130
2.3. Justicia correctiva, eficiencia y bienestar .....	132
2.4. Justicia correctiva, aseguramiento de riesgos, responsabilidad por hecho ajeno e insolvencia .....	132
3. Justicia distributiva .....	134
4. La responsabilidad civil como ombudsman .....	134
4. GESTIÓN DE DAÑOS MASIVOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	139
1. La Administración como demandada .....	139
1.1. Responsabilidad de las Administraciones públicas empleadoras y marinos expuestos al amianto: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de julio de 2008, MP: José Luis Gil Ibáñez .....	142
1.2. Responsabilidad de las Administraciones públicas prestadoras de servicios y contagio transfusional de VHC: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 25 de abril de 2007, MP: Agustín Puente Prieto .....	144

1.3. Responsabilidad de las Administraciones públicas en la autorización y control de productos y actividades .....	147
2. La Administración como demandante .....	157
2.1. Doble condición de las Administraciones en las acciones de reembolso: propietarias y reguladoras .....	157
2.2. Acción de reembolso de la Junta de Andalucía y el Servicio Andaluz de la Salud por los servicios sanitarios relacionados con el tabaquismo. Las Administraciones públicas como demandantes y demandadas: Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009, MP: Celsa Pico Lorenzo .....	158
2.3. Acciones de reembolso en la litigación estadounidense por daños del tabaquismo y armas de fuego .....	160
5. ACUERDOS Y CONTRATOS: TRANSACCIONES COLECTIVAS Y MERCADOS .....	167
1. Transacciones colectivas .....	167
1.1. Acciones y transacciones de clase e incentivos a la transacción .....	167
1.2. Transacciones colectivas no de clase .....	179
1.3. Transacción penal, acuerdos desfavorables y problema de acción colectiva: Sentencia de conformidad del Juzgado de lo Penal Número Dos de Valencia de 14 de septiembre de 2009 en el Caso Unión Naval (amianto) .....	182
2. Mercados de acciones indemnizatorias y de riesgos inherentes a la litigación ...	184
2.1. Transmisión de créditos en derecho español y propuestas de la doctrina estadounidense .....	184
2.2. Asunción y delegación de deuda en derecho español y propuesta de transmisión de riesgos inherentes a la litigación .....	187
6. FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA Y GESTIÓN DE RIESGOS .....	191
1. Génesis y desarrollo: de los fondos y sistemas de compensación sin culpa de accidentes de trabajo al aseguramiento público universal .....	191

1.1. La Ley alemana del Seguro de Accidentes de 1889 .....	191
1.2. Los sistemas de workers' compensation en Estados Unidos .....	192
1.3. Aseguramiento público universal: el modelo neozelandés .....	195
2. Clases de fondos de compensación sin culpa según la función que desempeñan .....	198
2.1. Fondos de limitación de responsabilidad .....	199
2.2. Fondos de garantía .....	199
2.3. Fondos de pagos adelantados .....	204
2.4. Fondos de compensación .....	205
3. Fundaciones de derecho público de compensación de víctimas de daños masivos: compensación de las víctimas de la talidomida y de la sangre contaminada en Alemania .....	209
4. Ayudas públicas: concepto, clasificación y ejemplos .....	210
4.1. Ayudas públicas de limitación de responsabilidad en España: sangre contaminada y accidente del Prestige .....	211
4.2. Ayudas públicas de garantía: delitos violentos y contra la libertad sexual ...	212
4.3. Ayudas públicas consistentes en pagos adelantados: delitos violentos y contra la libertad sexual y solidaridad con las víctimas del terrorismo ....	213
4.4. Ayudas públicas de compensación: solidaridad con las víctimas del terrorismo .....	213
7. CRÍTICAS A LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA .....	215
1. Efectos en la prevención de daños: riesgo moral .....	215
2. Igualdad y clases privilegiadas de víctimas .....	217
3. Tutela judicial efectiva .....	219
3.1. Prohibición de acciones civiles .....	219
3.2. Renuncia a las acciones civiles .....	221
4. Selección adversa .....	222

5. Baremación del daño, reparación integral y constitucionalidad .....	223
5.1. Techos indemnizatorios y baremos .....	223
5.2. Baremos vinculantes y baremos orientativos .....	224
5.3. Reparación íntegra del daño .....	224
5.4. Constitucionalidad de la baremación en derecho español: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 y discusión doctrinal .....	226
6. Dedución de otras prestaciones e indemnizaciones de responsabilidad civil ...	232
6.1. Dedución de prestaciones públicas .....	232
6.2. Dedución de prestaciones de seguros privados .....	232
6.3. Acumulación de prestaciones de seguros privados .....	233
6.4. Reglas de coordinación de indemnizaciones por responsabilidad civil, prestaciones de Seguridad Social, recargo de prestaciones y mejoras voluntarias en derecho español .....	234
7. Financiación, subsidios cruzados y costes .....	236
7.1. Financiación por industrias específicas .....	237
7.2. Financiación por las Administraciones públicas .....	237
8. Justicia correctiva .....	238
8. FONDOS DE COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS DEL AMIANTO EN DERECHO COMPARADO, EN PARTICULAR, EL <i>FONDS</i> <i>D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE EN FRANCIA</i> .....	241
1. El cambio de paradigma: de la litigación a la administración .....	241
1.1. Compensación de las víctimas del amianto en Alemania .....	242
1.2. <i>Asbestfonds-Fonds d'Amiante</i> belga .....	243
1.3. <i>The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2006 Bill</i> estadounidense .....	245

2. El caso francés: litigación por daños del amianto y <i>Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante</i> .....	246
2.1. Litigación por daños del amianto .....	247
2.2. <i>Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante</i> .....	250
CONCLUSIONES .....	265
ANEXO: Tablas de jurisprudencia citada y consultada .....	267
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	273
COLECCIÓN "CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN" Instituto de Ciencias del Seguro .....	295

## ABREVIATURAS

A	Auto
ABA	<i>American Bar Association</i>
ACC	<i>Accident Compensation Corporation</i> Corporación Neozelandesa para la Compensación de Accidentes
ACU	Asociación de Consumidores y Usuarios
AcP	<i>Archiv für die Civilistische Praxis</i>
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFA	<i>Asbestfonds-Fonds d'Amiante</i> Fondo de Compensación de las Víctimas del Amianto, Bélgica
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AMG	<i>Arzneimittelgesetz</i> Ley Alemana del Medicamento
Am. J. Comp. L.	<i>American Journal of Comparative Law</i>
Am. J. Indus. Med.	<i>American Journal of Industrial Medicine</i>
ALI	<i>American Law Institute</i>
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
AVIDA	Asociación de Víctimas del Amianto
BG	<i>Berufsgenossenschaften</i> "Mutuas" del sistema de Seguridad Social alemán
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> Código Civil Alemán
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> Boletín Oficial de la República Federal de Alemania
BOE	Boletín Oficial del Estado
Brook. L. Rev.	<i>Brooklyn Law Review</i>

BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> Tribunal Constitucional Alemán
CAFA	<i>Class Action Fairness Act</i> Ley Federal para la Justicia en las Acciones de Clase
Cal. L. Rev.	<i>California Law Review</i>
Can. Bar. Rev.	<i>Canadian Bar Review</i>
Cardozo L. Rev.	<i>Cardozo Law Review</i>
CC	Código Civil español
CCCat	<i>Codi Civil de Catalunya</i>
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCR	<i>Center for Claims Resolution</i> Centro estadounidense para la resolución de demandas por daños del amianto
CLJ	<i>Cambridge Law Journal</i>
CECEA	<i>Commission d'examen des circonstances de l'exposition à l'amiante</i> Comisión francesa de examen de las circunstancias de la exposición al amianto
CSS	<i>Code de la Sécurité Sociale</i> Código de la Seguridad Social francés
CE	Constitución española de 1978
Conn. Ins. L.J.	<i>Connecticut Insurance Law Journal</i>
ContStifG	<i>Conterganstiftungsgesetz</i> Ley alemana de la Fundación Contergan, 2005
CP	Código Penal español
DA	Disposición Adicional
DePaul L. Rev.	<i>DePaul Law Review</i>
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
DT	Disposición transitoria

EPA	<i>Environmental Protection Agency</i> Agencia Federal Estadounidense de Protección Medioambiental
ERISA	<i>Employee Retirement Income Security Act</i> Ley Federal Estadounidense de Protección de las Prestaciones por Jubilación
ERPL	<i>European Review of Private Law</i>
ET	Estatuto de los Trabajadores
FCAATA	<i>Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante</i> Fondo de Jubilación Anticipada de los Trabajadores del Amianto
FD	Fundamento de derecho
FITH	<i>Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles contaminés par le VIH</i> Fondo francés de indemnización de las víctimas de transfusiones y de hemofílicos contagiados por el VIH
FIVA	<i>Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'amiante</i> Fondo francés de indemnización de las víctimas del amianto
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> Constitución de la República Federal de Alemania
GR	Revista Gerencia de Riesgos y Seguros
h/w	<i>husband/wife</i> marido y mujer
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
IAS	<i>Instituut Asbestslachtoffers</i> Instituto Holandés de Víctimas del Amianto
IBAS	<i>International Ban Asbestos Secretariat</i>
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
Int'l Rev. L. & Econ	<i>International Review of Law and Economics</i>
JAMA	<i>The Journal of the American Medical Association</i>

J. Health Polit Policy Law	<i>Journal of Health Politics, Policy and Law</i>
J.L. & Econ.	<i>Journal of Law and Economics</i>
J. Leg. Studies	<i>The Journal of Legal Studies</i>
J. Tort L.	<i>Journal of Tort Law</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République Française</i> Boletín Oficial de la República Francesa
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
GCU	Grupo de consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso
GR	Gerencia de riesgos y seguros
LC	Ley Concursal
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>
LRCSVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRM	Ley de Responsabilidad Medioambiental
LSVT	Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo

LVDV	Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual
Md. L. Rev.	<i>Maryland Law Review</i>
Mealey's Litig. Rep.	<i>Mealey's Litigation Report</i>
Med Clin	Medicina Clínica
MedR	<i>MedizinRecht</i>
MES	<i>Ministère de l'Emploi et de la Solidarité</i> Ministerio francés de Trabajo y Solidaridad
Mg	Número marginal
Mich. L. Rev.	<i>Michigan Law Review</i>
Minn. L. Rev.	<i>Minnesota Law Review</i>
Monaldi Arch Chest Dis.	<i>Monaldi Archives of Chest Disease</i>
NICA	<i>Florida Birth-Related Neurological Injury Comp. Plan</i> Sistema de compensación sin culpa de los daños neurológicos al feto causados durante el parto
NIOSH	<i>National Institute for Occupational Safety and Health</i> Instituto Federal para la Salud y Seguridad Laboral
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
Norton Ann. Surv. of Bank. L.	<i>Norton Annual Survey of Bankruptcy Law</i>
NYCRR	<i>New York Codes, Rules and Regulations</i>
N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.	<i>NYU Annual Survey of American Law</i>
Nw. U. L. Rev.	<i>Northwestern University Law Review</i>
Occup. Environ. Med.	<i>Journal of Occupational Environmental Medicine</i>
OJLS	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
ONIAM	<i>Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux</i> Oficina nacional francesa de evaluación de los accidentes médicos

RC	Responsabilidad Civil
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
Rev. Litig.	<i>The Review of Litigation</i>
RECIEL	<i>Review of European Community &amp; International Environmental Law</i>
RES	Revista Española de Seguros
RICO	<i>Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act</i> Ley contra las organizaciones corruptas o bajo el influjo de la criminalidad organizada
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
Rn	<i>Randnummer</i> Número marginal
RPDD	Revista Práctica de derecho de daños
RRCCS	Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro
RRM	Reglamento de desarrollo parcial de la LRM
RST	<i>Restatement (Second) of Torts</i>
RTT: LPH	<i>Restatement Third (Torts): Liability for Physical and Emotional Harm</i>
SAS	Servicio Andaluz de Salud
S. Cal. L. Rev.	<i>Southern California Law Review</i>
Secc.	Sección
SGB	<i>Sozialgesetzbuch</i> Código laboral alemán
Stan. L. Rev.	<i>Stanford Law Review</i>
StiftungsG	<i>Stiftungsgesetz</i> Ley alemana de constitución de una fundación de ayuda a las víctimas del Contergan, 1971

TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
Tm	Tonelada métrica
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo español
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Tulane L. Rev.	<i>Tulane Law Review</i>
U. Chi. L. Rev.	<i>The University of Chicago Law Review</i>
UCLA L. Rev.	<i>University of California Los Angeles Law Review</i>
USC	<i>United States Code</i> Código de leyes federales estadounidenses
U. Toronto L.J.	<i>University of Toronto Law Journal</i>
Va. L. Rev.	<i>Virginia Law Review</i>
Yale J. on Reg.	<i>Yale Journal on Regulation</i>
Yale L. & Pol'y Rev	<i>Yale Law and Policy Review</i>
Zeup	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i>

# INTRODUCCIÓN

## 1. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MASIVOS

### 1.1. Definición y características diferenciales

La responsabilidad civil por daños masivos se ha definido tradicionalmente como aquella que resulta de una acción u omisión contraria a derecho que causa daños a una multitud de personas<sup>1</sup>. Sin embargo, el gran número de víctimas (*numerosity*) no explica, por sí solo, las cuestiones y respuestas jurídicas que ha suscitado la responsabilidad civil por daños masivos. También deben ser tenidas en cuenta la dispersión geográfica de las demandas (*geographic dispersion*), la dispersión temporal o latencia del daño (*temporal dispersion*) y la repetición de patrones fácticos (*factual patterns*)<sup>2</sup>.

De acuerdo con lo anterior, son constelaciones de casos de responsabilidad civil por daños masivos, entre otras, las siguientes: enfermedades del amianto, contagio transfusional de los virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y la hepatitis C (VHC) y daños personales derivados del consumo de medicamentos defectuosos o del tabaquismo.

Asimismo, la responsabilidad civil por daños masivos debe distinguirse de la responsabilidad civil por accidentes masivos y de la responsabilidad civil por daños tóxicos, que con frecuencia se estudian conjuntamente con aquella<sup>3</sup>. Si un avión comercial se estrella y fallecen en el acto tripulación y pasajeros, los daños no serán latentes. Si sustancias procedentes de instalaciones petroquímicas contaminan únicamente los acuíferos de los que captan agua los vecinos más próximos, no habrá dispersión

---

<sup>1</sup> Vid., en un sentido parecido, la voz *tort-mass tort* del diccionario legal *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009): "A civil wrong that injures many people".

<sup>2</sup> Vid. Richard A. NAGAREDA, *Mass Torts in a World of Settlement*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 2007, p. xii. Según Anthony J. SEBOK, "What Do We Talk About When We Talk About Mass Torts", *106 Mich. L. Rev.* 1213 (2008), el *RAND Institute for Civil Justice* adoptó una definición similar en su informe de 1987 *Trends in Tort Litigation*.

<sup>3</sup> Vid. John FLEMING, "Mass Torts", *42 Am. J. Comp. L.* 507 (1994), p. 508: "Mass torts (*délits à grande échelle; Massendelikte*) are principally concerned with three types of disasters: (1) single-event occurrences which simultaneously inflict injury on many individuals, like airplane crashes or nuclear explosions; (2) serial injuries (*'creeping disasters'*) caused by the same product to numerous victims over a period of time, like asbestos and pharmaceuticals; (3) toxic damage affecting persons or property over a given area". Vid. también los ejemplos de la voz *tort-mass tort* del diccionario legal *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009)

geográfica en el sentido indicado más arriba<sup>4</sup>. En consecuencia, ninguno de los dos supuestos dará lugar a responsabilidad civil por daños masivos, aunque tal vez sí a responsabilidad civil por accidentes masivos o por daños tóxicos, respectivamente.

Otra opción terminológica del trabajo consiste en el uso del sintagma “responsabilidad civil” en lugar de “derecho de daños”. El primero da razón del nacimiento de una obligación de resarcir el daño. El segundo tiene un significado más amplio y designa el conjunto de instrumentos privados y públicos de compensación del daño<sup>5</sup>. “Derecho de daños” comprendería, pues, tanto la responsabilidad civil como sus alternativas.

## **1.2 Responsabilidad civil por daños masivos y categorías tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual y del aseguramiento de riesgos**

Las especiales características de los casos de responsabilidad civil por daños masivos dificultan el buen funcionamiento de la responsabilidad civil extracontractual como instrumento de compensación, prevención, justicia correctiva, justicia distributiva y, en definitiva, de consecución de cualquier otro objetivo que comúnmente se le atribuye. Asimismo, tales características limitan las posibilidades de gestión de riesgos a través de técnicas de aseguramiento.

El problema es de diseño<sup>6</sup>. El de las categorías de la responsabilidad civil extracontractual responde a accidentes en los que sólo participan dos partes y el daño sucede sin solución de continuidad a la acción u omisión relevante. Parecidamente, el aseguramiento de riesgos requiere que éstos sean al menos hasta cierto punto y sin perjuicio de la flexibilidad propia del concepto de asegurabilidad, accidentales, determinables y calculables, independientes los unos de los otros y no catastróficos<sup>7</sup>.

Durante la segunda mitad del siglo XX, tribunales y legisladores de diferentes ordenamientos reaccionaron a las limitaciones de las categorías tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual y del aseguramiento de riesgos. Así, desarrollaron reglas innovadoras de distribución de la responsabilidad en supuestos de incertidumbre causal, ampliaron el concepto de daño e interpretaron las pólizas de seguro

<sup>4</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. xii.

<sup>5</sup> Vid. Jesús PINTOS AGER, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas-IUDEC, Madrid, 2000, p. 38 y la literatura allí citada. El autor prefirió “derecho de daños” para su trabajo precisamente por “la necesidad de abarcar mecanismos compensatorios alternativos –en particular, los de reparación sin culpa–”.

<sup>6</sup> En relación con la discusión sobre las limitaciones de la responsabilidad civil extracontractual, pero también de sus alternativas, en supuestos próximos a los que interesan en este trabajo, vid. entre otros, Robert L. RABIN, “Some Thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme”, *52 Md. L. Rev.* 951 (1993). El autor apunta un problema de diseño que, en diversas partes del trabajo, define en términos de justicia correctiva, aunque también tiene en cuenta otras perspectivas.

<sup>7</sup> Vid. Gerhard WAGNER, “(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems”, en Willem H. VAN BOOM y Michael FAURE, (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2007, p. 89. Mg. 6 y, del mismo autor, “Tort Law and Liability Insurance”, en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 377-405, pp. 399 y 400.

de responsabilidad civil de forma que incrementaran los recursos disponibles para la compensación de las víctimas<sup>8</sup>.

Gracias a estas y otras reformas, muchas víctimas obtuvieron indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos. Pero las reformas también contribuyeron a la formación de crisis de litigación sin precedentes. Estas crisis, a su vez, colapsaron juzgados, dificultaron todavía más el aseguramiento de la responsabilidad civil y, señaladamente en Estados Unidos, obligaron a declarar en situación concursal no pocas compañías. Algunas de ellas, a pesar de no existir certeza científica sobre el grado de nocividad de los productos que habían comercializado<sup>9</sup>.

## 2. DINÁMICAS DE LA LITIGACIÓN POR DAÑOS MASIVOS Y PROPUESTAS DE GESTIÓN

Las dinámicas de la litigación por daños masivos no responden a un único modelo. Con todo, buena parte de las crisis de litigación por daños masivos han conocido dos fases: (i) gestación y desarrollo y (ii) madurez<sup>10</sup>.

### 2.1. Fase de gestación y desarrollo

En esta fase se interponen las primeras demandas. El factor desencadenante de las mismas puede ser la retirada de un producto defectuoso, la publicación de un estudio epidemiológico o cualquier otro hecho que sugiera la potencial responsabilidad del demandado<sup>11</sup>.

Las cuestiones fácticas y legales predominantes en esta fase son las comunes, entre otras, la toxicidad de una determinada sustancia o la infracción de deberes de cuidado por el conjunto de demandados de una industria.

La fase de gestación y desarrollo concluye, generalmente, cuando estas cuestiones se resuelven de modo favorable a los demandantes en apelación y se dictan fallos condenatorios firmes. En ocasiones, la amenaza creíble de que éstos recaigan es suficiente. En cualquier caso, esta fase puede considerarse concluida cuando los demandados

<sup>8</sup> En los capítulos que siguen, el lector tendrá oportunidad de conocer ejemplos de estos desarrollos en derecho español y comparado, en especial en los ordenamientos británicos, estadounidenses y francés.

<sup>9</sup> En los años noventa, decenas de miles de mujeres demandaron a “Dow Corning” en Estados Unidos alegando daños en los tejidos corporales que estuvieron en contacto con los implantes mamarios fabricados por la compañía. El número de demandantes y el fracaso en el intento de alcanzar una transacción de clase definitiva, llevó a la empresa a solicitar la reorganización concursal de acuerdo con lo establecido en el Capítulo 11 del Código Concursal Federal estadounidense. Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., p. 33 y ss.

<sup>10</sup> Vid. *id.*, pp. 11-54.

<sup>11</sup> Vid. Howard M. ERICHSOY y Benjamin C. ZIPURSKY, “Consent versus Closure” (February 26, 2010). Versión utilizada para este trabajo disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1560035](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1560035), p. 6: “*Mass litigation emerges quickly after some triggering event suggests a defendant’s vulnerability to widespread potential liability. The trigger might be a product recall, scientific study, whistleblower disclosure, sudden stock drop, mass disaster, or other liability-suggesting event*”.

pierden la capacidad de poner punto y final al conjunto de la litigación mediante argumentos jurídicos.

La similitud fáctica de los casos hace que el valor de las diferentes demandas esté interrelacionado: un fallo condenatorio o absolutorio incrementa o reduce –respectivamente- el valor esperado del resto de demandas. Precisamente por este motivo, si no se alcanza una transacción, los demandados suelen oponerse con todos los medios a su alcance a las demandas que se interponen durante la gestación y desarrollo de una crisis de litigación por daños masivos<sup>12</sup>.

## 2.2. Fase de madurez y vías de abandono de la litigación

En esta fase predominan las cuestiones litigiosas particulares a cada caso y las demandas que se interponen pueden incluir algunas o bastantes de mérito dudoso. Se complica la gestión de la litigación e incrementa la presión financiera sobre los demandados y sus aseguradoras. Unos y otras pueden prevalecer en casos concretos, pero no poner fin al conjunto de la litigación, pues cuestiones tales como la causalidad general o las prácticas de una determinada industria quedaron bien establecidas en la fase de gestación y desarrollo.

En los casos más extremos, el número y la complejidad de los procesos judiciales hacen patente la necesidad de una gestión global y ajena a la litigación de la compensación de las víctimas<sup>13</sup>. Como señaló NAGAREDA, cuya obra *Mass Torts in a World of Settlement* es la principal referencia bibliográfica de esta monografía, se pasa de la litigación a la administración y de la resolución retrospectiva de los casos a la prospectiva<sup>14</sup>.

No existe una única vía para abandonar la litigación. Ésta puede consistir, por ejemplo, en una transacción extrajudicial o judicial. En algunos ordenamientos puede consistir en un sistema de compensación establecido por el convenio regulador de un concurso. Otra vía consistiría en la aprobación de disposiciones normativas que regularan un nuevo sistema de compensación. En todos estos casos es habitual que se establezcan fondos de compensación o sistemas afines.

---

<sup>12</sup> Vid. *id.*, p. 6.

<sup>13</sup> En relación con los daños del amianto en Estados Unidos, vid. el arranque de la ponencia del Magistrado Souter en *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), 821: “Like *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), this case is a class action prompted by the elephantine mass of asbestos cases, and our discussion in *Amchem* will suffice to show how this litigation defies customary judicial administration and calls for national legislation”.

<sup>14</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, *passim*

### 3. FONDOS DE COMPENSACIÓN

#### 3.1. Definición y acción protectora

Un fondo de compensación es una entidad que administra dotaciones públicas o privadas destinadas a indemnizar grupos homogéneos de daños. La acción protectora de los fondos acostumbra a basarse en criterios médicos o en la prueba de daños materiales y no en la identificación del causante del daño o en la concurrencia de culpa en sus acciones u omisiones. Por este motivo, pueden ser denominados más precisamente como fondos de compensación sin culpa<sup>15</sup>.

Algunos fondos de compensación van más allá y, además de prescindir de los requisitos de culpa y de identificación del causante, prescinden por completo del requisito de la causa<sup>16</sup>. En otras palabras, la acción protectora del fondo tiene su fundamento en el daño y no en su causa. Esta preeminencia del daño como único factor determinante de la cobertura estuvo, por ejemplo, muy presente en los trabajos preparatorios del sistema neozelandés de aseguramiento público universal de los daños derivados de accidentes<sup>17</sup>.

#### 3.2. Ventajas e inconvenientes

Un fondo de compensación sin culpa es también una forma de aseguramiento y, como tal, participa de las ventajas e inconvenientes de cualquier seguro.

---

<sup>15</sup> A lo largo del trabajo se cita y comenta la literatura consultada sobre fondos de compensación sin culpa. RUDA señala que “[s]uele hablarse de un fondo de compensación para denotar el empleo de dinero con el fin de compensar determinados daños. A diferencia de lo que pretenden otros fondos, los de compensación [tienen] una finalidad de reparación. Dichos fondos responden con independencia de su relación con el daño, ya que no se exige un nexo causal en relación con una conducta del fondo”. Vid. Albert RUDA GONZÁLEZ, *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 541.

<sup>16</sup> En otros fondos el requisito sigue presente de algún modo y, en consecuencia, se dan algunos problemas de causalidad. Así sucede cuando la acción protectora se vincula al carácter ocupacional del daño. Vid. Jane STAPLETON, *Disease and the Compensation Debate*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 49 y ss. Con todo, no me parece que tales problemas sean comparables a los que han surgido en la litigación por responsabilidad civil y que se comentarán más adelante.

<sup>17</sup> El informe dirigido por el Magistrado Owen Woodhouse indicaba que “el daño, no la causa, es la cuestión relevante”. *Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la Compensación del daño personal en Nueva Zelanda o Informe Woodhouse (Report Royal Commission of Inquiry, Compensation for Personal Injury in New Zealand -1967- o Woodhouse Report)*, [extractado en Richard A. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials*, Ninth Ed., Aspen, New York, pp. 1013 y 1014]: “*Injury, not Cause, is the Issue – Once the principle of community responsibility is recognized the principle of comprehensive entitlement follows automatically. Few would attempt to argue that injured workers should be treated by society in different ways depending upon the cause of injury. Unless economic reasons demanded it the protection and remedy society might have to offer could not in justice be concentrated upon a single type of accident (...) workers do not change their status at 5 P.M., and if injured on the highway or at home they are the same men, and their needs and the country’s need of them are unchanged*”.

Por una parte, compensa a las víctimas sin necesidad de lentos y costosos procesos judiciales, dispersa los costes de los daños entre todos sus financiadores, impulsa sectores económicos amenazados por crisis de litigación impredecibles, tiene costes de gestión inferiores a la responsabilidad civil, las divergencias entre el solicitante de indemnización y el fondo son menores que entre causante y víctima y, mediante la experiencia de su funcionamiento, permite prever daños futuros y mejorar la gestión de su compensación<sup>18</sup>.

Por otra parte, la cobertura del fondo genera riesgo moral en los responsables del daño, que pueden causarlo en la confianza de que no deberán pechar con las indemnizaciones resultantes. Para minimizar el fenómeno, algunos fondos tarifican las aportaciones económicas de los participantes según el grado de siniestralidad o prevén acciones de regreso contra algunos participantes.

Los fondos de compensación también generan riesgo moral en la víctima. Ésta se sabe asegurada, no de su potencial responsabilidad civil, sino de los daños que pueda sufrir. Sin embargo, la incidencia del riesgo moral en relación con la víctima es menor. Como recibirá una compensación más reducida que la que obtendría de una indemnización de responsabilidad civil, deberá soportar una parte mayor del daño y ex ante tendrá algunos incentivos a evitarlo<sup>19</sup>. Por otra parte, tratándose de daños personales de especial gravedad, cualquier compensación será insuficiente para resarcir el daño, por lo que, también por este motivo, la víctima conservará algunos incentivos a la prevención.

En cualquier caso, el establecimiento de un fondo de compensación únicamente tiene sentido si se demuestra previamente que la responsabilidad civil extracontractual, ayudada en su caso por el aseguramiento de riesgos, compensa de un modo particularmente ineficiente y obtiene resultados muy modestos en términos de prevención, justicia correctiva, señalización de pretensiones regulatorias y justicia distributiva, entre otros.

### 3.3. Fondos de compensación de daños masivos

La opción por los fondos para afrontar la gestión de la compensación de daños masivos cuenta con antecedentes de derecho comparado. Este tipo de fondos ha servido

<sup>18</sup> Sobre las ventajas e inconvenientes del seguro, vid., entre otros, C. Arthur WILLIAMS *et al.*, *Risk Management and Insurance*, 8ª ed., Irwin McGraw-Hill, Boston, 1998, pp. 379-383. Sobre las ventajas de los sistemas de compensación sin culpa, vid. Karine FIORE, "No-Fault Compensation Systems", en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 409-410 quien señala tres ventajas: mejor compensación, menos costes de transacción y menos primas que un seguro de terceros. Vid. también las páginas iniciales de Albert AZAGRA MALO, "Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica", *InDret* 3/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>19</sup> En un sentido parecido, en relación con las compensaciones de *workers' compensation*, vid. Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen-Wolters Kluwers, 2007, p. 257, § 8.3: "Because workers' compensation awards are lower than the awards in common law cases would be, the employer's incentive to take care is reduced and that of the worker increased. (The latter effect is similar to that of deductibles in insurance policies)".

en diversos países desarrollados para la gestión de la compensación por daños derivados del consumo de medicamentos defectuosos, del uso de sangre contaminada, de la administración de vacunas a niños, de determinados daños iatrogénicos, así como de la exposición al amianto. El trabajo se refiere a todos ellos, pero los últimos se estudiarán con más detalle, pues podrían orientar la compensación de las víctimas del amianto españolas, cuyas demandas han dado lugar a una de las crisis de litigación más importantes de nuestra historia procesal.

Muy en particular, el trabajo analiza en su parte final el Fondo francés de Indemnización de las víctimas del Amianto (*Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante*, en adelante FIVA). Pese a no excluir la vía de la litigación, el FIVA es la opción mayoritaria de las víctimas francesas. El funcionamiento del fondo está bien documentado en sus informes anuales y los datos allí recogidos permiten extraer algunas conclusiones y no pocas lecciones sobre cómo diseñar un fondo de compensación. Así, su análisis puede orientar el diseño de un fondo español de compensación de las víctimas del amianto, cuya implementación aconseja este trabajo por diversas consideraciones que incluyen el número de víctimas, el volumen de la litigación, las cuestiones jurídicas que en ella se suscitan y la rápida evolución de alguna de las enfermedades derivadas de la exposición al amianto.

#### 4. DAÑOS DEL AMIANTO EN ESPAÑA

A los daños del amianto y a la jurisprudencia española por daños del amianto me referí más por extenso en trabajos anteriores<sup>20</sup>. A continuación, se presenta un resumen de las principales conclusiones de aquellos trabajos que incorpora el análisis de resoluciones recientes, incluida la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, de 5 de julio de 2010 (Magistrado-Juez Javier Sánchez Beltrán), que tuve oportunidad de comentar en *InDret 3/2010*<sup>21</sup>.

Los daños del amianto y la litigación a la que han dado lugar en España y otros países constituyen un excelente caso de estudio sobre las ineficiencias de la litigación por daños masivos y las ventajas que podrían derivarse de un sistema de compensación sin culpa.

---

<sup>20</sup> Vid., entre otros que allí se citan, Albert AZAGRA MALO, *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, "Compensación de las víctimas del amianto en España", *Gerencia de Riesgos*, nº 102, Sept./Diciembre 2008 y "Daños del amianto y responsabilidad civil del fabricante", en Pablo SALVADOR CODERCH, Fernando GÓMEZ POMAR y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (ed.), *Apéndice del Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, 2010.

También otros autores se han interesado por el tema. Señaladamente, Miquel MARTÍN CASALS y Jordi RIBOT IGUALADA, dedican a él parte del capítulo "Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain", en Miquel MARTÍN CASALS (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 227-263.

<sup>21</sup> Vid. Albert AZAGRA MALO, "Hacia una litigación sin horizontes: agregación procesal, exposición no ocupacional al amianto y placas pleurales", *InDret 3/2010* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

#### 4.1. España y el amianto: consumo histórico y mortalidad

Amianto o asbesto son denominaciones genéricas y sinónimas de silicatos hidratados que se descomponen fácilmente en fibras flexibles, ignífugas y químicamente inertes con miles de aplicaciones, entre otras, el aislamiento de edificios, maquinaria, embarcaciones, ferrocarriles o automóviles<sup>22</sup>.

En España, apenas hubo extracción del mineral, pero durante el siglo pasado se importaron más de dos millones y medio de toneladas<sup>23</sup>. Unas tres cuartas partes del amianto importado fue utilizado en la producción de fibrocemento, mientras que el resto se destinó a empaquetaduras y cartones, aislamientos y calorifugaciones, elementos de fricción, recambios, filtros y, en menor medida, a otros usos. Los niveles máximos de consumo se alcanzaron durante los años sesenta y setenta<sup>24</sup>. Durante los años ochenta y noventa el consumo disminuyó progresivamente coincidiendo con la regulación que prohibió paulatinamente los usos y variedades que se consideraron más peligrosos<sup>25</sup>. Finalmente, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 7 de diciembre de 2001 (BOE núm. 29, de 14.12.2001), que entró en vigor el 14 de junio de 2002, estableció –con contadas excepciones- una prohibición general de uso y consumo de amianto.

La inhalación de fibras de amianto es la causa principal de dos enfermedades caracterizadas por un largo período de latencia: el mesotelioma, un tumor que se localiza habitualmente en la pleura, y la asbestosis, una fibrosis pulmonar que produce una disminución progresiva en la transferencia de oxígeno. Asimismo, puede causar otras patologías pleurales benignas e incrementa el riesgo de padecer cáncer de pulmón<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> El amianto se clasifica en dos grupos minerales: serpentina y anfíboles. La serpentina tiene como único miembro al crisotilo (o amianto blanco), la variedad más usada. El anfíbol incluye, entre otras, dos variedades de amianto que también fueron muy usadas: la amosita (o amianto marrón o grunerita) y la crocidolita (o amianto azul o riebeckita). Sobre el amianto en general, Vid. Robert L. BATES y Julia A. JACKSON (Eds.), *Glossary of Geology*, 2nd ed., American Geological Institute, Falls Church (VA), 1980, p. 37, Christiane MARTIN *et al.* (Red.), *Lexikon der Geowissenschaften*, Erster Band, Spektrum Akademischer Verlag, 2000, pp. 133 y 134 y Robert L. VIRTA, *Asbestos: Geology, Mineralogy, Mining and Uses*, US Geological Survey, Reston (VA), 2002, pp. 5-11.

<sup>23</sup> Vid. Manuel PERDIGÓ SOLÀ y Xavier CASANOVAS I BOIXEREU (dir.), *Prospección sobre la presencia de amianto o de materiales que lo contengan en edificios*, Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2001, p. 18 y Ángel C. CÁRCOBA ALONSO, "Informe sobre el amianto en España", en Ángel C. CÁRCOBA ALONSO *et al.*, *El amianto en España*, GPS – CCOO Unión Sindical de Madrid, Madrid, pp. 17-55.

<sup>24</sup> Vid. Robert L. VIRTA, *Worldwide Asbestos Supply and Consumption Trends From 1900 through 2003*, US Geological Survey, Reston (Va), 2006. Disponible en <http://pubs.usgs.gov>.

<sup>25</sup> Sobre la regulación de los usos y consumo del amianto, así como de las normas de seguridad e higiene, vid. AZAGRA, *La Tragedia...*, pp. 37-47. Añádase a la normativa allí comentada la Directiva 2009/148/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (L 330, de 16 de diciembre de 2009), que codifica la Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre de 1983 y sus modificaciones.

<sup>26</sup> Sobre las enfermedades del amianto, vid. Antonio AGUDO TRIGUEROS, *Mesotelioma Pleural y Exposición ambiental al amianto*, Institut Català d'Oncologia, 2003, pp. 9-20 y 49-52.

Algunos casos puntuales de mesotelioma se han asociado a la exposición a la heroinita, una fibra mineral de características similares al amianto y que se halla en algunas zonas rurales de Capadocia (Turquía). También se ha dado algún otro caso derivado del tratamiento mediante radioterapia de pacientes con diversos tumores, en especial, Linfoma de Hodgkin. Vid. *id.*, pp. 9-20 y 49-52.

En España y entre 1977 y 2001, el mesotelioma causó el fallecimiento de 2.929 personas: 1.928 hombres y 1.001 mujeres. En fechas recientes, buena parte de los más de doscientos fallecimientos por cáncer pleural que se registran se consideran asociados a la exposición histórica al amianto. Según las proyecciones epidemiológicas entre 2007 y 2016 fallecerán 1.321 hombres, así como un número de mujeres por determinar, como consecuencia de mesotelioma<sup>27</sup>. Si se tiene en cuenta la correlación estadística que existe entre el consumo de amianto y la mortalidad por mesotelioma en otros países europeos y en Estados Unidos, el número de fallecimientos será mucho mayor<sup>28</sup>.

Comparativamente, la incidencia conocida de los daños del amianto en España es menor que en otros países desarrollados. Sólo en 2005, fallecieron en Alemania 1.540 personas como consecuencia de enfermedades derivadas de la exposición ocupacional al amianto<sup>29</sup>. En Estados Unidos, se calculó que en el año 2000 fallecerían 9.700 personas por cánceres relacionados con la exposición ocupacional al amianto y, que a partir de ese año, el número de víctimas descendería progresivamente<sup>30</sup>. En Inglaterra, fallecen alrededor de 2.000 enfermos de mesotelioma al año<sup>31</sup>.

#### **4.2. Jurisprudencia española de responsabilidad por daños del amianto: enero 1996 - enero 2010**

Desde enero de 1996 hasta enero de 2010 —ambos meses incluidos—, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo dictaron no menos de 190 resoluciones, entre autos y sentencias, sobre responsabilidad civil por daños derivados del amianto o sobre el recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral previsto en el art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido

---

Recientemente, se ha discutido si los nanotubos de carbono podían llegar a causar mesotelioma, si bien, al parecer, la discusión no ha producido ninguna respuesta concluyente. Vid. Scout P. DeVRIES y Sarah JEHL, “Nanotechnology: The Next Battleground for Mass Torts?”, *Toxic Law Reporter*, Vol. 24, No. 47, December 3, 2009 y los estudios científicos allí citados.

<sup>27</sup> Vid. Silvia PITARQUE *et al.*, “Mesothelioma Mortality in Men: Trends During 1977-2001 and Projections for 2002-2016”, *Occup. Environ. Med.*, pp. 4 y 5 y, para los datos de fallecimientos por cáncer pleural, Gonzalo LÓPEZ-ABENTE *et al.*, *Atlas municipal de mortalidad por cáncer en España*, Instituto de Salud Carlos III, Madrid, p. 46) y los datos disponibles en la página web del Instituto de Salud Carlos III.

<sup>28</sup> Vid. Antti TOSSAVAINEN, “National Mesothelioma Incidence and the Past Use of Asbestos”, 59 (2) *Monaldi Arch Chest Dis*. 146 (2003).

<sup>29</sup> Vid. Héctor UPEGUI, “Physicians and asbestos-related diseases in developing countries”, en Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 18-22, p. 21.

<sup>30</sup> Según William NICHOLSON *et al.*, “Occupational Exposure to Asbestos: Population at Risk and Project Mortality”, 3 *Am. J. Indus. Med.* 259 (1982). Para datos más recientes, vid. NIOSH, *Worker Health Chartbook 2004*, NIOSH Publication No. 2004-146, Chapter 2. Disponible en [www.cdc.gov/niosh/docs/chartbook/](http://www.cdc.gov/niosh/docs/chartbook/).

<sup>31</sup> Vid. “Mesothelioma: the law adds insults to tragedy”, *The Times*, April 7, 2008.

de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29.7.1994; en adelante TRLGSS). En trabajos anteriores analicé las resoluciones dictadas hasta mayo de 2009. Como indicaba, he incluido en éste algunas dictadas con posterioridad<sup>32</sup>.

Parte de las sentencias estimaron la demanda interpuesta, generalmente, por trabajadores de las industrias del amianto o sus familiares contra fabricantes de fibrocemento, compañías de construcción naval, compañías de fabricación y mantenimiento de equipos y componentes ferroviarios u otras que usaron el amianto. Las sentencias estimatorias otorgaron indemnizaciones entre 6.000 €<sup>33</sup> y 427.050,27 €<sup>34</sup>. Si se tienen en cuenta también las resoluciones recaídas en primera instancia, la cuantía máxima es muy superior. Así, la Sentencia de conformidad 420/2009 del Juzgado de lo Penal Número Dos de Valencia de 14 de septiembre de 2009 (MP: Juan Beneyto Mengo), que se comentará en uno de los capítulos del trabajo, con -denó a “Unión Naval” y a algunos de sus cargos a indemnizar solidariamente a los demandantes con más de 10 millones de euros en total.

*a. De las acciones individuales por daños derivados de exposición ocupacional a la agregación procesal por exposición doméstica o ambiental*

Otra resolución reciente muy relevante es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Madrid de 14 de octubre de 2009 (AC 2010\13; MP: Marta María Gutiérrez del Olmo Menéndez). La sentencia condenó a “Uralita, SA”, fabricante de productos de fibrocemento, a indemnizar a casi medio centenar de personas con más de 1.600.000 € en total. Más allá de la cuantía, la sentencia tiene un interés especial

<sup>32</sup> Vid., para la jurisprudencia hasta mayo de 2009, AZAGRA, *Daños del amianto...*, *op. cit.* y la literatura allí citada. Las resoluciones posteriores que se han consultado son las siguientes: ATS, 4ª, 26.6.2009 (JUR 2009\360533; MP: José Manuel López García de la Serrana); STS, 4ª, 11.12.2009 (JUR 2010\42652; MP: Jesús Souto Prieto); STS, 4ª, 26.1.2010 (JUR 2010\100799; MP: Jesús Gullón Rodríguez); STSJ Cataluña, Social, 21.5.2009 (AS 2009\2180; MP: Francisco Javier Sanz Marcos); STSJ Galicia, Social, 25.5.2009 (RJ 2009\280987; MP: Antonio José García Amor); STSJ País Vasco, 23.6.2009 (AS 2009\1776; MP: Ana Isabel Molina Castiella); STSJ Andalucía (Sevilla), Social, 16.7.2009 (JUR 2009\438857; MP: Begoña Rodríguez Álvarez); STSJ Cataluña, Social, 18.9.2009 (JUR 2009\461780; MP: Miquel Àngel Falguera i Baró); STSJ Valencia, Social, 18.9.2009 (AS 2009\2619; MP: Gema Palomar Chalver); STSJ Aragón, Social, 5.10.2009 (JUR 2009\478249; MP: Carlos Bermúdez Rodríguez); STSJ Cantabria, Social, 8.10.2009 (JUR -; MP: María Jesús Fernández García); STSJ Madrid, Social, 14.10.2009 (JUR 2010\28935; MP: Luis Gascón Vera); STSJ Madrid, Social, 26.10.2009 (JUR 2010\94981; MP: Josefina Tiguero Agudo); STSJ Madrid, Social, 6.11.2009 (JUR 2010\27287; MP: Miguel Ángel Luelmo Millán); STSJ Murcia, Social, 9.11.2009 (JUR 2010\8600; MP: José Luis Alonso Saura); STSJ Galicia, Social, 16.11.2009 (AS 2009\2685; MP: Alicia Català Pellón); STSJ Galicia, Social, 19.11.2009 (JUR 2010\7577; MP: José Manuel Mariño Coteló); STSJ Murcia, Social, 23.11.2009 (JUR 2010\26282; MP: Joaquín Ángel de Domingo Martínez); STSJ Galicia, Social, 1.12.2009 (JUR 2010\35265; MP: Luis Fernando de Castro Mejuto); STSJ Cataluña, Social, 3.12.2009 (JUR 2010\86024; MP: Jacobo Quintans García); STSJ Madrid, Social, 10.12.2009 (AS 2010\509; MP: Miguel Ángel Luelmo Millán); STSJ Cataluña, Social, 14.12.2009 (JUR 2010\85329; MP: Ignacio Mª Palos Peñarroya); STSJ Castilla y León -Valladolid-, Social, 20.1.2010 (JUR 2010\82971; MP: José Manuel Riesco Iglesias).

<sup>33</sup> Vid. STSJ Galicia, Social, 25.5.2009 (RJ 2009\280987; MP: Antonio José García Amor), dictada en un caso de engrosamientos pleurales y atelectasia redonda.

<sup>34</sup> Vid. STSJ Aragón, Social, 18.11.2008 (AS 2009\84; MP: Rafael de Medina y Alapont), dictada en un caso de mesotelioma.

por el número de demandantes y porque reconoció el derecho a indemnización no sólo por exposición ocupacional propiamente dicha, sino también por exposición durante el lavado de la ropa de trabajo de familiares.

La nómina de expuestos con derecho a indemnización se amplió todavía más con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, de 5 de julio de 2010 (Magistrado-Juez Javier Sánchez Beltrán). La sentencia, dictada un proceso en el que se acumularon las acciones de cuarenta y siete vecinos de Cerdanyola del Vallès y Ripollet (Barcelona) o de sus familiares, reconoció indemnización por daños derivados de la exposición doméstica y ambiental al amianto procedente de una de las fábricas de “Uralita, SA”. El total de las indemnizaciones fue superior a 3.500.000 €. Como se señalará, la sentencia también es importante por reconocer sin ambages el carácter compensable de las placas pleurales.

En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es que la litigación no se limita, como sucedía hace algunos años, a acciones individuales interpuestas por antiguos trabajadores de las industrias del amianto.

#### *b. Distribución de las resoluciones por jurisdicciones*

De las resoluciones recaídas en segunda o ulteriores instancias consultadas, 166 fueron dictadas por tribunales de la jurisdicción social, 33 de las cuales en procesos, cada vez más frecuentes, sobre el recargo de prestaciones. Los tribunales de las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y penal dictaron el resto: 18, 5 y 1, respectivamente.

La jurisprudencia actual sobre jurisdicción competente en supuestos de accidentes de trabajo puede acentuar todavía más la preeminencia de la jurisdicción social en los casos ocupacionales. Así, la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (La Ley núm. 6895 y RJ 2008\1394; MP: Encarnación Roca Trías)<sup>35</sup> señaló que la responsabilidad por accidente de trabajo derivaba de incumplimiento de la obligación contractual de seguridad y, en consecuencia, la competencia para determinarla correspondía a los jueces y tribunales del orden social. Si bien, el Tribunal previó una excepción cuando además del empleador hubiera otros codemandados ajenos a la relación laboral.

Como se explica en el próximo capítulo, la consideración como contractual de la responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no impide su análisis conjunto con la responsabilidad civil extracontractual a los efectos que aquí interesan.

---

<sup>35</sup> Sobre la sentencia, vid. Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro”, *La Ley*, núm. 6895, 3 de marzo de 2008, pp. 1-3 y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Responsabilidad por accidente de trabajo, infracción de normas laborales y jurisdicción competente”, *InDret 4/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)). Con anterioridad, la Sala 4ª y la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ya habían afirmado el carácter contractual de la responsabilidad civil por riesgos laborales.

Con todo, es muy probable que la jurisdicción civil conozca en los próximos años más casos de exposición doméstica y ambiental<sup>36</sup> y, aunque todavía excepcionales, no pueden descartarse pleitos por responsabilidad civil del fabricante.

El número de casos en las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal también puede incrementar en los próximos años. Los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa suelen resolver casos de exposición de militares de la Armada al amianto instalado en buques de guerra, por ejemplo, en la SAN, Contencioso-administrativo, 9 de julio de 2008 (JUR 2008\243117; MP: José L. Gil Ibáñez). Ahora bien, existe algún caso en el que los demandantes fueron trabajadores de empresas privadas. Como se comentará más adelante, la STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, 7 de marzo de 2007 (JUR 2007\115706; MP: Rafael Salvador Manzana Laguarda) condenó a la *Conselleria* de Economía, Hacienda y Empleo de la *Generalitat Valenciana* por el fallecimiento de un trabajador de compañías de fibrocemento como consecuencia de un carcinoma de pulmón y con fundamento en las deficientes revisiones médicas e inspección laboral. El papel de la Administración pública en la litigación por daños del amianto está todavía por definir. Como analiza uno de los capítulos del trabajo, ha sido determinante para poner fin a otras crisis de litigación e implementar sistemas de fondos o ayudas públicas para la compensación de las víctimas.

Por último, la jurisdicción penal ofrece a los demandantes un poder de negociación difícil de contrarrestar y cuya incidencia estudia otro de los capítulos del trabajo: la amenaza de una condena penal. Por ello, en los próximos años es posible que la vía penal pueda ser explorada con más frecuencia que hasta la fecha. Asimismo, al considerar la relevancia de la jurisdicción penal, debe advertirse que en cada proceso se puede dirimir la responsabilidad penal y civil por los daños causados a decenas de víctimas del amianto. Así, por ejemplo, en la citada Sentencia de conformidad 420/2009 del Juzgado de lo Penal Número Dos de Valencia de 14 de septiembre de 2009 (MP: Juan Beneyto Mengo) y, aunque confirme la sentencia previa absolutoria, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 1ª (Penal), de 28 de diciembre de 2006 (JUR 2007\226749; MP: Vicente Magro Servet).

### *c. Principales cuestiones jurídicas planteadas*

A continuación, el lector encontrará una selección de las principales cuestiones que se han planteado en la litigación por daños del amianto. No son las únicas, pero constituyen una muestra significativa de cómo concurren en ella las cuestiones que plagan de ordinario la litigación por responsabilidad civil extracontractual más otras que le son propias y que responden, en buena medida, a las características diferenciales de los casos de responsabilidad civil por daños masivos. Algunas de estas cuestiones serán tratadas más por extenso en otras partes del trabajo.

---

<sup>36</sup> Para una clasificación similar de la exposición no ocupacional, vid. GRUPO DE ESTUDIO DEL MESOTELIOMA EN BARCELONA (GEMEBA), "Mortalidad por mesotelioma pleural en la provincia de Barcelona", *101 Med Clin (Barc)* 565 (1993), p. 568.

## i. Canon de responsabilidad

En la gran mayoría de las resoluciones consultadas, los tribunales de la jurisdicción social siguieron la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6853; MP: Leonardo Bris Montes) y aplicaron una regla de responsabilidad por culpa.

En cambio, los tribunales de la jurisdicción civil que resolvieron cuestiones de daños del amianto aplicaron, generalmente, una regla de responsabilidad por riesgo. Incluido el Tribunal Supremo. La Sentencia de la Sala Primera de 8 de febrero de 2007 (RJ 1997\6853; MP: Ramón García Varela) constituye un buen ejemplo al respecto. Con todo, la jurisprudencia más reciente de esa misma Sala sobre diversos ámbitos de la responsabilidad civil apunta un retorno a la culpa<sup>37</sup>.

En cualquier caso, si la exposición al amianto se prolongó hasta años después del conocimiento científico de los daños del amianto, algunos tribunales de la jurisdicción social entienden que el cumplimiento con la normativa de seguridad e higiene vigente durante la exposición no exime de responsabilidad. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por ejemplo en la Sentencia de la Sala Social de 10 de noviembre de 2005 (JUR 2006\77904; MP: Ángeles Vivas Larruy), ha tenido en cuenta, entre otros factores, investigaciones dirigidas por Irving J. SELIKOFF a mediados de los años sesenta del siglo pasado para determinar el momento en el que podía exigírsele al demandado el conocimiento de determinados daños del amianto. En algún caso excepcional, también ha tenido en cuenta, junto a otras circunstancias, la existencia de estudios anteriores a aquellos. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de mayo de 2009 (AS 2009\2180; MP: Francisco Javier Sanz Marcos)<sup>38</sup>. En general, puede afirmarse que en los años sesenta se conocía que el amianto era un agente cancerígeno. Con anterioridad, ya se conocía que causaba asbestosis, enfermedad que, de hecho, recogía el Decreto de 10 de enero de 1947, de seguro de enfermedades profesionales (BOE núm. 21, 21 de enero de 1947).

## ii. Concurrencia de culpas y tabaquismo

La condición de fumadora de la víctima puede ser relevante, pues la asbestosis se da con mayor frecuencia entre fumadores y el tabaquismo multiplica exponencialmente el riesgo de contraer cáncer de pulmón<sup>39</sup>. Algunas sentencias consultadas tienen en cuenta el tabaquismo a la hora de establecer el porcentaje en el que contribuyó la culpa del propio demandante a la causación del daño y para minorar la indemnización en consecuencia. Así sucedió, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007\115706. MP: Rafael Salvador Manzana Laguarda). La determinación del

<sup>37</sup> Vid. Encarna ROCA TRIAS, "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *InDret 4/2009* (www.indret.com).

<sup>38</sup> Sin embargo, vid. la STSJ Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2009 (MP: Jacobo Quintanas García).

<sup>39</sup> Vid. AGUDO, *Mesotelioma...*, *op. cit.*, pp. 9-20.

porcentaje no parece responder a criterios científicos. De hecho, muchas veces no es posible conocer el grado de contribución al daño de las diferentes sustancias tóxicas a las que estuvo expuesta la víctima<sup>40</sup>. Tampoco, como se apunta en el siguiente subepígrafe, el grado de contribución de distintas exposiciones a una misma sustancia.

### iii. Incertidumbre causal y mesotelioma

En la gran mayoría de los casos que resuelven las resoluciones estudiadas, los daños del amianto se produjeron como consecuencia de la exposición ocupacional en las instalaciones de una única compañía, que, a lo sumo, tuvo una o más sucesoras empresariales. Son relativamente pocos los casos con exposiciones en las instalaciones de diversas compañías o con exposiciones tanto como trabajador por cuenta ajena como por cuenta propia.

Es más, en los contados casos en los que el trabajador pudo haber estado expuesto al amianto en más de una empresa, los problemas de causalidad no parecen haber sido una de las principales cuestiones litigiosas<sup>41</sup>. Llegada la fase de madurez, es posible que los aspectos de incertidumbre causal cobren mayor importancia. Si esto sucede, es muy probable que se planteen problemas de difícil gestión como los que encontraron legisladores y jueces de otros ordenamientos<sup>42</sup>.

### iv. Concepto de daño y placas pleurales

Las placas pleurales no suelen afectar la función pulmonar y en buena parte de los casos, son asintomáticas<sup>43</sup>. A ellas dedicaré una parte del trabajo con cita de la jurisprudencia menor recaída. Al menos dos resoluciones negaron que las placas pleurales constituyeran asbestosis, la enfermedad alegada por los actores. Otras resoluciones, en cambio, indemnizaron casos de “asbestosis pleural” [sic.], “asbestosis leve” y “engrosamientos pleurales y atelectasia redonda”, acompañados, en ocasiones, del diagnóstico de placas pleurales. Por último, la citada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, de 5 de julio de 2010 (Magistrado-Juez Javier Sánchez Beltrán) reconoció el carácter compensable de las placas pleurales.

---

<sup>40</sup> Sobre cuál debería ser la regla de causalidad en tales casos, vid. Jane STAPLETON, “Factual Causation and Asbestos Cancer”, 126 L.Q.R. 351 (2010).

<sup>41</sup> Vid., en sentido parecido, Albert RUDA, “Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others, Fox v. Spusal (Midlands) Ltd, Matthews v. Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Ltd and others [2002] UKHL 22.” Spanish Case Note”, *ERPL* 2/2004, pp. 245 y ss., p. 256: “Surprisingly, the causation issue does not play a major role in this nor in other asbestos-related cases, but is usually eclipsed by the debate on the existence of fault”.

<sup>42</sup> Singularmente, los estadounidenses y británicos. Más sobre el particular en próximos capítulos.

<sup>43</sup> Vid. AGUDO, *Mesotelioma...*, *op. cit.*, p. 17.

#### v. Prescripción de acciones

La prescripción de las acciones ha sido opuesta por los demandados en decenas de casos, la mayoría resueltos por los tribunales de la jurisdicción civil y laboral. Aunque pueden resultar de aplicación otros plazos, la cuestión de la prescripción suele plantearse en relación con los plazos anuales previstos en los artículos 59 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (BOE núm. 161, de 6.7.2002; en adelante ET) y 1968.2 CC<sup>44</sup>.

En ambos casos, el plazo empieza a computarse desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, generalmente, la fecha del diagnóstico definitivo de la enfermedad. Ésta, a su vez, se hace coincidir, en no pocas ocasiones, con la resolución del INSS que pone fin al expediente administrativo sobre reconocimiento de situación de incapacidad o con la fecha del dictamen del equipo de valoración de incapacidades. Las mismas fechas son relevantes en casos de fallecimiento, salvo que no pueda conocerse en ellas el alcance del daño o su evolución futura. En este último caso, deberá tenerse en cuenta la fecha de fallecimiento. El Tribunal Supremo se pronunció sobre el particular en el Auto de la Sala Cuarta de 8 de mayo 2008 (JUR 2008\222724; MP: Jesús Souto Prieto).

#### vi. Sucesión empresarial, responsabilidad civil y recargo

La latencia de los daños del amianto explica que en el momento de su manifestación muchas compañías responsables no existan. Puede que se disolvieran sin más, pero también puede que tuviera lugar alguna modificación estructural de la sociedad mercantil correspondiente, por ejemplo, en forma de fusión o escisión.

Más allá de los problemas que puede plantear la determinación de cuándo se ha producido una sucesión empresarial a los efectos de la legislación societaria o laboral<sup>45</sup>, debe señalarse que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Social, de 15 de noviembre de 2004 (JUR 2005\36239. MP: José Ramón Fernández Otero), extendió la responsabilidad del sucesor al recargo de prestaciones. Sin embargo, la responsabilidad del sucesor por el recargo es difícilmente compatible con el tenor literal del art. 123.2 del TRLGSS:

“La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”.

#### vii. Coordinación de los diferentes mecanismos de compensación

Víctimas y perjudicados pueden ser beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social que comprenden, además de la asistencia sanitaria, indemnizaciones a tanto alzado y

<sup>44</sup> Tratándose de la introducción al trabajo, omito algunas referencias bibliográficas sobre aspectos específicos de la prescripción. Aparecerán contextualizadas más adelante.

<sup>45</sup> Vid., por ejemplo, los arts. 44 ET y 127.2 TRLGSS.

pensiones vitalicias. Si la exposición fue ocupacional<sup>46</sup>, el importe de las prestaciones económicas puede ser mayor y los requisitos que dan derecho a ellas menos exigentes<sup>47</sup>. Además, las prestaciones pueden ser incrementadas de un 30 a 50% si se impone el recargo de prestaciones.

En nuestro ordenamiento, la percepción de estas prestaciones no impide que los beneficiarios ejerciten las acciones que procedan contra el responsable civil o penal ex art. 127.3 TRLGSS. La cuestión que se suscita y que será objeto de estudio es, entonces, cómo coordinar prestaciones e indemnizaciones por daños y perjuicios.

Las resoluciones laborales sobre daños del amianto consultadas siguieron la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta sobre el particular: dedujeron de la indemnización las prestaciones de Seguridad Social y acumularon el recargo de prestaciones. Téngase en cuenta también que existe jurisprudencia reciente de la Sala Cuarta que matiza la regla de deducción. Según esta jurisprudencia, las prestaciones de Seguridad Social únicamente deben deducirse de conceptos indemnizatorios homogéneos. En este sentido se pronuncia, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008\7215; MP: José Luis Gilolmo López), que recoge la jurisprudencia previa, incluida la dictada por la Sala General<sup>48</sup>.

La gran mayoría de las sentencias civiles consultadas siguieron la doctrina jurisprudencial tradicional de la Sala Primera y acumularon prestaciones e indemnización, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 11<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003\7800; MP: José Antonio Ballesteros Llopis). Ahora bien, téngase en cuenta que la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera cuenta con sentencias en las que se ha aplicado una regla de deducción, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Primera de 24 de julio de 2008 (La Ley núm. 7052 y RJ 2008\4626; MP: Román García Varela).

#### *d. Responsabilidad civil del fabricante y demandas ante tribunales estadounidenses*

La vía de la responsabilidad civil del fabricante apenas ha sido explorada en España. En cambio, algunas víctimas españolas han interpuesto demandas de responsabilidad civil del fabricante en Estados Unidos. En *Francisco Varo Varo and Carmen Herrera*

<sup>46</sup> Vid. arts. 115 (accidente de trabajo) y 116 (enfermedad profesional) RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de julio de 1994; en adelante TRLGSS) y el Anexo I del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación o registro (BOE núm. 302, 19 de diciembre de 2006). Este último incluye asbestosis, mesotelioma, neoplasia maligna de bronquio y de pulmón y afecciones fibrosantes de la pleura y pericardio que cursan con restricción respiratoria o cardíaca provocadas por el amianto. Asimismo, otras enfermedades de supuesto origen asbestósico están incluidas en el Anexo II del RD 1299/2006 ó Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro.

<sup>47</sup> En particular, los requisitos referidos a la cotización.

<sup>48</sup> Dos sentencias recientes de la jurisprudencia de daños del amianto en las que se tratan cuestiones de aplicación de regla de deducción son las STSJ Cataluña, Social, 18.9.2009 (JUR 2009\461780; MP: Miquel Àngel Falguera i Baró) y STSJ Valencia, 18.9.2009 (AS 2009\2619; MP: Gema Palomar Chalver).

*Layne, h/w, et al. v. Owens-Illinois, Inc. (Superior Court of New Jersey, Appellate Division, Docket No. A-3332-06T3 and others, May 27, 2008)*, 948 A. 2d 673 (N.J. Super. A.D. 2008), la Appellate Division del Tribunal Superior de Nueva Jersey declaró la competencia de los juzgados del estado para conocer de las demandas interpuestas por quince víctimas españolas. Éstas alegaban que habían contraído enfermedades derivadas de la exposición a las fibras de amianto que se desprendían de productos fabricados por la empresa demandada en factorías de Nueva Jersey. Los productos habían sido instalados en los buques de guerra estadounidenses, considerados territorio de aquel país, que reparaban en la base militar de Rota (Cádiz) o en astilleros privados de la zona.

## **5. TESIS DEL TRABAJO Y PROPUESTA DE UN SISTEMA DE OPCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y FONDOS DE COMPENSACIÓN**

Este trabajo defiende que el mejor esquema de compensación de los daños del amianto es aquel que combina responsabilidad civil y fondos de compensación y permite a las víctimas elegir entre uno u otro. De este modo, se ampliarían las opciones de compensación y se mantendría buena parte de los efectos positivos que la responsabilidad civil pueda tener en términos de prevención, de justicia correctiva y otros que se discuten en el trabajo. Parecidamente, se impediría que la desaparición de la responsabilidad civil extracontractual creara una discontinuidad entre el derecho de contratos y el derecho sancionador, especialmente, el penal<sup>49</sup>.

La existencia de un fondo de compensación tendría otros efectos positivos. Incentivaría a los abogados a adaptar honorarios y servicios con el objeto de atraer o retener clientes. Esto, a su vez, haría reaccionar a los gestores del fondo y a los interesados en su buen funcionamiento, incluidos, además de las víctimas, los demandados y sus aseguradoras. Sucesivamente, y con la ayuda de una regulación y control públicos adecuados, se crearía una suerte de dinámica competitiva entre los dos mecanismos de compensación que mejoraría a ambos. Las víctimas serían las principales beneficiarias de esta dinámica. Asimismo, si responsabilidad civil y fondo de compensación sin culpa convivieran, serían las víctimas las que elegirían según sus preferencias y, por tanto, su derecho a la tutela judicial efectiva quedaría garantizado.

Este sistema de opción entraña, con todo, algunos riesgos. Tal vez el más pronunciado sea el de selección adversa, consistente en que los beneficiarios con menor probabilidad de prevalecer en juicio opten por la vía del fondo<sup>50</sup>. También deberán resolverse cuestiones básicas sobre financiación, ámbito de protección del fondo y subrogación del fondo en los derechos de los beneficiarios de sus prestaciones.

<sup>49</sup> Vid., aunque no específicamente en relación con fondos como el propuesto, Guido CALABRESI, "Toward a Unified Theory of Torts", *J. of Tort L.*, Vol. 1: Iss. 3, Art. 1 (2007).

<sup>50</sup> Parecidamente, STAPLETON sostuvo que un sistema de compensación sin culpa electivo, en tanto que conserva la responsabilidad civil, conserva también los inconvenientes de ésta y, además, puede generar un problema de "selección adversa" si las víctimas que optan por el sistema de compensación directa sin culpa son, únicamente, aquellas a las que la litigación ofrece peores perspectivas. Vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

## 6. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Tras esta introducción, el trabajo se estructura en ocho capítulos, un apartado de conclusiones y dos anexos. El Capítulo I examina la responsabilidad civil como instrumento de compensación de daños masivos, mientras que el Capítulo II hace lo propio con el aseguramiento de la responsabilidad civil. El Capítulo III analiza la responsabilidad civil como instrumento de prevención, justicia correctiva, justicia distributiva y de consecución de cualquier otro objetivo que se le asigne. Los Capítulos IV y V estudian la gestión de crisis de litigación mediante la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, transacciones colectivas, mercados de acciones indemnizatorias y mercados de riesgos inherentes a la litigación. El Capítulo VI describe y clasifica los fondos de compensación a partir de los ejemplos más significativos del derecho español y comparado. El Capítulo VII responde a las críticas que han recibido los fondos de compensación en la literatura especializada. El Capítulo VIII centra su atención en los fondos de compensación de los daños del amianto en el derecho comparado y, en particular, en el funcionamiento del FIVA. Siguen las principales conclusiones del trabajo y dos anexos con la jurisprudencia y bibliografía citadas.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MASIVOS COMO INSTRUMENTO DE COMPENSACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El responsable de un daño tiene la obligación de repararlo. La víctima, el derecho a que se le indemnice. Desde una perspectiva *ex post*, las funciones principales de la responsabilidad civil en el ámbito que nos ocupa son, pues, la consecución de justicia correctiva y la compensación del daño. Desde una perspectiva *ex ante*, en cambio, la función preventiva constituye la principal justificación de la responsabilidad civil.

Este primer capítulo estudia la función compensatoria en el contexto de los daños masivos. En alguna ocasión, se apuntan argumentos referidos a otras funciones de la responsabilidad civil en la medida que sean necesarios para completar la exposición. Sin embargo, se desarrollarán más por extenso en el Capítulo III<sup>51</sup>.

A los efectos que aquí interesan, la perspectiva *ex post* situaría el análisis en un momento posterior al del acaecimiento o producción del daño. La perspectiva *ex ante* situaría el análisis en un momento anterior al acaecimiento o producción del daño<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Sobre las funciones de la responsabilidad civil es extensa, vid., por todos, CALABRESI, "Toward a Unified Theory...", *op. cit.*; Gerhard WAGNER "Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht –Kommerzialisierung, Schadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag", en STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (Hrsg.), *Verhandlungen des Sechshundsechzigsten Deutschen Juristentages*, C.H. Beck, München, 2006, A14-A16 y "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe", *AcP* 206 (2006) 451-471; Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "El derecho de daños y la minimización de los costes sociales", *Indret* 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)); Luis DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 46-56, Pablo SALVADOR CODERCH y M<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Barcelona, 1997, pp. 163-176; Stephen SUGARMAN, "Doing Away with Tort Law", *73 Cal. L. Rev.* 555 (1985); Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*, Tesis doctoral inédita realizada bajo la dirección de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, pp. 399-400 y 741-775, Hein KÖTZ, "Ziele des Haftungsrechts", en J.F. BAUR *et al.* (Herausg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März*, Walter de Gruyter, Berlin, 1990, Erwin DEUTSCH, "Die Zwecke des Haftungsrechts", *JZ* 1971, pp. 244-248 y Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents*, Yale UP, New Haven and London, 1970.

<sup>52</sup> Una introducción a las perspectivas *ex ante* y *ex post* puede leerse en Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago University Press, Chicago, 2007, pp. 3-12.

# 1. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A EXAMEN

## 1.1. Compensación y demarcación de responsabilidad

### a. Supeditación de la función compensatoria a la demarcatória

De acuerdo con el paradigma mayoritario en derecho español y en otros derechos europeos<sup>53</sup>, la función normativa de la responsabilidad civil extracontractual es la compensación o resarcimiento de las víctimas. Así, PANTALEÓN señaló:

“Aquel a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño, puede sentirse tan «castigado» como aquel a quien se impone una multa o una pena privada; y la «amenaza» de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS, 2ª, 18-X-79); b) No es transmisible mortis causa a los herederos del responsable (art. 105.1 CP [de 1973]); c) Es asegurable; d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte (STS, 2ª, 8-X-84); e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable (STS, 2ª, 6-II-82), ni es materia reservable a Ley Orgánica (STS, 2ª, 28-X-86)”<sup>54</sup>.

A su vez, el Art. 10:101 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* parece señalar que la función principal de la indemnización es la compensación del daño<sup>55</sup>, sin perjuicio de que también pueda prevenirlo:

“La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”.

Sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual supedita la compensación a la identificación del causante y, con frecuencia, de su culpa o negligencia. Aquello que

<sup>53</sup> Vid. Ulrich MAGNUS, “Comment to Art. 10:101”, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 150-153, § 4. p. 150: “On this primary aim [compensation] all European legal systems agree”.

<sup>54</sup> Vid. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al art. 1902 CC”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ; Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN; Rodrigo BERCOVITZ CANO; Pablo SALVADOR CODERCH (dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1971-2003, p. 1971.

<sup>55</sup> Vid. MAGNUS, “Comment to Art. 10:101”, *op. cit.*, § 4, p. 150: “By requesting that money, so far as money can, should restore the victim to his or her non-violated position, the Article states implicitly that compensation is the primary aim of damages”.

determina la compensación no es, pues, el daño considerado en sí mismo<sup>56</sup>. En este sentido, no está de más recordar el tenor literal del art. 1902 CC:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Únicamente si se prueba la concurrencia de los presupuestos establecidos en la primera parte del precepto, nace la obligación de compensar que recoge la segunda. La responsabilidad civil extracontractual desempeña, así, una función demarcatoria a la que la función compensatoria está supeditada<sup>57</sup>. La prueba de causalidad y, en su caso, negligencia trazan una línea, para muchos arbitraria, entre los daños que merecen compensación y aquellos que, incluso si son prácticamente idénticos, no tienen reconocida compensación<sup>58</sup>.

Antes de proseguir, procede hacer una aclaración. Si bien la responsabilidad derivada de la infracción del deber de seguridad en el trabajo puede considerarse contractual<sup>59</sup>, el análisis sobre las funciones de la responsabilidad civil extracontractual que se hará en éste y los próximos capítulos también es aplicable a la responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por este motivo, opto muchas veces por el sintagma responsabilidad civil, sin especificar si ésta es extracontractual o no. Téngase en cuenta que los tribunales del orden social exigen prueba de causalidad y culpa y la indemnización fijada se entiende en clave de compensación de la víctima. De otro modo, no tendría sentido que esos mismos tribunales aplicaran una regla de deducción cuyo fundamento es evitar la sobrecompensación. Parecidamente, si la indemnización está bien calculada, puede prevenir el incumplimiento ineficiente de las obligaciones contractuales y los daños que causa este incumplimiento.

### *b. Latencia y demarcación de responsabilidad*

La supeditación de la función compensatoria a la demarcatoria perjudica muy especialmente la compensación de enfermedades por oposición a la de lesiones traumáticas. Esto es así por diversas razones, entre otras, la latencia de no pocas enfermedades<sup>60</sup>. A diferencia de las lesiones traumáticas, las enfermedades no acostumbran a manifestarse inmediatamente después de la acción u omisión que las causa y el paso del

<sup>56</sup> Sobre la frase de Ihering “Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld” y su evolución, vid. el Habilitationsschrift de Dieter SCHÄFER, *Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972, p. 155.

<sup>57</sup> Vid. Pablo SALVADOR CODERCH y M<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Barcelona, 1997, p. 107.

<sup>58</sup> Para un resumen de las posturas críticas por un autor que también tiene en cuenta los aspectos negativos de los sistemas de compensación sin culpa, vid. Michael J. TREBILCOCK, “Incentive Issues in the Design of ‘No-fault’ Compensation Systems”, *39 U. Toronto LJ* 19 (1989), p. 20.

<sup>59</sup> Vid., entre otros, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1985”, *CCJC*, n<sup>o</sup> 8, 1986, pp. 2609-2624 y DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, *op. cit.*, pp. 250-252.

<sup>60</sup> En un sentido parecido y más detallado, en relación con las dificultades que plantean causalidad y culpabilidad a las víctimas de *man-made diseases*, vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, *passim*. La autora también critica la preeminencia del accidente sobre la enfermedad a la hora de diseñar sistemas de compensación sin culpa.

tiempo complica la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil. Si en ocasiones resulta difícil hacer acopio de prueba suficiente sobre lo sucedido hace algunos meses, no es necesario insistir en la dificultad de hacer lo propio cuando las acciones u omisiones relevantes acaecieron hace décadas. Asimismo, la latencia de algunas enfermedades incrementa la probabilidad de que la víctima haya estado expuesta a diferentes fuentes de riesgo. Si no es posible determinar si aquellas contribuyeron al daño y en qué medida, las dificultades probatorias se multiplican.

La litigación por daños masivos en España y en otros países conoce un buen número de casos que lo ejemplifican. Uno de los más extremos es el de los daños derivados del consumo de medicamentos genéricos cuyo principio activo era el dietilstilbestrol (en adelante, DES) y que en Estados Unidos comercializaron decenas –tal vez centenas– de laboratorios farmacéuticos como método de prevención del riesgo de aborto. Generalmente, los efectos tóxicos del DES, entre otros adenocarcinoma de vagina y útero, no se manifestaron en las consumidoras, si no en sus hijas y no antes de que éstas alcanzaran la adolescencia<sup>61</sup>. La litigación por daños del amianto es otro ejemplo de crisis de litigación en la que la latencia de los daños interpreta un papel protagonista<sup>62</sup>.

## 1.2. Compensación e insolvencia empresarial

Además de la demarcación de responsabilidad, para que la responsabilidad civil cumpla su función compensatoria, el causante debe ser solvente o estar suficientemente asegurado. Es decir, su patrimonio o la cobertura del seguro que tenga contratado deben ser igual o mayor que el daño causado. De otro modo, el fallo indemnizatorio no podrá ser ejecutado en todo o en parte. Es posible, incluso, que las víctimas decidan no invertir tiempo y dinero en el ejercicio de sus pretensiones indemnizatorias si, como consecuencia de la insolvencia del demandado, los réditos esperados no son mayores que los costes de la litigación.

Si pudieron prever el acaecimiento del daño y la insolvencia del causante, las víctimas habrán contratado un seguro que cubra sus propios daños personales o materiales, es decir, un seguro *first-party*<sup>63</sup>. Sin embargo, los daños masivos son difíciles de anticipar y, en consecuencia, también la insolvencia que pueda derivarse de la responsabilidad civil resultante. La latencia tiene, de nuevo, mucho que ver en ello.

---

<sup>61</sup> La litigación por daños del DES no es exclusiva de los Estados Unidos. En otro lugar del trabajo, se comenta la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 6 de marzo de 2002 (JUR 2003\58544; MP: Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández), una sentencia española en la que se resuelve un caso de fallecimiento de una joven por adenocarcinoma de células claras de vagina probablemente derivado del consumo de un medicamento cuyo principio activo era el DES por la demandante, madre de la víctima.

<sup>62</sup> Vid. AZAGRA, *La tragedia...*, op. cit. y la literatura allí y en este trabajo.

<sup>63</sup> Vid. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA)–London (UK), 2004, p. 275. Vid., también y del mismo autor, "The Judgment Proof Problem", *6 Int'l Rev. of L& Econ* 45 (1986), p. 55: "This problem [the problem of inadequate compensation of victims] will in principle automatically be solved where victims are well-informed purchasers of insurance. For in that situation, victims would be expected to obtain insurance policies protecting them against the possibility that injurers would be unable to compensate them fully for their losses".

A su vez, la insolvencia disminuye los incentivos del propio insolvente a contratar un seguro o, al menos, a contratar un seguro que cubra todo el daño esperado. En ausencia de seguro, el insolvente no soportaría todo el daño si éste se produjera, si no sólo en la cuantía de su patrimonio. Por este motivo, puede carecer de incentivos para pagar una prima de seguros calculada teniendo en cuenta el daño total<sup>64</sup>.

Este último problema podría afrontarse imponiendo un seguro obligatorio, pero la opción no está exenta de inconvenientes para la prevención si concurren determinadas circunstancias a las que se aludirá en próximas páginas, particularmente, si la compañía aseguradora no puede observar el nivel de precaución adoptado y ajustar la prima en consecuencia.

#### *a. Insolvencia y daños masivos*

En los casos de daños masivos el riesgo de insolvencia es mayor por dos motivos: son muchas las víctimas y un buen número de ellas sufre daños personales de gravedad. Que los demandados suelen ser grandes compañías con recursos mitiga el riesgo. Pero menos de lo que pudiera parecer *prima facie*. Los daños masivos pueden tener proporciones sin precedentes y ninguna compañía tiene una solvencia ilimitada. Asimismo, algunas pueden decidir segregar sus ramas de mayor riesgo o reducir estratégicamente su solvencia<sup>65</sup>. Por último, si los daños son latentes, nada garantiza que una compañía solvente en el momento de causación del daño lo sea también en el futuro.

##### *i. Descoordinación y tragedia de los comunes: la compensación de las víctimas del amianto en Estados Unidos*

La escasez de recursos disponibles para la compensación es también, en buena medida, la consecuencia de un problema de coordinación entre los diferentes participantes en los procesos judiciales en los que se dirige la responsabilidad por daños masivos.

Tal vez el caso más claro sea el de la litigación por daños del amianto en Estados Unidos. Los demandados, aproximadamente 8.400 hasta 2002<sup>66</sup>, no siempre se pusieron de acuerdo entre sí para diseñar estrategias conjuntas. Ello, sin perjuicio de los intentos de transacción de los años noventa que se analizarán en otro lugar del trabajo. Los demandantes, aproximadamente 730.000 hasta 2002<sup>67</sup>, tenían diferentes intereses y

<sup>64</sup> SHAVELL, Foundations..., op. cit., p. 275.

<sup>65</sup> LANDES y POSNER relativizan el riesgo de insolvencia, excepto en los casos en los que existen estrategias para disminuir el patrimonio disponible. Vid William LANDES y Richard A. POSNER, "Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries", 13 *J. Legal Stud.* 417 (1984), p. 420: "*The typical injurer of many victims is a business firm, and the more numerous the victims the larger the firm is apt to be. The relation between size and the number of victims is not one to one but it does raise the question whether solvency limitations are in fact a greater problem in catastrophic accident cases than in other cases. The solvency limitation would be more important factor, however, if injurers were able to adopt strategies to reduce the amount of their wealth available for paying damages*".

<sup>66</sup> Vid. Stephen J. CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation: Costs and Compensation*, RAND, Santa Monica-Arlington-Pittsburgh, 2005.

<sup>67</sup> Vid. *id.*

modos de actuar según padecieran enfermedades malignas o placas pleurales o según fueran víctimas presentes o futuras o sufrieran daños personales o materiales. Los jueces de los diferentes estados y circuitos federales tampoco dieron ejemplo de coordinación y no consiguieron encauzar la litigación, a pesar del establecimiento de algunos mecanismos para agilizar y centralizar la instrucción de expedientes. A su vez, demandados, demandantes y jueces no se coordinaron entre ellos. Por así decirlo, la descoordinación era interna y externa. McGOVERN describió la resultante escasez de recursos disponibles para la compensación de las víctimas como la “tragedia de los comunes del amianto” y aconsejó el control de la compensación. Este control puede lograrse mediante legislación, mecanismos de gestión procesal, acciones de clase o, más probablemente como a la postre ha sucedido, mediante la reorganización empresarial en el marco de procesos concursales<sup>68</sup>.

Las cuestiones controvertidas sobre categorías de responsabilidad civil extracontractual, aseguramiento y derecho procesal que ha venido planteado la litigación por daños del amianto contribuyen, muy probablemente, a agravar el fenómeno descrito, pues dificultan la coordinación e incrementan los costes de litigación. En este sentido, se ha llegado a sugerir que la litigación por daños del amianto constituye un sistema de compensación diferente al común para otros daños tanto procesal como sustantivamente<sup>69</sup>.

La observación podía aplicarse ya a la primera sentencia de apelación favorable a las víctimas del amianto: *Borel v. Fibreboard Paper Products Corp. et al.*, 443 F 2d 1076 (5th Cir. 1973). En aquella ocasión el Quinto Circuito de Apelaciones adoptó la ficción de la indivisibilidad de la asbestosis, a pesar de tratarse de una enfermedad que, a diferencia de otras derivadas de la exposición al amianto, se considera cumulativa, es decir, los niveles e intensidad de exposición son particularmente relevantes. Otra doctrina singular de la litigación por daños del amianto entiende que la exposición significativa a las fibras del mineral constituye suficiente causa de mesotelioma, a pesar de que, a diferencia de la asbestosis, no se tiene certeza de que tenga naturaleza cumulativa<sup>70</sup>. Podrían encontrar se muchos otros ejemplos de nuevas doctrinas o de aplicación especial de las existentes, por ejemplo el canon de responsabilidad prácticamente absoluta y sin posibilidad de oponer la excepción de riesgos de desarrollo de *Beshada v. Johns-Manville*, 90 NJ 191, 447 A.2d 539 (NJ 1982), aunque la doctrina que emana de la sentencia fue rechazada en casos posteriores<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Vid. Francis McGOVERN, “The Tragedy of the Asbestos Commons”, 88 Va. L. Rev. 1721 (2002). Sobre la tragedia de los comunes, en general, vid. Garrett HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, 162 Science 1243 (1968).

<sup>69</sup> Vid., entre otros, George L. PRIEST, “The Cumulative Sources of the Asbestos Litigation Phenomenon”, 31 Pepp. L. Rev. 261 (2003). Sobre la litigación por daños del amianto en Estados Unidos, vid. CARROLL et al., *Asbestos Litigation...*, op. cit. y, más recientemente, Deborah R. HENSLER, “A brief history of asbestos litigation in the United States”, en Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 26-32.

<sup>70</sup> Jane STAPLETON, “The Two Explosive Proof-of-Causation Doctrines Central to Asbestos Claims”, 74 Brook. L. Rev. 1011 (2009).

<sup>71</sup> Sobre la sentencia, vid. Pablo SALVADOR CODERCH y Josep SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 97-109, AZAGRA, *La tragedia...*,

## ii. Responsabilidad por riesgo de daño futuro y nueva tragedia de los comunes

Aparte del aseguramiento, una posible respuesta al problema de la insolvencia en contextos de daños latentes consiste en imponer la responsabilidad por el riesgo de daño futuro. Es decir, permitir que los expuestos a un agente conocidamente tóxico tengan derecho a una indemnización sin esperar a la manifestación del daño. Tal indemnización reflejaría el incremento del riesgo de daño<sup>72</sup>.

Entre otros efectos positivos, se ha señalado que la regla permitiría a las víctimas obtener una compensación inmediata. En consecuencia, la insolvencia del demandado en el momento de manifestación la enfermedad tendría una incidencia menor<sup>73</sup>.

Si, además, la enfermedad fuera maligna, esta regla permitiría a las víctimas disfrutar de la indemnización durante sus vidas, así como destinarla a mitigar el riesgo mediante, por ejemplo, seguimientos médicos, tratamientos preventivos, traslado de la residencia o cambio de ocupación laboral. Algunas víctimas podrían, incluso, destinar la indemnización a la contratación de seguros médicos o de vida cuyo coste, por otra parte, habría aumentado como consecuencia del incremento de riesgo<sup>74</sup>.

La regla también transmitiría incentivos a la prevención, pues los costes esperados del causante del daño serían, al menos, los mismos que con las reglas de responsabilidad tradicionales. Indemnizar el 10% del posible daño a las 10 personas expuestas a un agente tóxico equivale a indemnizar el 100% a la única de las diez que desarrolla alguna enfermedad. En algún caso, puede, incluso, que los costes finales fueran mayores. Esto sucedería si, siguiendo con el ejemplo, 9 de los expuestos optaran porque se les compensara inmediatamente, mientras que el décimo prefiriera esperar a ver si desarrolla la enfermedad. Si finalmente la desarrollara, podría obtener la compensación del total del daño. En consecuencia el demandado habría indemnizado el 10% a 9 de las víctimas y tendría que indemnizar el 100% a 1 de

---

*op. cit.*, pp. 114-119 y Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 48-50.

<sup>72</sup> Vid. MICELI, *The Economic Approach...*, *op. cit.*, pp. 77.

<sup>73</sup> Vid. *id.*, pp. 77 y 78. Al comparar la regla de responsabilidad por riesgo con la regla de responsabilidad proporcional –esto es, según la probabilidad condicional de que la exposición causara un daño que ya acaecido–, MICELI señala: “*The chief advantage of the proportional rule is that it saves on litigation costs since not all exposure victims end up filing a suit. The advantage of the tort-for-risk rule is that it avoids the risk that the injurer will be judgment proof at the time, possibly well in the future, when the illness occurs*”.

<sup>74</sup> Tomo los beneficios adicionales de Ariel PORAT y Alex STEIN, “Liability for Future Harm”, en Richard S. GOLDBERG, *Perspectives on Causation*, Hart Publishing, Oxford (UK), 2010 [versión utilizada de 18.VIII.2009 disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1457362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1457362)], p. 27: “*The proposed liability would bring about additional social benefits. First, when the future harm is a fatal disease, expedited compensation would allow victims to use the money they get during their lifetime. Second, some victims might be able to use their expedited compensation towards mitigation of the risk of harm. For example, a victim might be able to undergo extensive medical tests and obtain preventive treatments that reduce her prospect of illness. Victims would also be able to change places of residence, work and lifestyles. Finally, some of the victims would also be able to purchase life and medical insurance. The cost of this insurance would increase as a result of the wrongdoing –yet another independent reason to have the wrongdoer pay for it*”.

ellas. Con todo, si el potencial causante es averso al riesgo reaccionará, probablemente, asegurando esta posibilidad<sup>75</sup>.

Este tipo de reglas no siempre son compatibles con el concepto de daño indemnizable de los ordenamientos en los que se han propuesto. Más allá de estas dificultades, a las que me referiré más adelante, lo que aquí interesa es destacar algunos efectos prácticos de la adopción de este tipo de reglas. Por una parte, pueden generar crisis de litigación de difícil gestión con los consiguientes costes administrativos, aunque este efecto podría minimizarse si únicamente se tuviera en cuenta el riesgo sustancial de contraer una enfermedad, no los riesgos insignificantes<sup>76</sup>.

Por otra parte, puede generar un problema de acción colectiva que acabe conduciendo a una nueva situación de tragedia de los comunes. Supóngase, tomando un ejemplo de PORAT y STEIN, un Grupo A formado por personas expuestas a un agente tóxico y que optan por la compensación inmediata por el riesgo de daño futuro. Supóngase también un Grupo B formado por personas expuestas que prefieren esperar a ver si desarrollan alguna enfermedad derivada de la exposición.

Cada nueva demanda de un miembro del Grupo A supone un mayor riesgo de que se agoten los recursos para las indemnizaciones a favor de los miembros del Grupo B. Por ello, los miembros del Grupo B también decidirán demandar inmediatamente y sin esperar a desarrollar alguna enfermedad. Así, llegará un momento en el que el Grupo B carezca de miembros. La litigación resultante conducirá, precisamente, a otra situación de “tragedia de los comunes”: incrementará la presión financiera, los demandados acabarán incursos en situación concursal y se agotarán los recursos disponibles para la compensación<sup>77</sup>.

Quienes, como los propios PORAT y STEIN, defienden la responsabilidad por el riesgo de daño futuro han formulado algunas propuestas para atajar el problema. La primera consiste en permitir que los jueces evalúen caso por caso el riesgo de insolvencia. Si consideran que existe, deberían requerir al demandante la sustitución de la acción en curso por otra de clase en la modalidad que en el derecho federal estadounidense recibe el nombre de *limited fund class action*<sup>78</sup>. Otra propuesta, particularmente adecuada para responsables o causantes recurrentes, consiste en el establecimiento de

<sup>75</sup> Vid. PORAT y STEIN, “Liability for Future Harm”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>76</sup> Parecidamente, vid. *id.*, p. 30: “Small risks of future illness should not be actionable”.

<sup>77</sup> Vid. PORAT y STEIN, “Liability for Future Harm”, *op. cit.*, p. 31: “If some potential victims (Group A) sue the wrongdoer for their risks of future illness—and they may have perfectly good reasons for filing those suits—other potential victims (Group B), who originally preferred to sue only in the event of illness, would find themselves in a different position. The increased risk of the wrongdoer’s insolvency might prompt some of those victims to sue immediately. This choice will snowball: any additional suit—that is, any victim migration from Group B to Group A—will further increase the risk of the wrongdoer’s insolvency. As a result, none of the potential victims would wait. All of them would migrate from Group B to Group A and sue the wrongdoer immediately. As in the “Tragedy of the Commons”, the ensuing flood of suits might exacerbate the wrongdoer’s insolvency to the detriment of all victims”.

<sup>78</sup> Para una introducción a las *limited fund class action*, vid. el Capítulo V de este trabajo que se dedica, entre otros temas, a las acciones y transacciones de clase.

un fondo financiado por los causantes mediante aportaciones de importe igual al daño esperado o, en otras palabras, impuestos pigouvianos<sup>79</sup>.

En cualquier caso, obsérvese que la compensación no sería íntegra si, finalmente, alguna persona expuesta a un agente tóxico con efectos latentes desarrolla la enfermedad y no está suficientemente asegurada<sup>80</sup>. En consecuencia, o debería asumirse la infracompensación de las víctimas o complementar la indemnización con prestaciones públicas. La compensación del daño dependería, así, de las prestaciones públicas y la responsabilidad por riesgo sería, a fin de cuentas, una forma de sanción desvinculada de la compensación y más propia de órganos administrativos que de los jurisdiccionales llamados a aplicarla.

### *b. Insolvencia provocada*

Cuando los potenciales causantes anticipan los costes de su responsabilidad, pueden limitar sus activos o segregar las ramas de actividad con más riesgo de contingencias de responsabilidad civil del resto de su actividad empresarial<sup>81</sup>. Entre ellas están las que pueden causar un daño masivo.

Más allá de los efectos que las estrategias de limitación del patrimonio tienen en la prevención de daños y que se analizarán con más detalle, tales estrategias reducen el patrimonio disponible para indemnizar a las víctimas, quienes resultarían infracompen-sadas si el riesgo inherente a la actividad se concreta y causa daños.

### *c. Insolvencia expansiva y concursos de las industrias del amianto*

La compensación a través de la responsabilidad civil también puede verse dificultada por el fenómeno de la insolvencia expansiva: la insolvencia de un demandado produce la de otro, ésta la de un tercero y así sucesivamente.

Dos son las principales causas de la insolvencia expansiva. Por una parte, la aplicación de una regla de solidaridad propia o impropia. Por otra, la ampliación del círculo de demandados en busca de recursos para la compensación de las víctimas.

---

<sup>79</sup> *Id.*, pp. 31 y 32.

<sup>80</sup> Sobre el particular me referiré más por extenso al analizar los motivos que aconsejan no compensar las placas pleurales.

<sup>81</sup> En un sentido parecido y en relación con la responsabilidad por producto defectuoso, vid. GEISTFELD, "Products Liability", *op. cit.*, p. 306: "Products liability can also affect innovation due to its influence on the structure of business organization. If a firm suspects that a product may pose long-term risks that are likely to cause widespread injury, it has an incentive to avoid paying damages by divesting production tasks that involve such products (MacMinn and Brockett, 1995). This incentive is consistent with empirical studies finding that increased seller liability apparently increased the number of small corporations in hazardous sectors". Vid. también POSNER, *Economic Analysis...*, p. 211, § 6.17 y WAGNER, "Tort Law and Liability Insurance", *op. cit.*, p. 394.

i. Solidaridad pasiva, incertidumbre causal y responsabilidad por supervivencia

La solidaridad<sup>82</sup> resulta una regla excesivamente gravosa para el codeudor solvente que concurre con algún codeudor insolvente y, por tanto, inmune tanto a la acción de reclamación del acreedor como a la acción de repetición en vía interna.

En supuestos de incertidumbre causal estos efectos se acentúan, pues quien quizá no causó el daño puede tener que responder por él sin la posibilidad práctica de repercutir parte de lo pagado. Puede, incluso, que el solvente para responder por su cuota, no lo sea para responder por las de los codeudores insolventes o desaparecidos e incurra, en consecuencia, en situación concursal<sup>83</sup>.

Si algunos codeudores han dejado de existir, la regla de solidaridad acaba siendo, como se ha sugerido en relación con los daños del amianto, una regla de “responsabilidad por supervivencia”: las empresas que veinte o treinta años después de emplear a la víctima o comercializar su producto siguen en el tráfico responden no sólo por los daños que ellas causaron, sino también por los daños causados por otras empresas que se extinguieron<sup>84</sup>. Puede, incluso, que la cuantía de las indemnizaciones por éstos últimos acabe siendo mayor que la de los daños causados por la compañía superviviente.

Para evitar los problemas asociados a la regla de solidaridad, se podría dividir la deuda en tantas partes iguales como codeudores hubiera, de modo que cada codeudor respondiera sólo por una de esas partes. Se podría aplicar, pues, una regla de parciariedad pasiva como la prevista en el art. 1138 CC:

“Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

Sin embargo, la regla de parciariedad hace el cobro más complejo y obliga a la víctima a soportar la insolvencia de parte de los codemandados. Si la regla de solidaridad era excesivamente gravosa para el codeudor solvente, la de parciariedad lo es para la víctima, especialmente, en situaciones de incertidumbre causal.

---

<sup>82</sup> Para una introducción a la solidaridad, en derecho español, vid. Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II: Las Relaciones Obligatorias, Sexta Ed., Thomson-Cívitas, 2008, pp. 234 y ss. Sobre la solidaridad en el derecho de daños, vid. Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 162-174.

<sup>83</sup> En un sentido similar y con un intento de probarlo empíricamente, vid. Anup MALANI y Charles MULLIN, “Assessing the Merits of Reallocation under Joint and Several Liability: Evidence from Asbestos Litigation”, *J. L. & Econ.*, en prensa. Borrador de 28.11.2005 disponible en [www.law.uchicago.edu/files/malani/reallocation.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/malani/reallocation.pdf).

<sup>84</sup> Vid. Gerhard WAGNER, “Asbestschaden –Bismarck was right-. Entscheidung des englischen House of Lords vom 3. Mai 2006”, *ZeUP* 4/2007, pp. 1.122-1.136, p. 1134: “Es ist offensichtlich, wie problematisch ein solches Ergebnis ist. Die gesamtschuldnerische Haftung für Langzeitschäden führt de facto dazu, dass das wirtschaftlich stärkste Unternehmen, das die Latenzperiode von mehreren Jahrzehnten überstanden hat, für alle Schäden aufkommen muss, die von (ehemaligen) Konkurrenzunternehmen verursacht worden sind, bei denen die eigenen Arbeitnehmer ebenfalls tätig waren. Es fällt schwer, für eine solche ‘surviving enterprise liability’ eine rechtliche Begründung zu geben”.

Una alternativa más adecuada es la adopción de un régimen de “solidaridad corregida” como el propuesto en el *Track C* del *Restatement of the Law, Third: Torts Apportionment of Liability* del *American Law Institute* (en adelante, *ALI*), analizado entre nosotros por GÓMEZ LIGÜERRE<sup>85</sup>. El régimen es, en lo esencial, un régimen de solidaridad, pero en casos de insolvencia o inmunidad de uno de los codeudores, la cuota de éste se reparte, con algunas excepciones, entre todos los presentes en el proceso, incluida la víctima. El riesgo de insolvencia quedaría repartido entre los demandados solventes y el propio demandante, de modo que ninguna de las dos partes se vería obligada a asumirlo por completo<sup>86</sup>. Pero estas cuestiones exceden del objeto de este trabajo.

## ii. Ampliación del círculo de demandados

En otras ocasiones, la insolvencia no viene dada por la aplicación de una regla de solidaridad, sino por la búsqueda de demandados solventes cuando se consumen los recursos de los demandados originales. La extensión de la litigación por daños del amianto de las industrias fabricantes primarias a las secundarias y de éstas a otras da buena razón de ello<sup>87</sup>.

Uno de los últimos estadios de la litigación expansiva consiste en demandar a los fabricantes de componentes que no contenían amianto, pero a los que con posterioridad a la venta, se incorporó un aislamiento de amianto u otros componentes con amianto. Así, sucede con los fabricantes de válvulas o bombas destinadas a los buques de guerra estadounidense a los que se incorporó un aislamiento de amianto. La Marina (*U.S. Navy*) goza de inmunidad (*sovereign immunity*) en muchos casos y la gran mayoría de fabricantes de productos de aislamiento con amianto son insolventes, por lo que los fabricantes de componentes atraen demandas de responsabilidad civil<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Sobre los diferentes *tracks* del *Restatement*, vid. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 138-144.

<sup>86</sup> No obstante, téngase en cuenta que la regla común de solidaridad también puede conducir, en la práctica, a un reparto de la solvencia limitada de un demandado entre el resto de demandados y el demandante. En este sentido, vid. Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, “Joint and Several Liability”, en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 109-133, p. 128: “We have studied elsewhere how the shortfall caused by the limited solvency of one defendant is allocated between the plaintiff and the remaining solvent defendant under joint and several liability (...) [I]t is never the case that the full shortfall is borne by the solvent defendant. This conclusion challenges the accepted wisdom that, under joint and several liability, the burden of one defendant’s insolvency falls exclusively on its co-defendants (...)”.

<sup>87</sup> Son industrias fabricantes primarias las que procesaban el amianto y lo incorporaban a productos muy diversos, incluidos entre otros, materiales de fricción, productos de fibrocemento, tejidos de amianto, aislamientos, filtros, juntas o cartones y papeles de amianto.

Son industrias fabricantes secundarias las que procesaban los productos de las primarias y los incorporaban a sistemas de calefacción, maquinaria, calderas, hornos y otros equipos industriales o domésticos.

En otras industrias -incluidas las consumidoras- y ocupaciones la exposición al amianto también fue muy pronunciada. Señaladamente, en las de la construcción, fabricación de componentes de ferrocarriles y automóviles, astilleros navales e instalación y suministro de infraestructuras de gas, agua y electricidad.

Vid. NICHOLSON *et al.*, “Occupational...”, *op. cit.*, pp. 260-270 y CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation...*, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

<sup>88</sup> Vid. Mark A. BEHRENS, “What’s New in Asbestos Litigation?”, *28 Rev. Litig.* 500 (2009), p. 542: “An emerging theory being promoted by some plaintiffs’ counsel is that makers of nonhazardous component parts, such as

La mayoría de los tribunales niega la responsabilidad del suministrador de componentes por no advertir de los riesgos derivados del amianto que contenían otros productos posteriormente aplicados a aquellos. Tiene sentido que así sea. De otro modo, los fabricantes de componentes se verían obligados a advertir no sólo de los riesgos inherentes a los componentes, sino también de los propios de productos de otros fabricantes incorporados posteriormente y fuera de su esfera de control<sup>89</sup>.

Estos casos deben distinguirse de aquellos en los que un producto suele utilizarse conjuntamente con otro y el uso conjunto incrementa de forma sinérgica los riesgos para la salud del consumidor o usuario. Sin embargo, no consta que estos casos se hayan presentado en relación con los daños del amianto<sup>90</sup>.

El exceso de advertencias en un producto puede ser, por otra parte, contraproducente. El consumidor las ignora si debe invertir demasiado tiempo en leerlas o éstas no están suficientemente destacadas en el producto o su embalaje. En cualquier caso, en buena parte de las jurisdicciones estadounidenses no existe un deber de rescate y, precisamente, una teoría de responsabilidad como la que condenaría a los suministradores de componentes, impondría un deber de rescatar a las víctimas de los productos de otros fabricantes<sup>91</sup>.

#### *d. Límites de los privilegios concursales y orden de prelación de créditos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*

En algunos ordenamientos, se intenta minimizar el impacto de la insolvencia reconociendo a determinados créditos de responsabilidad civil una posición de privilegio en la prelación de créditos concursales. En caso de daños masivos, el número de afectados y la gravedad de los daños personales resultantes hacen que el alcance práctico del privilegio pueda resultar únicamente en el cobro de una pequeña fracción del total de los daños. Poco es mejor que nada, pero dista mucho de ser suficiente si lo que se persigue es la compensación íntegra de los daños.

En derecho español, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10.7.2003; en adelante, LC)<sup>92</sup> prevé, por orden de prelación, las siguientes categorías

---

*pumps or valves, should be held liable for asbestos products made by others and attached to the components post-sale, such as by the Navy (...). It is easy to see what is suddenly driving this theory: most major manufacturers of asbestos containing products have filed bankruptcy and the Navy enjoys sovereign immunity".* El autor cita los siguientes casos: *Lindstrom v. A-C Product Liability Trust*, 424 F.3d 488 (6<sup>th</sup> Cir. 2005), *Simonetta v. Viad Corp.*, 197 P.3d 127 (Wash. 2008), *Braaten v. Saberhagen Holdings*, 198 P.3d 493 (Wash. 2008) y *Taylor v. Elliott Turbomachinery Co.*, 171 Cal. App. 4<sup>th</sup> 564 (Cal. App. 2d Dist.).

<sup>89</sup> *Id.*, p. 544 y 545.

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> Sobre la prelación de créditos en la LC, vid., entre otros, Fernando PANTALEÓN PRIETO, "De la clasificación de los créditos", en Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Manuel M<sup>o</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 501-540 y Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, "Los efectos del concurso de acreedores" en Aurelio MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson Reuters – Civitas,

de créditos: (i) créditos contra la masa, que no se consideran créditos concursales, por lo que se satisfacen a su vencimiento y por entero; (ii) créditos con privilegio especial, que disponen de una afectación de bienes o derechos para el pago; (iii) créditos con privilegio general, que se cobran con preferencia sobre los ordinarios por el orden legalmente establecido; (iv) créditos ordinarios, es decir, créditos concursales que no son ni privilegiados ni subordinados; y (v) créditos subordinados, cuyo pago no se realiza hasta que no se hayan satisfecho íntegramente los créditos ordinarios y, si se realiza, deberá hacerse por el orden legalmente establecido<sup>93</sup>.

La LC considera créditos contra la masa los recargos sobre las prestaciones por incumplimientos postconcursoales de las obligaciones en materia de salud laboral, así como los que resulten de las obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso.

En cambio, los recargos de prestaciones por incumplimientos precursoales, los créditos de responsabilidad civil extracontractual precursoales y las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se consideran créditos concursales con privilegio general y se cobran según el siguiente orden –en cursiva señalo los créditos que pueden ser relevantes para la compensación de las víctimas de daños masivos-:

1º Créditos laborales que no son créditos de la masa ni tienen reconocido privilegio especial, entre otros, las *indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional precursoales*, así como los *recargos sobre las prestaciones de Seguridad Social por incumplimientos de la normativa de seguridad e higiene precursoales*.

2º Retenciones tributarias y de Seguridad Social.

3º Créditos por trabajo personal no dependiente y por cesión de derechos de autor devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4º Cincuenta por cien del importe total de los créditos tributarios y demás de Derecho público que no tengan un privilegio superior.

5º *Créditos por responsabilidad civil extracontractual, si bien lo daños personales no asegurados se tramitan en concurrencia con los créditos citados supra en 4º*<sup>94</sup>.

---

Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 981-1003, pp. 998-1003. Sobre la repercusión de este orden en hipotéticos concursos de una empresa de la industria del amianto, vid. AZAGRA, *La tragedia...*, op. cit., pp. 183-192.

<sup>93</sup> Vid., respectivamente y para cada una de las categorías de créditos, los arts. 84.2, 90, 91, 89.3 y 92 LC y disposiciones concordantes, entre otras, art. 154 y 156 LC.

<sup>94</sup> Sobre si los créditos derivados de daños personales no asegurados se tramitan junto a los del ordinal 4º por el importe total o por el 50%, vid. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal", *Anuario de Derecho Concursal 5/2005*, pp. 101-145, p. 107, quien prefiere lo primero. Sobre qué debe suceder si únicamente una parte de los daños personales está asegurada, vid. José María GARRIDO GARCÍA, "Comentario al art. 91 LC", en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RIO y José María BELTRÁN SÁNCHEZ (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1635-1657, p. 1654, quien sostiene que el

La doctrina ha señalado que el principal beneficiario del ordinal 5º puede ser el asegurador, pues se subrogará en los derechos y acciones de su asegurado ex. art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE nº 250, 17.10.1980, en adelante LCS). Por este motivo, algún autor ha sugerido que el privilegio debería haberse limitado a los créditos personales no asegurados<sup>95</sup>.

6º Una cuarta parte del importe total de los créditos no subordinados del acreedor instante del concurso.

*e. Participación en la aprobación del convenio concursal y representación de víctimas futuras*

*i. Restricciones jurídicas y prácticas a la participación en la negociación y aprobación del convenio concursal*

Los intereses de los acreedores de fallos indemnizatorios también están, en principio, protegidos mediante su participación en la negociación y aprobación del convenio concursal<sup>96</sup>. Con todo, la negociación y el convenio tienen limitaciones claras: algunos privilegios están prácticamente blindados y la masa concursal es la que es. En consecuencia, la quita de parte de la deuda es más que probable.

Asimismo, en supuestos de daños latentes, los intereses de los acreedores presentes pueden no coincidir con los de los acreedores futuros, es decir, las víctimas futuras en las que todavía no se ha manifestado la enfermedad. Las insolvencias de las industrias estadounidenses del amianto dan razón de los problemas para garantizar la compensación de víctimas futuras en estos procesos.

*ii. Los concursos de las industrias estadounidenses del amianto: planes de reestructuración, fondos de compensación y *prepackaged bankruptcies*. El *Manville Personal Injury Settlement Trust**

Hasta junio de 2010, noventa y seis compañías de las industrias del amianto acabaron incursas en situación concursal<sup>97</sup>. Algunas de éstas se contaron otrora entre las

---

importe no cubierto deberá gozar del privilegio general superior.

Por lo demás, y sobre la relación entre el ordinal 1º y 5º, cuesta entender por qué los créditos indemnizatorios derivados de daños idénticos tienen grados prelativos distintos según su origen sea ocupacional o no ocupacional. Especialmente, si se considera que la Seguridad Social ya habrá ofrecido una protección más amplia a la víctima de accidente laboral o enfermedad profesional. Vid. AZAGRA, *La tragedia...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>95</sup> Vid. PANTALEÓN, "De la clasificación...", *op. cit.*, p. 527 y 536.

<sup>96</sup> En derecho español, el convenio está regulado en los arts. 99 y ss. LC.

<sup>97</sup> Vid. DIXON *et al.*, *Asbestos Bankruptcy Trusts. An Overview of Trust Structure and Activity with Detailed Reports on the Largest Trusts*, RAND Institute for Civil Justice, Santa Monica (CA), 2010, p. 25 y *Appendix A*. Vid. también William P. SHELLEY, Jacob C. COHN y Joseph A. ARNOLD, "The Need for Transparency Between the Tort System and Section 524 (g) Asbestos Trusts", *17 Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice* 258 (2008), p. 257, donde se daba razón de la existencia de más de ochenta y cinco empleadores en situación concursal. La crisis de litigación por daños del amianto no ha sido la única que ha dado lugar a insolvencias, también las del dispositivo intrauterino anticonceptivo "Dalkon Shield" o algunos implantes mamarios.

empresas más importantes de los Estados Unidos. Muchos de los planes de reestructuración empresarial aprobados en los correspondientes concursos establecen la compensación de las víctimas del amianto a través de *trusts ad hoc* que indemnizan únicamente una fracción del daño. A los efectos que aquí interesan y como se comprobará a continuación, estos *trusts* pueden ser considerados fondos de compensación<sup>98</sup>.

El primero y más estudiado es el *Manville Personal Injury Settlement Trust* y compensa a las víctimas expuestas a los productos fabricados por “Johns-Manville Corp.”, líder mundial de la industria del amianto durante años y que en 1982<sup>99</sup> acabó incurso en situación concursal de reestructuración empresarial<sup>100</sup>.

Por aquel entonces, la compañía tenía activos suficientes para pagar las indemnizaciones que habían resultado o podían resultar de los aproximadamente 12.500 procesos incoados por 16.500 demandantes. Sin embargo, por razones estratégicas y ante la previsión de decenas de miles de demandas adicionales, la compañía decidió afrontar las futuras contingencias de responsabilidad civil mediante un Plan de Reestructuración concursal que contara con la aprobación de sus acreedores. El Plan incluía entre sus provisiones la constitución de un *trust* para la compensación de los daños de víctimas presentes y futuras.

El *trust*, dotado por la compañía y por sus aseguradoras, fue creado, finalmente, en 1988 después de un largo proceso de aprobación del Plan de Reestructuración y de que el Plan fuera confirmado judicialmente.

---

<sup>98</sup> DIXON *et al.*, *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, p. 3 resumen en un solo párrafo cómo funciona el sistema basado en estos *trusts*: “A company facing asbestos liabilities petitions the bankruptcy court for bankruptcy protection and reorganization. All lawsuits against the company are immediately halted. After negotiations with the company’s creditors –including asbestos plaintiffs’ lawyers– the company submits a plan of reorganization to the court. Among other details, the plan establishes and funds an independent asbestos PI trust. The trust will use the debtor’s assets to collect, process, and pay all of the valid asbestos PI claims. Individuals suffering asbestos-related injuries may file claims with any and all trusts. If the claimant meets exposure requirements relating to a trust’s debtors’ products, as well as medical criteria, the trust will pay compensation to the claimant. In return for funding the trusts, the reorganized company is shielded against all current and future asbestos-related liability. Asbestos PI trusts are now ‘answering for the liability of many of the most culpable companies’ (Shelley, Cohn, and Arnold, 2008, p. 258)”.

<sup>99</sup> Sobre el concurso de “Manville Corp.” y, en especial sobre el *trust*, vid. la información institucional disponible en <http://www.mantrust.org> y <http://www.claimsres.com>, así como DIXON *et al.*, *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, pp. 5-7, HENSLER, “A Brief History...”, *op. cit.*, p. 31, NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 75-76 y 162-166, Kenneth PASQUALE and Arlene G. KRIEGER, “Combustion Engineering and the Interpretation of Section 524 (g)”, *Norton Ann. Survey of Bank. L.*, 2007, p. 149 [extractado en James A. HENDERSON, JR. y Aaron D. TWERSKI, *Products Liability: Problems and Process*, 6<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer-Aspen, NY, 2008, *op. cit.*, pp. 718-721], CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation*, *op. cit.*, p. 112-115, Deborah R. HENSLER, “As times goes by: Asbestos Litigation After Amchem and Ortiz”, *80 Tex. L. R.* 1899 (2003), p. 1919 y Marianna S. SMITH, “Resolving Asbestos Claims: The Manville Personal Injury Settlement Trust”, *53/4 Law and Contemporary Problems* 27 (1990). Vid. también Lester BRICKMAN, “On the Theory Class’s Theories of Asbestos Litigation”: The Disconnect between Scholarship and Reality”, 31 *Pepp. L. Rev.* 33 (2003), pp. 128 y ss.

<sup>100</sup> Vid. el Capítulo 11 del Código Concursal federal estadounidense (*Chapter 11, Bankruptcy Code*), que no debe confundirse con el proceso de liquidación previsto en el Capítulo 7 del Código Concursal Estadounidense.

Pronto decenas de miles de expedientes de indemnización ponían en tela de juicio la solvencia del *trust* y la viabilidad del Plan. En consecuencia, el porcentaje máximo de indemnización que percibe el común de las víctimas se ha reducido en varias ocasiones. En junio de 2001 el porcentaje era del 5%. Más recientemente, en marzo de 2008, incrementó hasta el 7,5%.

La reestructuración de Johns-Manville Corp. sirvió de modelo al § 524 (g) *US Code* aprobado en 1994<sup>101</sup>. El precepto prevé que la implementación de un *trust* pueda restringir la interposición de demandas judiciales de reclamación de daños y perjuicios. De esta restricción se puede beneficiar no sólo el concursado, sino también otras partes relacionadas, por ejemplo, sus aseguradoras. En este caso, una cuestión debatida es si, con todo, cabe la acción contra las aseguradoras del concursado cuando lo que alega la parte demandante es la infracción por las propias aseguradoras de deberes para con el consumidor. En *Travelers Indemnity Co. Et al. v. Bailey et al.*, 557 US \_\_ (June 18, 2009) el Tribunal Supremo Federal resolvió la cuestión a favor de las aseguradoras. Sin embargo, el fallo es únicamente aplicable a las especiales circunstancias del caso.

Como sucedió en el concurso de Johns-Manville Corp., en muchos otros concursos posteriores de las industrias del amianto se ha acotado la indemnización a un porcentaje del valor total del daño. El importe final de aquella acostumbra a ser, en estos casos, muy reducido<sup>102</sup>.

Al parecer, la limitación de las cuantías, pero sobre todo la falta de intercambio de información entre gestores de los *trusts* y entre éstos y los órganos judiciales, ha dado lugar a un fenómeno conocido en la literatura especializada como *double-dipping*. Es decir, la obtención de indemnizaciones por un mismo daño de varios *trusts* o la combinación de indemnizaciones derivadas de procedimientos ordinarios de responsabilidad civil y de

---

<sup>101</sup> Vid. PASQUALE and KRIEGER, "Combustion Engineering...", *op. cit.*: "Section 524 (g) 'is modeled on the trust-injunction in the Johns-Manville case...' Congress expressly noted that '[a]sbestos claimants would have a stake in Jonhs-Manville's successful reorganization, because the company's success would increase both the value of the stock held by the trust and the company profits set aside for it". Vid. también, DIXON, *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, pp. 7-9 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>102</sup> Vid. Francis E. McGOVERN, "The Evolution of Asbestos Bankruptcy Trust Distribution Plans", 62 *NYU Ann. Surv. Am. L.* 163 (2006), p. 174: "Virtually all trusts since the original Manville plan have a fixed percentage payout; that is, the percentage amount of a liquidated value that can be paid". Las cantidades finales resultantes son, como se indica, muy reducidas. En especial, en relación con los enfermos de mesotelioma. Vid. SHELLEY *et al.*, "The need...", *op. cit.*, p. 284 ; nota 6: "Mesothelioma claimants paid at the payment percentage of the scheduled value will receive the following payouts: \$ 86,000 from the OCF Asbestos Personal Injury Settlement Trust (...); \$ 69,750 from the USG Asbestos Personal Injury Trust (...); \$ 30,600 from the Babcock & Wilcox Company Asbestos Personal Injury Settlement Trust (...); \$ 26,750 from the Kaiser Asbestos Personal Injury Trust (...); \$ 22,000 from the Armstrong Asbestos Trust (...). Claimants filing an Individualized Review Claim under the Celotex Asbestos Settlement Trust can receive a scheduled value of \$ 100,000 and a maximum allowed claim of \$ 250,000, subject to a 12% payment percentage (...) The average value for mesothelioma claims under the Individualized Review Claims process in the DII Industries, LLC Asbestos Personal Injury is \$ 28,700 for Halliburton entities and \$ 68,400 for Harbison-Walkert entities. The maximum values are \$95.700 and \$228,000, respectively".

indemnizaciones procedentes de los *trusts*<sup>103</sup>. En los últimos años un número creciente de jueces y tribunales ha tomado conciencia del problema. Algunos, por ejemplo, autorizan que los demandados obtengan información sobre las indemnizaciones percibidas por el demandante durante la *discovery*<sup>104</sup>.

La *discovery* permite obtener prueba de la contraparte antes de que el proceso entre en su fase de determinación de los hechos probados o, por así decirlo, en el acto del juicio propiamente dicho (*trial*). La *discovery* permite reducir la asimetría de información entre las partes de un litigio y entre éstas y el órgano judicial. En consecuencia, facilita la transacción. Además, la facilita en una fase temprana del proceso: desvelar información es costoso y las partes pueden preferir no llevar las posibilidades de la *discovery* a sus últimas consecuencias. Por otra parte, impulsa el correcto funcionamiento de la justicia, pues jurados y jueces disponen de la información necesaria para decidir los casos. Con todo, el abuso de la institución puede conducir a que una de las partes amenace con solicitar a la otra una cantidad de información muy costosa con el único objeto de forzar una transacción favorable. Este efecto se puede contrarrestar si, a partir de un umbral, el juez impone parte de los costes a la contraparte<sup>105</sup>.

Los concursos de las empresas de las industrias estadounidenses del amianto también dan razón, como se apuntaba, de dudas sobre la idoneidad de los mecanismos de representación de las víctimas futuras. Generalmente, la representación se encarga a un abogado designado judicialmente que cobra por horas y que puede tener intereses económicos en ser nombrado representante en próximos procesos similares y, en consecuencia, en hacer concesiones que faciliten la aprobación del plan de reorganización<sup>106</sup>. Las dudas son todavía mayores cuando las reorganizaciones concursales se negocian antes de su solicitud judicial (*prepackaged bankruptcies*) y, además, el juez confirma el representante de las víctimas futuras que propone el solicitante de concurso voluntario. En cualquier caso, las víctimas futuras no disponen del poder de negociación que entraña la amenaza próxima de litigación<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Vid. SHELLEY et al., "The need...", *op. cit.*, p. 262. Vid. también Albrecht BIRKE, "Asbestos - Der gigantische 'Irrtum'?", *Versicherungswirtschaft* 4/2007, pp. 244-248, quien en el tercer capítulo de su trabajo expone un caso que tuvo cierta resonancia mediática, el relacionado con el fallecimiento en el año 2000 de Harry Kanian, un enfermo de mesotelioma. Sus herederos llegaron a cobrar de diversos *trusts* un total de \$ 700,000. También da razón de un intento de *double-dipping* "No Trust: Asbestos Payout System Comes Under Fire", <http://blogs.wsj.com>. Vid. también DIXON et al., *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>104</sup> Vid. SHELLEY et al., "The need...", *op. cit.*, p. 274 y BEHRENS, "What's new...", *op. cit.*, p. 550-556.

<sup>105</sup> Vid. SALVADOR, "ABC...", *op. cit.*, pp. 10 y 11, así como la literatura allí citada.

<sup>106</sup> En 2005, en ocho de las once reestructuraciones concursales de empresas de las industrias estadounidenses del amianto, el representante de las víctimas futuras había desempeñado o desempeñaría las mismas funciones en otras reestructuraciones, vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

<sup>107</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 166-182. El autor explica las *prepackaged reorganizations* y los problemas de representación de víctimas futuras a que da lugar mediante el ejemplo del concurso de *Combustion Engineering*.

En muchos procesos de reorganización concursal, también ha planteado problemas la representación de las víctimas más graves. En ocasiones los planes de reorganización favorecen a las víctimas con enfermedades benignas o incluso asintomáticas, pero con algún tipo de prueba radiológica de exposición al amianto. Esto se debe a que algunos abogados reúnen un buen número de víctimas para tener mayor capacidad de negociación, poder ser designados como principales abogados en una acción de clase o, a los efectos que aquí interesan, tener mayor capacidad decisoria en las votaciones del proceso de reorganización concursal<sup>108</sup>.

Al parecer, una parte de las demandas de víctimas asintomáticas o con afecciones benignas, o que, incluso, alegaban asbestosis eran de mérito dudoso y se debían a la connivencia entre algunos abogados y centros de análisis médicos. Unos y otros impulsaron exámenes y pruebas médicas masivas<sup>109</sup>. Muchas de ellas eran realizadas de forma gratuita en unidades móviles que se desplazaban allá donde pudieran captarse potenciales clientes. Se calcula que más de un millón de personas pasaron exámenes médicos patrocinados por despachos de abogados<sup>110</sup>.

Algunos desarrollos recientes intentan garantizar que las pruebas médicas tengan un mayor grado de fiabilidad y que ciertos abusos no queden impunes. Considérense, por ejemplo, los siguientes<sup>111</sup>:

- i. Un número creciente de legisladores y tribunales estatales impone criterios médicos rigurosos para los procesos por daños del amianto y restringen la posibilidad de acumular acciones en estos procesos.
- ii. Más de una docena de tribunales estatales mantienen registros de demandantes asintomáticos<sup>112</sup>. Estos demandantes preservan la acción sin que la prescripción les sea oponible<sup>113</sup>, pero el tribunal correspondiente no conocerá su acción hasta que se manifieste alguna enfermedad.

---

<sup>108</sup> Vid. *id.*

<sup>109</sup> Vid. BRICKMAN, "On the Theory...", *op. cit.* Otros académicos han puesto el acento en lo mucho que consiguieron para sus clientes los abogados de los demandantes y cómo hicieron evolucionar el derecho en algunos aspectos. Una defensa del papel de los abogados de los demandantes en la litigación por daños del amianto, puede leerse en Anita BERNSTEIN, "Asbestos Achievements", 37 *Southwestern U. L. Rev.* 709 (2008).

<sup>110</sup> Vid. BEHRENS, "What's New...", p. 504: "Until recently, a substantial majority of claims were brought on behalf of unimpaired claimants diagnosed largely through plaintiff-lawyer-arranged mass screenings. It is estimated that over one million workers have undergone attorney-sponsored screenings". Vid. también HENSLER, "A Brief History ...", *op. cit.*, p. 31. y BRICKMAN, "On the Theory...", *op. cit.*, p. 68.

<sup>111</sup> Vid. BEHRENS, "What's New...", *op. cit.*, *passim*. El autor da razón de los estados en los que se han producido estos desarrollos.

<sup>112</sup> Los registros reciben diversos nombres: *inactive asbestos dockets*, *deferred dockets* o *pleural registries*.

<sup>113</sup> En derecho español debería tenerse en cuenta el art. 1935 CC: "Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido".

- iii. Tribunales de, al menos, cinco estados y de dos circuitos federales han resuelto que los demandantes asintomáticos carecen de acción de responsabilidad civil.
- iv. La juez federal Janis Graham Jack, quien conoció en fase previa los casos de más de 10.000 demandantes por silicosis<sup>114</sup>, señaló en *In re Silica Prods. Liab. Litig.*, 398 F. Supp. 2d 563 (S.D. Tex. 2005)<sup>115</sup> que existían casos de silicosis que eran el resultado de diagnósticos erróneos o, probablemente, “fabricados” con ocasión de la litigación y sin base médica. Esta práctica ha dado lugar a procesos penales y a investigaciones parlamentarias. Los doctores responsables de los informes médicos sospechosos se han acogido al derecho a no testificar que se entiende protegido por la 5ª Enmienda de la Constitución federal. El caso ha tenido cierta repercusión en la litigación por daños del amianto porque esos mismos médicos participaron en muchos diagnósticos de daños del amianto<sup>116</sup>. Parecidamente, algunos jueces estatales y federales están excluyendo la prueba consistente en informes dictados por algunos especialistas bajo sospecha.

Es probable que estos desarrollos contribuyeran al descenso del volumen de litigación de casos asintomáticos, así como al descenso de las reclamaciones por placas y otras afectaciones pleurales presentadas ante los fondos de compensación en procesos concursales. La siguiente tabla lo muestra para las reclamaciones al Manville Trust entre los años 2003 y 2005 –excluidas las procedentes de fuera de los Estados Unidos–.

**Tabla 1: Reclamaciones procedentes de Estados Unidos al Manville Trust, 2003-2005**

Fuente: BEHRENS, “What’s New ...”, *op. cit.*, p. 526<sup>117</sup>

Enfermedad	Reclamaciones en 2003	Reclamaciones en 2004	Reclamaciones en 2005
Cáncer de pulmón	4.944	1.071	1.825
Mesotelioma	2.809	1.816	2.036
Otros cánceres	1.269	339	600
Enf. no malignas	79.372	9.556	10.971
Otras	5.370	562	1.175

<sup>114</sup> La silicosis es “[u]na enfermedad crónica del aparato respiratorio, frecuente entre los mineros, canteros, etc., producida por el polvo de sílice”, vid. [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>115</sup> Tomo la referencia de BEHRENS, “What’s New...”, *op. cit.*, pp. 513-523.

<sup>116</sup> Vid. *id.*

<sup>117</sup> BEHRENS toma los datos de Patrick M. HANLON y Anne SMETAK, “Asbestos Changes”, 62 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 525 (2007), p. 594. Para datos de otros trusts, vid. DIXON, *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, p. 33.

En 2009, sin embargo, se observó un repunte notable de las reclamaciones por casos asintomáticos. Aunque los datos no son concluyentes <sup>118</sup>, aconsejan prudencia a la hora de formular previsiones sobre la incidencia de los casos asintomáticos en el futuro. Asimismo, considérese que el número de *trusts* ha aumentado. En consecuencia, los demandantes asintomáticos tienen la posibilidad de obtener compensación de más *trusts*<sup>119</sup>.

## 2. COMPENSACIÓN Y COSTES DE LA LITIGACIÓN POR DAÑOS MASIVOS

### 2.1. Costes primarios, secundarios y terciarios

A la responsabilidad civil extracontractual se le reconoce una capacidad preventiva de accidentes y, en consecuencia, de reducción de los costes primarios, por ejemplo, los daños personales y materiales que resultan del accidente. Sin embargo, sus costes secundarios y terciarios son mayores que los de otros instrumentos de gestión de riesgos. Son costes secundarios los derivados de la concentración de los costes primarios en personas y momentos determinados, así como los derivados de la concentración de aquellos costes en personas con escasa capacidad económica para afrontarlos. Son costes terciarios, los costes de gestión o administración del sistema<sup>120</sup>.

La responsabilidad civil no logra una dispersión de costes parecida a la del aseguramiento. Asimismo, los procesos judiciales son largos, además de inciertos, e intervienen jueces, abogados, peritos y otros profesionales por lo que sus costes de gestión son elevados.

PASTOR y VARGAS calcularon el coste público o coste de los medios personales y materiales de la justicia española en general -no sólo en relación con la responsabilidad civil- y concluyeron que en el año 2000 tales costes fueron de 1.475,67

---

<sup>118</sup> Vid. Kirk T. HARTLEY, "NonMalignant Claims Going Back Up If You Judge by the Manville Asbestos Trust Report for Q 1 2009", *Global Tort*, June 17, 2009 ([www.globaltort.com](http://www.globaltort.com)).

<sup>119</sup> Vid. DIXON *et al.*, *Asbestos Bankruptcy Trusts...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>120</sup> La clasificación tripartita de los costes de los accidentes se debe a CALABRESI. El autor la propone como instrumento de análisis, pero no deja de apuntar que en ocasiones es difícil determinar el tipo de coste en cuestión. Vid. CALABRESI, *The Costs...*, *op. cit.*, *passim*, en especial, pp. 26-28: "*I take as axiomatic that the principal function of accident law is to reduce the sum of the costs of accidents and the costs of avoiding accidents (...) This cost, or loss, reduction goal can be divided into three subgoals.*

The first is reduction of the number and severity of accidents (...)

The second cost reduction subgoal (...) concentrates instead on reducing the societal costs resulting from accidents (...)

The third subgoal of accident cost reduction is rather Pickwickian but very important nonetheless. It involves reducing the costs of administering our treatment of accidents (...)

*These, then, are the principal subgoals into which the goal of accident cost reduction can be divided –primary accident cost reduction, which includes the general deterrence or market method and the specific deterrence or collective method; secondary accident cost reduction, which includes the risk spreading and the deep pocket methods; and the tertiary or efficiency cost reduction.*

Para un resumen en lengua española, vid. SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, "La minimización...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

millones de euros y representaron un 0,29% del PIB español<sup>121</sup>. En Cataluña, un estudio similar concluyó que el coste público de la administración de justicia en el año 2001 fue de 311,6 millones de euros, es decir, el 0,26 del PIB catalano alrededor de, en valores de 2004, 54 euros por habitante<sup>122</sup>.

En la litigación por daños del amianto estadounidense los costes de administración y transacción son particularmente abultados. Hasta 2002, los costes totales de la litigación por daños del amianto eran de más de \$ 70.000 millones, de los que únicamente alrededor de \$ 30.000 correspondían a compensación neta de las víctimas<sup>123</sup>.

## 2.2. Costes indirectos

Algunos costes, sean del tipo que sean, pueden ser considerados también indirectos. Tales costes suelen pasar desapercibidos al evaluar el conjunto de los costes, sean éstos del tipo que sean. Así, la incertidumbre sobre el resultado de los litigios<sup>124</sup> o sobre la cuantía de las indemnizaciones resultantes<sup>125</sup> dificulta los cálculos actuariales de las compañías de seguros<sup>126</sup>, reduce la cotización de las acciones de las compañías demandadas, genera desconfianza en potenciales inversores e incrementa los intereses sobre el dinero que esas compañías toman prestado de entidades financieras<sup>127</sup>. Si los causantes están asegurados, la prima de seguro constituirá un gasto empresarial a los efectos contables e impositivos pertinentes.<sup>128</sup>

---

<sup>121</sup> Vid. Santos PASTOR PRIETO y Carmen VARGAS PÉREZ, "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis", en Santos PASTOR PRIETO y Víctor MORENO CATENA (dir.), *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2001/CGPJ, Madrid, 2002, p. 36.

<sup>122</sup> El coste de la administración de justicia fue uno de los temas tratados en el *Llibre Verd de l'Administració de la Justícia*, 2ª ed., julio 2005. Vid. el capítulo "La despesa pública en justícia", basado en un informe de las profesoras Nuria BOSCH y Marta ESPASSA.

<sup>123</sup> Vid. CARROLL et al., *Asbestos Litigation...*, *op. cit.*

<sup>124</sup> La incertidumbre sobre el resultado de los litigios suele coincidir con momentos de desarrollo del derecho.

<sup>125</sup> A diferencia de la incertidumbre sobre el resultado de los litigios, la incertidumbre sobre la cuantía indemnizatoria, ocurre, incluso, cuando las reglas jurídicas están bien establecidas.

<sup>126</sup> Sobre los efectos de la variabilidad de las indemnizaciones en las primas de seguros, vid. PINTOS, *Baremos...*, *op. cit.*, pp. 216 y 217: "la disparidad entre indemnizaciones señaladas para supuestos análogos genera un cierto riesgo para la solvencia de las aseguradoras. Éstas encuentran problemas de predicción de las dotaciones a las provisiones técnicas para prestaciones. Estos problemas dan paso a sensibles aumentos en las primas y finalmente todo ello se traduce en una situación global de pérdidas en el sector, así como en un importante movimiento de salida de empresas del mercado".

<sup>127</sup> Vid. MOLOT, "A Market in Litigation Risk", *op. cit.*, pp. 374-375 y p. 425: "if the size of the potential liability is large enough relative to the size of the company, and if there are potential outcomes that far exceed the most likely loss reflected in the company's reserves, then investors and lenders may worry about the litigation and either withhold their capital or else raise the cost of that capital by reducing their valuation of the company (in the case of an equity investment) or demanding a higher interest rate (in the case of debt)".

<sup>128</sup> En un sentido parecido en relación con la prima de seguro de responsabilidad civil del empresario empleador en Inglaterra y Gales y la dispersión de los costes, vid. Peter CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th ed., Butterworth and Co., London, 2006, p. 399

Asimismo, las indemnizaciones que recaigan generan costes en el conjunto de la sociedad, no únicamente en los condenados o sus compañías de seguros. Las indemnizaciones son para estos últimos gastos que se restan a sus ingresos. Ello disminuye la base imponible de los impuestos de los que son deudores tributarios y, en consecuencia, la cuota líquida final y la recaudación de la agencia tributaria.

En cambio, las indemnizaciones no incrementan la cuota líquida del impuesto de la renta de las personas físicas de los demandantes, si las indemnizaciones de responsabilidad civil por daños personales son, como sucede en España, rentas exentas<sup>129</sup>. Tal exención, con todo, no es necesariamente negativa, pues el Estado no siempre gasta mejor que los particulares.

De algún modo indirecto, el causante del daño obtiene un beneficio tributario adicional, pues no internaliza el daño en su totalidad. Esto es así, porque a la cuantía indemnizatoria habrá que restar los impuestos que hubiera pagado de más si no se hubiera reducido la base imponible.

Supóngase que una compañía tiene unos beneficios de 100 en el año en curso, que esos beneficios están gravados con un tipo impositivo de 25% y que, para simplificar, no resulta aplicable ninguna deducción ni ningún otro tipo de ventaja fiscal. En ese caso los beneficios después de impuestos serán 75. Supóngase ahora que esa misma compañía es fabricante de un medicamento defectuoso que causa daños de 50. Si es condenada a indemnizarlos íntegramente, los beneficios después de impuestos serán 37,5  $[(100 - 50) - (50 \cdot 0.25)]$ . Obsérvese que ha obtenido un ahorro fiscal de 12,5: ha pasado de pagar 25 a pagar 12,5. Luego, si el causante del daño ha pagado 50, pero ha ahorrado 12,5, únicamente ha internalizado los daños por valor de 37,5<sup>130</sup>.

Por último, las indemnizaciones por daños y perjuicios también comportarán una reducción de los dividendos a repartir entre los accionistas de los condenados, así como una reducción de los beneficios salariales que perciben los trabajadores según los resultados de la compañía. Si se trata de una crisis de litigación de dimensiones importantes, es posible, incluso, que se amorticen o no se creen puestos de trabajos. Asimismo, es muy probable que incremente el precio de los productos fabricados por la compañía que deberán pagar los consumidores<sup>131</sup>. Y, si el condenado es una Administración Pública, el contribuyente acabará soportando la indemnización.

---

<sup>129</sup> La exención de las indemnizaciones de responsabilidad civil la recoge el art. 7. de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre): "Estarán exentas las siguientes renta: (...) d. Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida".

<sup>130</sup> Aunque se trata de una cuestión diferente, me parece oportuno señalar que en Estados Unidos se discute si, en el derecho federal, procede eliminar o no el carácter deducible de los daños punitivos o *punitive damages*. Vid. Mark GEISTFELD, "Tax Breaks for Bad Behavior", *TortsProf Blog*, May 3, 2010 (<http://lawprofessors.typepad.com/tortsprof/>).

<sup>131</sup> Vid., en un sentido similar, CANE, *Atiyah's...*, p. 399.

STIGLITZ, Nobel de Economía en 2001, ORSZAG y ORSZAG<sup>132</sup> calcularon que los concursos de compañías de las industrias del amianto habían supuesto la pérdida de entre 52.000 y 60.000 puestos de trabajo y que cada uno de los trabajadores afectados había perdido entre \$25,000 y \$50,000.

### 2.3. Costes y responsabilidad civil por daños masivos

Las especiales características de la responsabilidad civil por daños masivos incrementan la práctica totalidad de los costes a los que se ha hecho referencia <sup>133</sup>. Así, la latencia de los daños y el gran número de víctimas dificulta la gestión del sistema de responsabilidad civil y que la víctima obtenga la compensación del daño. Parecidamente, estas características hacen más compleja la dotación de reservas técnicas por las compañías de seguros. También la determinación de qué póliza cubre al responsable de un daño si hubo más de una durante el período relevante<sup>134</sup>.

Además, en la fase de gestación de un daño masivo, la interrelación entre las demandas puede llevar a demandados y demandantes a invertir cantidades ingentes en cada uno de los casos ya recurrir sistemáticamente los fallos desfavorables a sus intereses. Recuérdese que la repetición de patrones fácticos conlleva que un fallo condenatorio o absolutorio incremente o reduzca, respectivamente, el valor esperado del resto de demandas<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Vid. Joseph E. STIGLITZ, Jonathan M. ORSZAG y Peter R. ORSZAG, *The Impact of Asbestos Liabilities on Workers in Bankrupt Firms*, Sebago Associates, December 2002. Disponible en [www.freedomworks.org](http://www.freedomworks.org).

<sup>133</sup> Sobre las características de la responsabilidad civil por daños masivos, vid. lo indicado en la Introducción a este trabajo con cita de NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. xii.

<sup>134</sup> El problema es bien conocido por la industria aseguradora británica y estadounidense como se analiza en otro lugar de este trabajo.

<sup>135</sup> Vid. las páginas iniciales de este trabajo.

## 2

# ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MASIVOS

Una cuestión estrechamente vinculada a la de la solvencia del demandado es la de su aseguramiento. Un demandado convenientemente asegurado no es insolvente a los efectos de su responsabilidad civil. De este modo, el seguro de responsabilidad civil permitiría que la responsabilidad civil cumpliera bien su finalidad compensatoria. Sucede, sin embargo y como se adelantaba en páginas precedentes, que los daños masivos dificultan el funcionamiento del aseguramiento de riesgos en general y, muy en particular, del seguro de responsabilidad civil. Asimismo, y aunque no constituya el objeto de este capítulo, no deben perderse de vista los efectos que el aseguramiento de riesgos tiene en la prevención de daños mediante la responsabilidad civil.

Antes de estudiar la incidencia del aseguramiento de riesgos en la compensación de los daños masivos conviene, sin embargo, dedicar algún espacio a entender qué es y cómo y cuándo funciona correctamente un contrato de seguro. En este sentido, puede adelantarse que buena parte de los problemas que se han suscitado en el aseguramiento de daños masivos resulta de la no concurrencia de las condiciones para la asegurabilidad de los riesgos o de la dinámica cíclica del mercado de seguro.

### 1. DEFINICIÓN Y FUNCIONES DEL CONTRATO DE SEGURO

Un contrato de seguro es aquel por el que una parte (asegurador) asume, a cambio de una prima, un riesgo de la otra parte (asegurado) y lo distribuye entre un grupo de personas con riesgos similares que también han sido transferidos al asegurador mediante contratos de seguros (*pooling*)<sup>136</sup>.

Recientemente, ABRAHAM ha sugerido cuatro tipos de concepciones del contrato de seguro. Más allá de la importancia teórica de la clasificación, la opción por

---

<sup>136</sup> Una definición similar puede leerse en cualquier obra de introducción al derecho de seguros, por ejemplo, Robert H. JERRY, *Understanding Insurance Law*, 3<sup>rd</sup> edition, LexisNexis-Matthew Bender, Newark (NJ) - San Francisco (CA) - Charlottesville (VA), 2002, p. 20: "A contract of insurance is an agreement in which one party (the insurer), in exchange for a consideration provided by the other party (the insured), assumes the other party's risk and distributes it across a group of similarly situated persons, each of whose risk has been assumed in a similar transaction". Vid. también WAGNER, "Tort Law and Liability Insurance", *op. cit.*, p. 377: "Insurance is a form of risk transfer, allowing the party initially bearing the risk to shift it to another party more willing or able to bear it".

una u otra concepción puede tener diferentes consecuencias prácticas<sup>137</sup>: (i) las concepciones contractualistas (*contract conceptions*) entienden el seguro como un acuerdo voluntario entre asegurado y asegurador sujeto a reglas contractuales generalmente aplicables; (ii) las concepciones basadas en la función social que desempeña el seguro (*public utility conceptions*) justifican la regulación gubernamental como medio para garantizar que todos los ciudadanos puedan acceder a la cobertura que necesiten a un precio justo; (iii) las concepciones basadas en la consideración del seguro como producto (*product conceptions*) sostienen que los contratos de seguro deben estar sujetos a una regulación hasta cierto punto análoga a la de la responsabilidad por producto defectuoso y, en consecuencia, debe garantizarse que el seguro no contiene omisiones irrazonablemente “peligrosas” para los asegurados; (iv) las concepciones mutualistas (*private government or mutuality conceptions*) consideran que, mediante el seguro, los asegurados dotan al asegurador de autoridad para que gestione un sistema de reparto de riesgo en beneficio de los asegurados.

En un contrato de seguro, el asegurado prefiere una pérdida asumible y cierta en el momento actual -estado bueno- a la probabilidad de una pérdida cuantiosa en el futuro -estado malo-<sup>138</sup>. En otras palabras, prefiere pagar una prima a asumir un determinado riesgo.

En este sentido, aquello que el asegurado compra y el asegurador vende es certeza<sup>139</sup>. La aversión al riesgo y la utilidad marginal decreciente del dinero (o de los bienes intercambiables por él) ayudan a explicar la preferencia. Por una parte, el común de los hombres y de las mujeres, preferimos la seguridad del estado de cosas actual a un estado de cosas mejor pero sujeto a incertidumbre. Por otra, cada euro adicional reporta menos utilidad que el anterior: con los primeros euros satisfacemos nuestras necesidades más básicas, con los siguientes nos proveemos de cosas que nos gustan, pero tal vez menos necesarias que las anteriores.

El seguro permite transferir dinero que no valoramos demasiado en un estado bueno a un estado malo en el que valoraremos más ese dinero porque lo necesitaremos más. Si el momento malo no llega nunca, no habremos perdido el dinero porque habremos disfrutado de la certeza que proporciona el seguro. Parecidamente, si las primas de las aseguradoras superan las prestaciones que satisfacen a sus asegurados no se

---

<sup>137</sup> Vid. Kenneth ABRAHAM, “Four Conceptions of Insurance”, *TortsProf Blog*, February 8, 2010 (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspof/>) de quien tomo la clasificación y, en lo esencial, la explicación de cada una de las concepciones.

<sup>138</sup> Vid. VARIAN, Hal, *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, 5<sup>th</sup> edition, 1999 [Versión utilizada: *Microeconomía Intermedia: Un enfoque actual*, 5ª ed., Antoni Bosch ed., Barcelona, 2005; Trad. a cargo de M<sup>a</sup> Esther RABASCO y Luis TOHARIA, pp. 217-220].

<sup>139</sup> En un sentido parecido, vid. WAGNER, “(Un)insurability...”, *op. cit.*, p. 88, Mg. 4: “*In sum, the insurance industry sells certainty in return for a payment well in excess of expected losses. An insurer is in position to make that offer and still turn a profit because he is able to pool the risk with similar ones and thus make it disappear*”.

produce, necesariamente, un derroche de recursos, pues el exceso ha servido para proveer a aquellos de certeza y seguridad<sup>140</sup>.

Es habitual leer que las organizaciones empresariales son más neutrales al riesgo que los individuos. Sin embargo, también ellas aseguran los riesgos. Algunos motivos que lo explican son los siguientes: las aseguradoras tienen una experiencia acumulada en la gestión de reclamaciones; el aseguramiento reduce la varianza en los resultados empresariales; el aseguramiento de riesgos puede tener menos costes administrativos que la diversificación de la cartera de inversiones; aunque las compañías y sus accionistas no se consideren aversos al riesgo, administradores y directivos de las mismas son aversos a perder sus propios ingresos y sus puestos de trabajo, por lo que actúan en consecuencia y prefieren el aseguramiento al autoaseguramiento<sup>141</sup>.

Las compañías de seguros están en mejor situación para gestionar riesgos por diversos motivos, pero señaladamente, porque el aseguramiento de un número elevado de riesgos les permite predecir las contingencias y repartir los costes de compensarlas y el beneficio empresarial que esperan obtener entre todos sus asegurados<sup>142</sup>.

En derecho español, el contrato de seguro tiene su definición legal, sin perjuicio de otras definiciones para contratos de seguro específicos, en el art. 1 LCS<sup>143</sup>:

“El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

El precepto permite concluir que nuestro ordenamiento concibe la cobertura del riesgo como la principal función del contrato. En relación con el concepto de riesgo, SÁNCHEZ CALERO señala que para la doctrina tradicional el riesgo se concibe

“como la posibilidad de un evento que entraña unas consecuencias económicas perjudiciales o, si se quiere, que va a crear una necesidad económica o, lo que es igual, que implica la posibilidad de un evento dañoso, en el sentido de que su

---

<sup>140</sup> Vid. WAGNER, “Tort law and liability insurance”, *op. cit.*, pp. 377-379 y Tom BAKER, *Insurance Law and Policy*, 2nd ed., Wolters Kluwer-Aspen, New York, 2008, p. 2. En Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Solidaridad y prevención: una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño”, *InDret 3/2006* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 22 y GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad...*, *op. cit.*, p. 223, también se explica el fenómeno de la aversión al riesgo resumidamente.

De acuerdo con WAGNER, aproximadamente el 90% de la población sería incapaz de cubrir el pago de una indemnización por daños personales graves causados a una única víctima. Vid. WAGNER, “Tort law and liability insurance”, *op. cit.*, p. 379.

<sup>141</sup> Vid. WAGNER, “Tort law and liability insurance”, *op. cit.*, p. 379.

<sup>142</sup> *Id.*, pp. 382 y 383 y BAKER, *Insurance Law...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>143</sup> Para un comentario al precepto, vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 1 LCS”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 29-49. El comentario tiene el valor añadido de que su autor participó en la redacción del Anteproyecto de la LCS.

producción significa –desde la perspectiva del contrato de seguro- la lesión de un interés. Esta lesión del interés, entendida como daño, puede consistir tanto en la disminución del patrimonio existente, mediante el nacimiento de un gasto, como en la cesación del aumento patrimonial previsto o esperado”<sup>144</sup>.

El riesgo determina, pues, la prestación del asegurador. Según la opinión doctrinal que mejor se ajusta a la literalidad del art. 1 LCS, tal prestación consiste en la cobertura o asunción del riesgo. Esto supone que las obligaciones del asegurador van más allá del pago e incluyen todas las necesarias para estar en disposición de afrontar, llegado el momento, ese pago. Así, tales obligaciones incluirían la dotación de las pertinentes provisiones económicas para el pago de las contingencias resultantes de la concreción de ese siniestro. De algún modo, junto al derecho de crédito por razón del siniestro existiría, por así decirlo, un derecho de garantía<sup>145</sup>.

El contrato de seguro es un contrato aleatorio, bilateral, oneroso y de duración continuada o tracto sucesivo. En muchos casos, se trata también de un contrato de adhesión, aunque en relación con determinados riesgos –por ejemplo, grandes riesgos- y tomadores de seguros –por ejemplo, grandes empresas u otras aseguradoras- esto último no será cierto. Asimismo, los contratos de seguros se pueden clasificar en seguros contra daños o seguros de personas, según se aseguren riesgos referidos a bienes materiales o a personas<sup>146</sup>.

Son seguros contra daños, según la LCS, los siguientes: seguro de incendios, seguro contra robo, seguro de transportes terrestres, seguro de lucro cesante, seguro de caución, seguro de crédito, seguro de responsabilidad civil, seguro de defensa jurídica y reaseguro. Son seguros de personas los seguros de vida, accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria<sup>147</sup>.

En este trabajo, se estudiará, sobre todo, el seguro de responsabilidad civil, definido normativamente en el art. 73 II LCS:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho”<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 1 LCS”, *op. cit.*, pp. 36 y 37. En la industria aseguradora, el término riesgo tiene, como explica BAKER, dos acepciones complementarias: (i) persona, propiedad, o compañía asegurada y (ii) posibilidad que aquellas sufran un daño. Así, el seguro protege a los riesgos en el primer sentido de los riesgos en el segundo sentido. Vid. BAKER, *Insurance Law...*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>145</sup> *Id.*, pp. 39 y 40.

<sup>146</sup> *Id.*, pp. 45-49 y la literatura allí citada.

<sup>147</sup> *Id.*

<sup>148</sup> Sobre el precepto, vid. José M<sup>º</sup> ELGUERO MERINO, “Comentario al art. 73 LCS”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS, *Ley de Contrato de Seguro: Jurisprudencia Comentada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 1047-1082 y Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 73 LCS”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 1289-1342. Sobre el seguro de responsabi-

## 2. CONDICIONES PARA LA ASEGURABILIDAD DE LOS RIESGOS

En cualquier caso, para que el contrato de seguro cumpla bien con su sentido económico y sea, además, rentable, los riesgos asegurables deben ser, al menos hasta cierto punto, (i) accidentales, (ii) determinables y calculables actuarialmente, (iii) independientes y (iv) no catastróficos. Otra cosa es que el concepto de asegurabilidad se entienda como un concepto flexible y que las aseguradoras estén dispuestas, a veces, a asegurar riesgos en los que apenas concurren las condiciones indicadas <sup>149</sup>.

### 2.1. Riesgos accidentales

Si los riesgos no fueran accidentales, el asegurado podría determinar a su voluntad el nacimiento de las obligaciones del asegurador. El contrato quedaría, pues, al arbitrio de uno de los contratantes. Más allá de los problemas jurídicos que tal cosa plantearía<sup>150</sup>, el contrato perdería interés económico para el asegurador.

### 2.2. Riesgos determinables y calculables actuarialmente

Si los riesgos no fueran determinables y calculables actuarialmente, no habría modo de ajustar las primas y éstas serían inadecuadas bien por exceso, bien por defecto. Si lo primero, el seguro podría no ser atractivo para los potenciales asegurados. Si lo segundo, el pago de las prestaciones que derivaran de la cobertura contratada podría tener que hacerse a pérdida: las provisiones financieras no habrían tenido en cuenta el total del daño esperado y la rentabilidad derivada de las inversiones de parte de las primas difícilmente alcanzaría a compensar la diferencia.

No es necesario que se conozcan los daños concretos que sufrirá cada uno de los asegurados individualmente considerados. Basta con que pueda calcularse el riesgo de sufrir los daños que, estadísticamente, tienen las personas o entidades con las características y en las circunstancias de los asegurados. Sin embargo, en ocasiones tampoco esto es calculable.

### 2.3. Riesgos independientes: la crisis de Lloyd's

Si los riesgos no fueran independientes los unos de los otros, el mecanismo del *pooling* no funcionaría. Cuando se concretara un riesgo se concretarían todos, de modo que no se podrían diseminar los daños individuales entre el conjunto de los asegurados hasta convertirlos en poco relevantes.

---

lidad civil, en general, vid. L. Fernando REGLERO CAMPOS, "El seguro de responsabilidad civil", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (COORD.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 1, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1349-1547.

<sup>149</sup> Vid. WAGNER, "(Un)insurability...", *op. cit.*, p. 89, Mg. 6: "In order to be insurable a particular risk must be: accidental, determinable and measurable, independent, non-catastrophic". Vid. también WAGNER, "Tort Law and Liability Insurance", *op. cit.*, pp. 399 y 400.

<sup>150</sup> En derecho español, el art. 1256 CC señala que "[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Éste fue, de hecho, uno de los problemas que suscitó el aseguramiento y reaseguramiento de la responsabilidad civil por daños del amianto. Muchas fueron las compañías que incorporaron el amianto a sus productos. A su vez, Lloyd's aseguró a buena parte de ellas. Por eso, cuando las demandas de responsabilidad civil se multiplicaron, las reservas resultaron insuficientes y los inversores en Lloyd's tuvieron que afrontar pérdidas millonarias<sup>151</sup>. Esta crisis forzó cambios estructurales de “Lloyd's of London”, el primer mercado de seguros del mundo.

Hasta 1994, los únicos suscriptores de “Lloyd's” fueron personas físicas que operaban con responsabilidad ilimitada (*names*). El modelo quebró cuando las contingencias medioambientales y de daños del amianto pusieron de manifiesto la incapacidad de algunos *names* para hacer frente a sus responsabilidades. Asimismo, evidenciaron arriesgadas prácticas de infradotación de reservas a pesar de que “Lloyd's” hacía referencia en la información institucional a rigurosos procesos de auditoría y reserva. La situación llevó, incluso, a que *names* demandaran a “Lloyd's” por un *tort of deceit*, si bien la demanda fue desestimada en instancia y en apelación (*Society of Lloyd's v. Jaffray [2002] All ER 399 (C.A. 2002) [2002] EWCA Civ 1101*). Más recientemente, el Tribunal de Apelaciones desestimó un recurso extraordinario de revisión de su sentencia (*Jaffray and others v. Society of Lloyd's [2007] EWCA Civ 586*) *La última sentencia es la que se ha tenido en cuenta para este trabajo.*

En los años noventa “Lloyd's” adoptó algunas medidas para atajar la crisis. Incluían, entre otras, las siguientes: dotación por los *names* de un fondo de garantía para protegerse frente a grandes pérdidas; apertura del mercado a personas jurídicas -generalmente con responsabilidad limitada- (*corporate names*); diseño de un plan de reestructuración que incluía la transmisión de buena parte de las contingencias conflictivas<sup>152</sup>; o endurecimiento de las condiciones para operar en “Lloyd's”<sup>153</sup>.

## 2.4. Riesgos catastróficos

Si los riesgos cubiertos fueran catastróficos hasta el punto de que su concreción agotara los recursos financieros del asegurador o del reasegurador, éstos acabarían en situación concursal y no podrían cumplir con las obligaciones contractuales para con el asegurado.

---

<sup>151</sup> Un resumen sobre el problema de la no independencia de los riesgos puede leerse en PAUL FRUGMAN y Robin WELLS, *Microeconomics*, 2nd ed., Worth Publishers, New York (NY), 2008 -2009 printing-, pp. 558 y 559: “*the biggest single problem was that many of the events against which Lloyd's had become a major insurer were not independent. In the 1970s and 1980s, Lloyd's had become a major provider of corporate liability insurance in the United States: it protected American corporations against the possibility that they might be sued for selling defective or harmful products. Everyone expected such suits to be more or less independent events. Why should one company's legal problems have much to do with another's? The answer turned out to lie in one word: asbestos*”.

<sup>152</sup> Vid. “Lloyd's Equitas Reports Fiscal Year Results”, *Insurance Journal*, June 13, 2003. La reforma de Lloyd's sigue su curso. En marzo de 2008 el Gobierno Británico abrió un periodo de consultas sobre las medidas para modernizarlo. Vid. “UK Treasury Launches Consultations to Modernize Lloyd's”, *Insurance Journal*, March 10, 2008.

<sup>153</sup> Vid. Pedro PORTELLANO DÍEZ, *El Reaseguro: nuevos pactos*, Thomson- Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 32 a 34.

Las características de los riesgos asegurables analizadas hasta aquí explican por qué las compañías aseguradoras renuncian a cubrir determinados riesgos. Por ejemplo, el riesgo de inundaciones en algunos estados de Estados Unidos<sup>154</sup>.

### 3. SELECCIÓN ADVERSA Y RIESGO MORAL

El buen funcionamiento del aseguramiento de riesgos requiere, asimismo, minimizar, entre otros, dos fenómenos derivados de la información asimétrica de asegurador y asegurado: *ex ante*, la selección adversa y, *ex post*, el riesgo moral<sup>155</sup>.

La selección adversa es consecuencia de la conjunción de dos circunstancias. Por una parte, los individuos con más probabilidad de sufrir contingencias son los que tienen más incentivos para contratar un seguro. Por otra, el coste para el asegurador de distinguir los buenos riesgos de los malos riesgos es muy elevado. En consecuencia, la aseguradora debe soportar una mayor probabilidad de pérdidas. Para compensarlo, incrementa las primas que cobra a sus asegurados. En el extremo, el incremento es tal que los individuos con bajo riesgo prefieren autoasegurarse a pagar primas superiores a las correspondientes a su nivel de riesgos.

Además de la selección adversa existe la selección propicia: muchos de los que contratan seguro lo hacen porque son muy aversos al riesgo y, al parecer, existe cierta correlación entre ser muy averso al riesgo y ser más precavido.

El riesgo moral existe cuando una persona se conduce con menos cuidado porque está asegurada e incrementa, en consecuencia, la probabilidad de que los riesgos asegurados se concreten o de que su gravedad sea mayor. Una vez satisfecho el coste de la prima, el asegurado puede preferir no añadir el coste de prevención. Con todo, este fenómeno dependerá de muchas variables, entre ellas el tipo de daño. Muy probablemente, el riesgo moral es menor en relación con daños personales de gravedad que en relación con daños materiales.

Pueden distinguirse dos tipos de riesgo moral según se refiera a los incentivos a evitar el daño (riesgo moral *ex ante*) o a mitigarlo una vez se ha producido (*riesgo moral ex post*). Para simplificar la exposición, el presente trabajo no utiliza la distinción en prácticamente ninguno de sus capítulos.

---

<sup>154</sup> Vid. Jonathan T. MOLOT, "A Market in Litigation Risk", 76 U. Chi. L. Rev. 369 (2009), p. 397: "Flood insurance, on the other hand, is something that many insurance companies have refused to offer in the Gulf Coast states and instead have left to government to supply. Because a single storm can result in the flooding of large groups of policy holders, the risks associated with flood insurance in some regions are simply too large and too correlated for the insurance industry to be willing to absorb. Given inadequate supply, Federal Emergency Management Agency has stepped in and provided most of the flood insurance held by homeowners in the Gulf Coast states".

<sup>155</sup> Sobre lo indicado en este epígrafe en relación con la selección adversa y el riesgo moral, vid. WAGNER, *Neue Perspektiven...*, pp. 95-100, Mg. 29-43, WAGNER, "Tort Liability and Insurance", *op. cit.*, pp. 388-393 y BAKER, *Insurance Law...*, *op. cit.*, pp. 5-8. Para una introducción a estos temas en lengua española, vid. Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Seguros de vida y discriminación sexual", *Indret 4/2005* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 5 y 6.

Selección adversa y riesgo moral pueden ser minimizados mediante algunos instrumentos bien conocidos por la industria del seguro. Por ejemplo, clasificación de riesgos, franquicias o bonificaciones. Sin embargo, estos y otros instrumentos únicamente se pueden calibrar por aproximación, pues hacerlo de forma precisa requeriría una información detallada sobre los asegurados. La adquisición de esta información incrementaría sobremanera los costes de gestión del seguro y, en consecuencia, el importe de las primas hasta convertirlas en prohibitivas.

#### **4. CICLOS DEL MERCADO DE SEGUROS (SOFT MARKET Y HARD MARKET) Y CRISIS DEL REASEGURO**

El mercado de seguros tiene una dinámica cíclica<sup>156</sup>. Uno de los ciclos es de expansión del mercado (*soft market*). En él las aseguradoras compiten por ofrecer pólizas a precios cada vez más ajustados hasta el punto de acabar subsidiando algunas pólizas con el objeto de incrementar la cuota de mercado.

Sin embargo, a medida que tienen lugar los siniestros cubiertos por pólizas vendidas por una prima inferior a la actuarialmente adecuada, las aseguradoras empiezan a sufrir pérdidas. Entonces, revisan su política comercial y son más exigentes a la hora de seleccionar los riesgos asegurables. Se pasa pues, a un ciclo de contracción del mercado (*hard market*).

Con el tiempo, las medidas adoptadas en este ciclo surgen efecto, mejoran los beneficios y la financiación externa incrementa atraída por los beneficios. Entonces, la competencia se intensifica, bajan los precios, se producen siniestros cubiertos por pólizas demasiado baratas, las aseguradoras sufren pérdidas, revisan sus criterios de contratación y todo ello acaba desembocando en una nueva contracción del mercado.

Uno de los factores que, tal vez, influya de forma limitada en esta dinámica es el carácter oligopolístico del mercado, muy acentuado respecto a riesgos que únicamente cubren un número reducido de aseguradoras. Debido a esta concentración de la oferta de aseguramiento, las aseguradoras tienen muy en cuenta las primas y condiciones de las pólizas del resto de competidores al fijar las propias. En consecuencia, lo que haga una de ellas acaba teniendo una réplica casi inmediata por parte del resto. En cualquier caso, según la literatura citada en la página precedente, ni este ni otros factores explican satisfactoriamente la naturaleza cíclica del mercado de seguros.

---

<sup>156</sup> Vid. Frank A. SLOAN y Lindsey M. CHEPKE, *Medical Malpractice*, MIT Press, Cambridge (MA) – London (England), 2008, p. 28: “To start with, a major feature of insurance cycles is the intensity of competition among insurers during one phase and the seeming lack of sellers during another. After the hard market subsides, premiums decline as insurers compete to increase their individual market shares. As the soft phase of the market matures, and losses on previously sold, underpriced insurance policies mount, profits decline, often to the point of insurers experiencing losses. Competition among insurers becomes far less intense, and underwriting standards become more stringent. The supply of insurance decreases because of a decrease in capital available to underwrite insurance, and premiums rise. Then, improved profitability attracts more capital to the industry from external sources, and a new soft phase with increased competition begins eventually leading to another hard market”.

En otro orden de cosas, desde hace algún tiempo es patente que una crisis del reaseguro constituye un riesgo sistémico muy a tener en cuenta por sus potenciales efectos en el conjunto la economía. De hecho, fue uno de los factores que se tomó en consideración al aprobar la Directiva 2005/68/CE, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro (DOCE L 323, de 9 de diciembre de 2005)<sup>157</sup>, transpuesta por la Ley 13/2007, de 2 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre de 2004 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2007).

Por lo demás, todavía no se ha encontrado una alternativa al reaseguro, sobre todo, para los riesgos catastróficos. Así, la mayoría de intentos de trasladar éstos al mercado de capitales mediante diversos productos financieros ha fracasado. Tal vez sea por la percepción de que se trata de productos arriesgados, tal vez por la falta de familiarización con ellos o por la falta de índices y calificaciones fiables que contrarresten las asimetrías informativas. El caso es que apenas existen productos financieros para los riesgos catastróficos<sup>158</sup>.

## 5. SEGURO, REASEGURO Y DAÑOS MASIVOS

### 5.1. Ámbitos de aseguramiento

Las compañías de seguros intervienen en la gestión de daños masivos en, al menos, cuatro ámbitos<sup>159</sup>:

- i. Aseguramiento de fallecimiento, enfermedad o supervivencia a una determinada fecha mediante seguro de personas.
- ii. Aseguramiento obligatorio de riesgos laborales en aquellos ordenamientos en los que, a diferencia de lo que ocurre en España, no existe un sistema público que lo preste de forma exclusiva.

---

<sup>157</sup> Vid. PORTELLANO DÍEZ, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 30-31

<sup>158</sup> Vid. PORTELLANO DÍEZ, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 37 a 40.

<sup>159</sup> Así, en relación con el aseguramiento de los daños del amianto, vid. Nicholas ROENNEBERG, "Introduction", en Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 2 y 3: "insurance companies are involved on four levels:

- 'Non-causal' insurance systems form the lowest level: health, annuity or life insurance which pay out on illness or death without querying the cause (...)
- Regardless of its compensation, this basic cover is supplemented or overlaid by workers' compensation insurance (...)
- The third level affects private insurers via employers' liability (...) insurance in all those countries where the employer's liability for occupational diseases has not been replaced by workers' compensation systems (...)
- Finally, the fourth level is composed of product and other liability insurances (general liability, professional liability, etc.).

- iii. Aseguramiento de la responsabilidad civil del empresario en relación con los daños causados a sus empleados, si bien esta responsabilidad no nacerá en aquellos estados en los que el aseguramiento obligatorio indicado en el párrafo anterior tiene como contrapartida la exclusión de la responsabilidad civil del empresario. En España, los riesgos laborales están asegurados públicamente por la Seguridad Social, pero la acción protectora de ésta no excluye la responsabilidad civil. Ahora bien, como se analiza más adelante, muchas de las pólizas de seguros que cubren la responsabilidad civil patronal en el mercado español suelen excluir accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- iv. Aseguramiento de la responsabilidad civil por producto defectuoso, de la responsabilidad profesional o de otro tipo de riesgos.

Todos estos ámbitos plantean retos al aseguramiento de riesgos y a su reaseguramiento. El desconocimiento de muchos riesgos tecnológicos y la magnitud de su concreción añaden más dificultades. Los daños del amianto, ofrecen un buen ejemplo de todo ello y junto con las contingencias por demandas de daños medioambientales constituyeron un agujero negro para la industria durante buena parte de las últimas décadas del siglo XX<sup>160</sup>.

## 5.2. Seguro de responsabilidad civil, solvencia limitada y latencia de los daños

### a. Incentivos al aseguramiento y seguro obligatorio

La latencia de los daños disminuye los incentivos a asegurarlos, pues esto supondría transferir rentas que podrían incrementar los dividendos de los accionistas hoy a las víctimas futuras. Parecidamente, si la solvencia es limitada también disminuyen los incentivos a asegurar la totalidad del daño esperado, pues el perjuicio económico del potencial causante en caso de concreción del daño se limitaría a sus activos, por hipótesis, menores que el daño total<sup>161</sup>.

Podría pensarse que tales desincentivos al aseguramiento serían corregibles si se impusiera la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las compañías o se endureciera la responsabilidad de los administradores y directores. Ninguna de estas medidas está exenta de inconvenientes. Si se adoptaran se perderían algunos de los beneficios de la responsabilidad limitada como, por ejemplo, atraer recursos económicos y humanos a las compañías<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Vid. John H. SNYDER and W. Dolson SMITH, "Environmental/Asbestos: The Industry's Black Hole", *AM Best's Review*, May 1995, pp. 7-27.

En los años ochenta parece ser que la incidencia de las contingencias por daños del amianto en la industria aseguradora fue más importante que la de las contingencias de responsabilidad medioambiental. La tendencia cambió en 1990, cuando éstas últimas pasaron a ser las que más afectaron a la industria, sin perjuicio de que las contingencias por daños del amianto siguieran causando importantes pérdidas. Vid. *id.* p. 12.

<sup>161</sup> Vid., WAGNER, "Tort Law and Liability Insurance", *op. cit.*, pp. 393 y ss.

<sup>162</sup> No pretendo hacer una enumeración exhaustiva de los beneficios de la responsabilidad limitada. El lector interesado puede consultar la literatura especializada. Por ejemplo, vid. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "La

Para proteger a las víctimas, se ha propuesto como respuesta el reconocimiento a los créditos de responsabilidad civil extracontractual de superprioridad en el proceso concursal<sup>163</sup>. Sin embargo, la reforma concursal española demuestra lo complicado que es introducir tal privilegio en la legislación. El problema es, hasta cierto punto, uno de acción colectiva: las víctimas de daños –en especial, las futuras- no están suficientemente organizadas o representadas por lo que apenas sí tienen capacidad de presión. La carencia es grave, sobre todo, si se tiene en cuenta quienes defienden los intereses del resto de acreedores: sindicatos, entidades bancarias, compañías de seguros o la mismísima Administración por poner sólo cuatro ejemplos.

También podría establecerse la obligación de contratar una póliza de seguro<sup>164</sup>, obtener un aval o dotar reservas técnicas<sup>165</sup>. Éstas parecen ser la vías preferidas por el legislador español en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007; en adelante LRM) y en relación con la reparación del daño ecológico puro -o deterioro medioambiental- derivado de ciertas actividades<sup>166</sup>. En la práctica totalidad de los casos, las garantías financieras de

---

responsabilidad limitada de los socios de las sociedades de capitales por las deudas sociales: el estado de la cuestión”, *Working Paper UAM Mercantil* 79, 2007. Disponible en [http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP). En las conclusiones del trabajo, el autor destaca las siguientes ventajas: “la reducción de los costes de agencia con administradores y socios, facilitación de la negociabilidad de las acciones, asignación eficiente del riesgo de insolvencia”.

Sobre los costes de la responsabilidad ilimitada, vid. MALANI y MULLIN, “Assessing...”, *op. cit.*, p. 24: “*There are two costs of unlimited liability. The first is that it may be costly to pursue the personal assets of shareholders (...)* Second, if shareholders cannot identify companies that engage in tortious activity, shareholders may reduce equity investment across the board. This would reduce the total supply of equity capital”.

<sup>163</sup> *Id.*, p. 397 y la literatura allí citada.

<sup>164</sup> Sobre los costes del seguro obligatorio, vid. MALANI y MULLIN, “Assessing...”, *op. cit.*, pp. 24 y 25: “*There are two costs of compulsory insurance. The first is administrative costs (...)* Another cost of compulsory insurance is that it may attract tort litigation”.

<sup>165</sup> Otro instrumento que podría cumplir esta función es el de la fianza previa, que algunas normas administrativas españolas prevén para actividades de impacto ambiental. Vid. Natalia ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 3, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 36 y ss., pp. 125-126.

<sup>166</sup> Así, por ejemplo, las garantías financieras que prevén los arts. 24 y ss. LRM. Desarrollado parcialmente por los arts. 33 y ss. del RD 2090/2008, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2008, en adelante RRM).

Sobre las garantías financieras en la LRM, vid. Eduardo PAVELEK ZAMORA, “Capítulo IX. Garantías financieras (Arts. 24 a 34)”, en Blanca LOZANO CUTANDA (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008 y ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 75-79.

Además del art. 24 LRM, la legislación española –estatal y autonómica- prevé otros seguros obligatorios como, por ejemplo, los de productores y gestores de residuos tóxicos y peligrosos o explotadores nucleares, vid. RUDA, *El Daño Ecológico Puro...*, *op. cit.*, p. 534 y ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *op. cit.*, p. 79.

Sobre la Ley de Responsabilidad Medioambiental, vid. Carlos DE MIGUEL PERALES, “La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones por resolver (I)”, *La Ley*, núm. 6848, 26.12.2007 y “La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones por resolver (II)”, *La Ley*, núm. 6849, 27.12.2007 y

la LRM no cubrirán la reparación de los daños personales, sino más bien la prevención y reparación de daños medioambientales. Con todo, algunos aspectos del diseño de la garantía financiera merecen atención aquí, para prevenir sobre los posibles efectos del aseguramiento obligatorio, en particular si va acompañado de un límite máximo.

Sobre la relación entre el problema de la insolvencia - uno de los que intenta atajar la regla de la LRM- y el aseguramiento obligatorio, la doctrina ha señalado que, si los aseguradores no pueden observar el nivel de precaución adoptado por el asegurado y ajustar la prima en consecuencia, el fenómeno del riesgo moral puede agravar los problemas de incentivos a la precaución que se asocian a la solvencia limitada. En este sentido, puede que, en algunos casos extremos, sea más conveniente prohibir la contratación de un seguro que imponerlo<sup>167</sup>. De hecho, esta solución no es ajena a nuestro ordenamiento como tampoco lo es a otros<sup>168</sup>.

Además, la medida adoptada por la LRM tiene efectos negativos para la competencia. En particular, dificulta el acceso de nuevos participantes al mercado, pues añade un coste empresarial adicional y proporcionalmente mayor al que tendrán las compañías bien establecidas y con mayores dimensiones. La cobertura de la garantía financiera obligatoria tiene un límite cuantitativo y éste beneficiará a las compañías con mayores riesgos que, con frecuencia, serán las que tengan mayores dimensiones y niveles de actividad<sup>169</sup>.

El art. 30.1 LRM, con independencia de excepciones y desarrollo reglamentario<sup>170</sup>, es del siguiente tenor literal:

---

Blanca LOZANO CUTANDA (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

<sup>167</sup> Vid. SHAVELL, *Foundations...*, op. cit., pp. 277 y 278 y SHAVELL, "The Judgment Proof Problem", op. cit., p. 53: "Suppose that injurers are prohibited from purchasing liability insurance. Then (a) if insurers could have observed their levels of care and injurers had wished to purchase coverage, they would have taken efficient care; whereas under the prohibition they generally will not take efficient care. But (b) if insurers could not have observed their levels of care and injurers had wished to purchase coverage, they would have taken different (and presumably lower) levels of care than they will under the prohibition".

<sup>168</sup> Vid., por ejemplo, el art. 123.2 TRLGSS, citado más arriba y que prevé que el recargo de prestaciones de la Seguridad Social por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral, de naturaleza, punitiva no puede ser asegurado.

La prohibición de aseguramiento también existe en algunas jurisdicciones estadounidenses en relación con daños punitivos o dolosos, así como en relación con muchas sanciones penales. Vid. SHAVELL, *Foundations...*, op. cit., p. 279

<sup>169</sup> Un problema similar, aunque no expresado en términos de derecho de la competencia, fue identificado por SHAVELL en "The Judgment Proof Problem", op. cit., p. 54 y en relación con el requisito de patrimonio mínimo. Este requisito que puede expulsar de una actividad a quienes están dispuestos a pagar los daños esperados, pero no pueden cubrir su concreción: "Another policy to consider is a requirement that injurers have some minimum level of assets to be allowed to engage in an activity. While by definition this requirement will eliminate problems due to injurers' having assets less than the minimum level, is indiscriminating in whom it excludes from engaging in an activity. In particular, it excludes those injurers who would be able and willing to pay for the expected losses that engaging in an activity would cause even though they might be unable to pay for the actual losses they would cause".

<sup>170</sup> Vid. arts. 33 y ss RRM.

“1. La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 de euros.

2. La cuantía que se determine se aplicará como límite por evento y anualidad, y se podrá admitir que quede a cargo del operador , en concepto de franquicia, una cantidad que no supere el 0,5% de la cuantía a garantizar que en cada caso se fije. A los anteriores efectos, se considerará que constituye un mismo y único evento el conjunto de reclamaciones de daños medioambientales que se deriven de una misma emisión, suceso o incidente, aún cuando aquellas se produzcan en momentos distintos, cualquier que sea el número de afectados siendo aplicable a dicha unidad de evento o evento en serie, como límite, la cuantía por evento y anualidad del seguro establecida en la garantía.

3. Asimismo, podrá admitirse que los costes relacionados con las obligaciones de prevención y evitación de nuevos daños previstas en el artículo 17 queden sublimitados específicamente. En todo caso, dicho sublímite habrá de ser, al menos, del 10% de la cuantía que en cada caso se fije”.

*b. Determinación de la cobertura temporal e interpretación de cláusulas occurrence en la jurisprudencia estadounidense y británica sobre daños del amianto*

En los seguros de daños, por ejemplo en los de incendios o de robo, la determinación del hecho que constituye el siniestro no plantea demasiados problemas, pues el acontecimiento previsto y el daño patrimonial resultante se producen, prácticamente, en unidad de tiempo<sup>171</sup>.

En el seguro de responsabilidad civil, en cambio, la determinación del hecho que constituye siniestro es una de las cuestiones más debatidas y complejas. La complejidad es consustancial a la misma naturaleza del seguro de responsabilidad civil. El riesgo cubierto es el perjuicio patrimonial derivado del pago de indemnizaciones, sin embargo, el riesgo no llega a consumarse porque el asegurador es quien paga a los terceros<sup>172</sup>. Si se usa en la práctica el concepto de siniestro es a los efectos de determinar el ámbito temporal de cobertura, pero nada impediría que esto pudiera llevarse a cabo de otro modo y que, en consecuencia, se pudiera prescindir de él. Así, PAVELEK señaló que

“el concepto de siniestro (...) debería suprimirse del seguro de Responsabilidad Civil en razón a que constituye una fuente constante de discusiones que no aportan nada al objeto de la cobertura y generan multitud de acepciones de carácter anfibológico.

<sup>171</sup> Vid. en este sentido M<sup>ª</sup> Ángeles CALZADA CONDE, *El Seguro de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 47 y 48: “En los seguros de daños tradicionales es relativamente fácil determinar qué hecho constituye el siniestro porque normalmente la realización del acontecimiento previsto (incendio, robo, etc.) produce al tiempo el correspondiente daño patrimonial”.

<sup>172</sup> Vid. *id.*, p. 48: “la realización del riesgo comienza con la producción del hecho causante [del daño] pero no se consuma porque el asegurador es quien paga a los terceros o asume los gastos de defensa evitando que el asegurado tenga que hacer el correspondiente desembolso (...)”.

Hay algún autor, incluso, que sostiene que en el seguro de R.C. no hay ni siquiera siniestro, pues precisamente el seguro de R.C. evita el siniestro, impide el daño en el patrimonio del Asegurado, imposibilita la deuda del causante del daño, desde el momento que, en virtud del contrato de seguro, la obligación de resarcimiento es transferida al asegurador”.<sup>173</sup>

El siniestro así entendido no siempre cumple el objeto que persigue y el ámbito temporal de cobertura se convierte con frecuencia en una cuestión litigiosa que enfrenta a asegurados y aseguradores. De nuevo, y dada la latencia de los daños del amianto, éste ha sido uno de los retos con los que se ha encontrado la industria del seguro estadounidense y británica en relación con los daños del amianto. En cambio, esto no ha tenido demasiada incidencia en la industria española como consecuencia de las exclusiones de cobertura de determinados riesgos a las que me referiré en próximas páginas.

Durante décadas, las pólizas de responsabilidad civil del fabricante contratadas por la industria estadounidense del amianto señalaban como siniestro (*trigger*) el acaecimiento (*occurrence*), entendido como accidente o exposición que causan daños personales o enfermedad, del que nacía una obligación de indemnización. Sin embargo, la latencia de las enfermedades del amianto dificultaba la identificación del siniestro.

Para responder a estas dificultades surgieron, sin perjuicio de otras con menor relevancia práctica –EPSTEIN, por ejemplo, identifica cinco-, las siguientes teorías, que conviven en la jurisprudencia norteamericana sobre cobertura de los seguros y reaseguros de los riesgos de enfermedades del amianto<sup>174</sup>:

- i. Teoría de la exposición (*exposure*). Deben responder todas las aseguradoras que hayan cubierto períodos en los cuales la víctima estuvo expuesta al amianto. Según alguna interpretación, el período relevante puede ir más allá y comprender de la primera exposición a la primera manifestación de la enfermedad.
- ii. Teoría de la manifestación (*manifestation*). El hecho dañoso ocurre con la primera manifestación de la enfermedad que, generalmente, se identifica con el momento en el cual los síntomas se manifiestan o pueden ser diagnosticados médicamente.

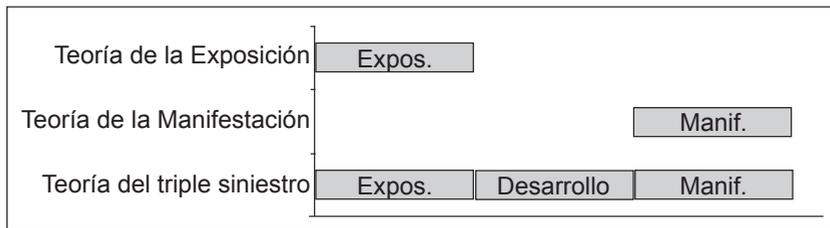
<sup>173</sup> Vid. Eduardo PAVELEK ZAMORA, “El seguro de responsabilidad civil de productos (I)”, *RES*, núm. 102, 2000, pp. 281-331, pp. 310-311.

<sup>174</sup> Vid. EPSTEIN, “The Legal and Insurance Dynamics...”, *op. cit.* Vid. también: *Developments in the Law—Toxic Waste Litigation*, 99 *Harv. L. Rev.* 1458, 1579-81 (1986) -extractado en *Owens-Illinois, Inc. v. United Insurance Co.*, 650 A.2d 974 (N.J., 1994)-; Eckhart RITTER, *Die Bewältigung der Problematik von Asbestschäden aus den USA im deutschen internationalen Rückversicherungsrecht: Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, Bonn, 1994, pp. 13-19; SNYDER y SMITH, “Environmental/Asbestos...”, *op. cit.*, p. 20; Eduardo PAVELEK ZAMORA, “El seguro de responsabilidad civil de productos (II)”, *RES*, núm. 103, 2000, pp. 495-529, pp. 513-519; HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability...*, *op. cit.*, pp. 350; NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 26 y 27; y EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 939-940. Este último señaló que: “Most courts have adopted some form of the exposure or continuous trigger approaches”.

Las teorías también han sido aplicadas en relación con pólizas que cubrían riesgos medioambientales. Vid. SNYDER y SMITH, “Environmental/Asbestos...”, *op. cit.*, p. 20: “It is noted that the courts also are applying these theories in environmental lawsuits”.

- iii. Teoría del triple siniestro o siniestro continuo (triple trigger o continuous trigger). Puede responder cualquiera las compañías aseguradoras que ofrecieron cobertura en el lapso de tiempo que comprende exposición, desarrollo de la enfermedad y manifestación. El asegurado elige qué cobertura prefiere. El hecho dañoso que dispara la cobertura es, en este sentido, triple.

**Gráfico 1: Teorías sobre el siniestro en las pólizas con cláusulas occurrence<sup>175</sup>**



En *Keene Corp. v. Insurance Company of North America (INA), et al.* 667 F. 2d 1034 (D.C. Cir. 1981)<sup>176</sup> puede leerse la formulación de las tres teorías, si bien el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito optó por la teoría del triple siniestro. En aquel caso se planteaba, precisamente, cómo interpretar las pólizas de responsabilidad civil con cláusulas *occurrence*.

La demandante “Keene” era un fabricante de productos de aislamiento. Las demandadas eran cuatro aseguradoras con las que aquella había contratado pólizas de responsabilidad civil en diferentes períodos comprendidos entre 1961 y 1980. Cuando las acciones contra “Keene” por daños del amianto se multiplicaron, las compañías aseguradoras se negaron a asumir los costes de defensa jurídica y, en su caso, indemnización. Tres de ellas únicamente estaban dispuestas a responder por daños manifestados durante la vigencia de la póliza. La cuarta únicamente por la inhalación de amianto durante el período cubierto y de forma proporcional a la duración total de la exposición<sup>177</sup>.

La Sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Columbia de 30 de enero 1981 resolvió el caso mediante *summary judgment*, esto es, sin necesidad de incoar la fase de determinación de los hechos probados o acto del juicio propiamente dicho (*trial*) y por considerar que no existía controversia en relación con los hechos y que únicamente se planteaba una cuestión sobre el derecho aplicable y su interpretación<sup>178</sup>. El Tribunal optó

<sup>175</sup> La representación es aproximada y a los solos efectos de simplificar la exposición. En muchas ocasiones, algunas fases pueden solaparse. En la literatura y materiales británicos y estadounidenses orientados a la práctica profesional pueden encontrarse otras representaciones, tal vez, más complejas.

<sup>176</sup> Vid. también AZAGRA, *La tragedia...*, op. cit., pp. 194-196.

<sup>177</sup> Vid. *Keene v. INA, 1039: “Aetna, INA and Liberty argued that coverage is triggered only when bodily injury manifests itself during a policy period. Hartford took an intermediate position, arguing that coverage is triggered by the inhalation of asbestos fibers”.*

<sup>178</sup> El *summary judgment* en el derecho procesal federal estadounidense está regulado en la Regla 56 de las Reglas Federales del Proceso Civil. El lector interesado puede consultar el texto del precepto gratuitamente en

por la Teoría de la exposición y decidió que la responsabilidad se prorrateara según la duración de la exposición en los distintos períodos de cobertura, si bien “Keene” debía asumir la parte del daño correspondiente a períodos no cubiertos.

La sentencia del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de 20 de febrero de 1981 revocó la sentencia de instancia y, a los efectos que aquí interesan, optó por la teoría del triple siniestro:

“[Tanto la] exposición por inhalación, [como] la exposición interna durante la latencia y la manifestación disparan la cobertura de las pólizas. Interpretamos que el «daño corporal» se produce en cualquier momento del proceso patológico único que conllevan las enfermedades del amianto<sup>179</sup>.

Otro caso estadounidense algo más reciente que también optó por el triple siniestro o siniestro continuo es *Montrose Chemical Corp. v. Admiral Insurance Co.*, 913 P.2d 878 (Cal 1995), en el que el Juez Lucas señaló que aplicar la teoría de la manifestación a una cláusula *occurrence* supondría transformar la póliza y convertirla en una póliza *claims made*, a la que se hará referencia algunas páginas más adelante y que identifican el siniestro con el momento de la reclamación judicial o extrajudicial<sup>180</sup>. También optó por el triple siniestro o siniestro continuo *Owens-Illinois, Inc. v. United Insurance Co.*, 650 A.2d 974 (N.J., 1994), si bien el Tribunal señaló que el asegurado debería internalizar parte del daño si durante un período de tiempo no estuvo asegurado, a pesar de haber podido contratar una póliza de seguros<sup>181</sup>.

En Gran Bretaña, la cuestión se ha resuelto de modo distinto para las pólizas de responsabilidad empresarial por daños causados a personas ajenas a la actividad empresarial (*public liability insurance*)<sup>182</sup> y para las pólizas de responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales (*employer's liability insurance*).

Para las pólizas de *public liability insurance* con expresiones del tipo *injury or illness occurring* y similares, *Bolton Metropolitan BC v. Municipal Mutual Insurance Limited*, [2006] All ER (D) 66; [2006] EWCA Civ 50 fijó el siniestro en una fecha posterior a la exposición, que a los efectos del caso y como indicó Longmore LJ, era indiferente si se

---

la página web del *Legal Information Institute* de la *Cornell Law School*, en concreto, en la siguiente dirección: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule56.htm>. También puede consultarlo en un compendio de legislación procesal, por ejemplo, en el editado por Stephen C. YEAZELL y publicado por Wolters Kluwer. Para la redacción de este trabajo se ha consultado la edición de 2008. Sobre el *summary judgment* y la Rule 56, vid. Stephen C. YEAZELL, *Civil Procedure*, 7<sup>th</sup> ed., Aspen, New York, 2008, pp. 526 y ss.

<sup>179</sup> Vid. *Keene v. INA*, 1047: “*inhalation exposure, exposure in residence, and manifestation all trigger coverage under the policies. We interpret ‘bodily injury’ to mean any part of the single injurious process that asbestos-related diseases entail*”

<sup>180</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 940, donde se extracta la sentencia y de donde tomo la referencia del caso.

<sup>181</sup> Extractada y anotada en BAKER, *Insurance Law...*, *op. cit.*, pp. 355 y ss., de donde tomo la referencia del caso.

<sup>182</sup> Estas pólizas cubren, por ejemplo, la responsabilidad civil por los daños causados por un producto defectuoso.

entendía como la fecha aproximada de formación de la primera célula cancerígena o la de aparición de los primeros síntomas de la enfermedad, pues ambas estaban dentro del período asegurado por la demandada. Para las de *employer's liability insurance*, con expresiones del tipo *injury sustained o injury sustained or disease contracted*, *Durham v. BAI (Run Off) Ltd. and other cases*, [2008] All ER (D) 220 (Nov); [2008] EWHC 2692 (QB) tuvo en cuenta la fecha de la inhalación o, por seguir con la terminología utilizada hasta aquí, de la exposición. Posteriormente, dos de los tres jueces de la Corte de Apelación ([2010] EWCA Civ. 1096) adoptaron, en relación con algunas de las pólizas, interpretaciones próximas a las de Bolton. Para la redacción de este trabajo se han consultado las sentencias del caso *Durham v. BAI*. Éstas citan y analizan, a su vez, Bolton.

La mayoría de los casos de responsabilidad civil por daños del amianto son casos de exposición ocupacional por lo que *Durham v. BAI* es uno de los casos recientes más importantes en la litigación por daños del amianto en Gran Bretaña<sup>183</sup>.

En *Durham v. BAI and other cases* se planteó si a las pólizas de responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales se les seguía aplicando la teoría de la exposición como había entendido la industria hasta que se dictó *Bolton Metropolitan B.C. v. Municipal Mutual Insurance*. O si, por el contrario, las aseguradoras únicamente debían cubrir los tumores que se desarrollaran mientras sus pólizas estuvieran en vigor<sup>184</sup>.

La sentencia resuelve acumuladamente seis casos<sup>185</sup>. En los cinco primeros, los demandantes eran familiares de las víctimas o los propios empleadores condenados a satisfacer indemnizaciones de daños y perjuicios o demandados en acciones indemnizatorias. Las demandadas eran aseguradoras de los antiguos empleadores durante los períodos de exposición. El clausulado de los contratos de seguro extendía la cobertura a los supuestos en los que se sufriera (*sustain*) un daño o se contrajera (*contract*) una enfermedad durante la vigencia de la póliza.

Los hechos del sexto caso son más complejos. En él la demandante era "Mutual

---

<sup>183</sup> Vid. *Durham v. BAI [High Court]*, 87: "[O]f the mesothelioma claims notified to the Compensation Recovery Unit, a branch of the Department of Work and Pensions, between 2002 and 2008, 97% were EL claims and only 2% PL claims".

El caso también es importante desde un punto de vista histórico, pues fue el último en el que un juez del *High Court* vistió la toga tradicional. Lo explica el J. Burton en la parte final de la sentencia. Vid. *Durham v. BAI*, 300: "[W]hen I rose at 5pm at the end of this hearing on the last day of the summer term, it was the last time that the traditional civil robes will be worn in court by a High Court judge".

<sup>184</sup> Vid. *Durham v. BAI [High Court]*, 1: "The issue in the actions is (...) whether the insurers liable to meet the claims are those who insured the employers at the time the employees inhaled the asbestos fibres -the time of exposure, of inhalation or ingestion (date of inhalation)- or those (if any) who insured the employer (if the employer were still in business) up to 40 or more years later, when the tumour develops (date of tumour)". En un sentido parecido, vid. *Durham v. BAI [Court of Appeal]*, 2, 13 y 18.

<sup>185</sup> Los seis casos son: *Durham v. BAI*, *Fleming and another v. Independent Insurance Co Ltd.*, *Edwards v. Excess Insurance Co Ltd*, *Thomas Bates & Son Ltd v. BAI*, *Azko Nobel UK Ltd and another v. Excess Insurance Co Ltd* y *Municipal Mutual Insurance Ltd v. Zurich Insurance Co and others*.

Insurance Ltd. (MMI)” y las demandadas “Zurich Insurance Co” y diez entidades municipales. MMI había asegurado la responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales de entes locales mediante pólizas que tenían una redacción similar a las relevantes en los cinco primeros casos. El 9 de marzo de 1993 “Mutual Insurance Ltd. (MMI)” transmitió buena parte de sus activos y su negocio de aseguramiento de entes locales a “Zurich Insurance Co.”. Zurich aceptó gestionar en nombre de MMI las responsabilidades que pudieran surgir por pólizas contratadas antes del 30 de septiembre de 1992 a cambio de un precio que se descontaría del total de la operación. Tras dictarse *Bolton Metropolitan B.C. v. Municipal Mutual Insurance*, dio instrucciones para que se denegaran las reclamaciones, por mesotelioma que gestionaba y la demandó junto a los otros diez demandados indicados como responsable del pago. Zurich, en cambio, sostenía que la teoría de la exposición era la aplicable. El Juez Burton del Tribunal Superior (*High Court – Queen’s Bench Division*)<sup>186</sup> resolvió que resultaba de aplicación la teoría de la exposición:

“[Las pólizas] responden (...) con base a la exposición. A los efectos de estas pólizas el daño ‘se sufre’ cuando ‘se causa’ y la enfermedad ‘se contrae’ cuando ‘se causa’ (...). En consecuencia, prevalecen en sus acciones los empleados y empleadores demandantes en las cinco primeras acciones (...). En relación con la sexta acción, en la que MMI es la demandante, su acción debe ser desestimada, en otras palabras, MMI y no Zurich, excepto en los casos en que ésta acepta su responsabilidad (...), responde del reembolso a la autoridades locales (...)”<sup>187</sup>.

Sin embargo, y como se ha indicado, la sentencia fue apelada y dos de los tres jueces (Rix LJ y Burnton LJ) adoptaron, en relación con algunas de las pólizas, interpretaciones próximas a las de Bolton, mientras que el tercero (Smith LJ) hubiera confirmado la sentencia apelada. Rix LJ escribió un Postscript (303-309) en el que intentó resumir las conclusiones comunes y las divergencias entre los jueces. Según Rix LJ, las partes que prevalecieron en instancia, en apelación prevalecían en aquello en que su judgment les daba la razón, pues Smith LJ hubiera confirmado la sentencia apelada. En cambio, no prevalecían en aquello en lo que su judgment no les daba la razón, pues Burnton LJ coincidía en buena parte con la argumentación de Rix LJ, si bien hubiera interpretado alguna póliza y alguna disposición normativa de forma diferente. De hecho, Burton LJ había ido incluso más allá que este último en la admisión de los recursos de apelación.

---

<sup>186</sup> Sobre la *Queen’s Bench Division*, vid. la información disponible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/org\\_justice/org\\_justice\\_eng\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_eng_es.htm): “[E]s la mayor de las tres salas [del *High Court*] y entiende de una gama amplia de asuntos civiles incluidas las demandas por daños causados por incumplimiento de contrato y actos ilícitos civiles (...)”.

<sup>187</sup> Vid. *Durham v. BAI [High Court]*, 246: “*They [the policies] respond (...) on an ‘exposure’ basis. For the purposes of these policies, injury is ‘sustained’ when it is ‘caused’ and disease is ‘contracted’ when it is ‘caused’ (...). The claimants, employees and employers, therefore succeed in actions 1-5 (...). As for action 6, in which MMI is the claimant, its action fails, which means that it, and not Zurich, save where Zurich accepts its liability (...), are liable to indemnify the local authorities (...).*”.

De las teorías que se han apuntado, la del triple siniestro o siniestro continuo puede ser la que mejor proteja los intereses de las víctimas presentes ampliando al máximo el círculo de aseguradores contra los que aquellas pueden dirigirse para obtener compensación. No obstante, si en el momento de la reclamación las compañías aseguradoras que ofrecieron cobertura durante los períodos de exposición y latencia han desaparecido o son insolventes, la teoría del triple siniestro tendrá, para el asegurado, los mismos efectos que la teoría de la manifestación.

Además, si la teoría del triple siniestro va acompañada de una regla de responsabilidad solidaria y parte de las compañías aseguradoras son insolventes, puede tener efectos prácticos perversos: las compañías aseguradoras solventes responderán por el todo independientemente de la duración del período de cobertura e independientemente de la posibilidad de resarcirse en vía de regreso. El efecto expansivo de la insolvencia también debe tenerse en cuenta: si únicamente responden las compañías aseguradoras solventes puede que también éstas acaben por ser insolventes.

Asimismo, la teoría del triple siniestro puede conducir a la acumulación de límites por siniestro y por anualidad<sup>188</sup>. En supuestos en que concurren daños latentes masivos, incertidumbre causal y una cláusula de *occurrence*, es complejo –cuando no imposible– establecer una fecha de siniestro e identificar el período de seguro al que asignarlo. En consecuencia, los límites agregados de cobertura fijados por siniestro y por anualidad pierden toda aplicabilidad y, salvo que la interpretación judicial lo remedie, los aseguradores acaban respondiendo por encima de aquellos.

La teoría de la manifestación, por el contrario, permite identificar un único ámbito temporal relevante y un único asegurador responsable y, en consecuencia, elude los principales problemas que se asocian al resto de reglas, entre otros, distribución interna de responsabilidad entre los aseguradores y procedencia de la indemnización a las víctimas en supuestos de períodos no asegurados. Además, si se aplica la teoría de la manifestación, el momento del siniestro es relativamente cercano en el tiempo. No es necesario, pues, invertir en conocer cuándo y dónde se produjo la primera exposición o cómo evolucionó la enfermedad a lo largo del tiempo. Por último, la regla también permite al asegurador cancelar la póliza al término de su vigencia o renegociarla si tiene elementos de juicio para sospechar que las contingencias venideras serán excesivamente gravosas. Ahora bien, esta posibilidad debería limitarse a supuestos de daños que resultan de diferentes “occurrences”, no a los que resultan de una única “occurrence”<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Sobre temas conexos, vid. PAVELEK, “El seguro... (II)”, *op. cit.*, pp. 512-513 y, en parte, Albrecht BIRKE, “Asbestos - Der gigantische ‘Irrtum’?”, *Versicherungswirtschaft 4/2007*, p. 11.

<sup>189</sup> Vid., desde un punto de vista *ex ante*, EPSTEIN, “The Legal and Insurance Dynamics...”, *op. cit.*, p. 501: “it is the only rule that carries over to cumulative trauma cases the rules and practices applicable to ordinary accident cases, here by designating for each individual suit a single insurer who is responsible to the insured. By so doing, it stands in sharp contrast to the four other rules, all of which must address the coordination of action among the (possible) multiple insurers of any given insured. Second, by placing time when the underlying claimant has a claim for compensable injury, the rule reduces the temporal demands on the coverage question by making it unnecessary to identify when and where the original exposure were made

Tal vez por todo ello el *Pool Español de Riesgos Medioambientales*, una agrupación de interés económico que administra un convenio de correaseguro de riesgos relacionados con la contaminación medioambiental y cuyos miembros son aseguradoras y reaseguradoras<sup>190</sup>, establece una póliza que cubre la responsabilidad medioambiental derivada de una contaminación siempre que la “primera manifestación constatable” de la misma se hubiera producido durante la vigencia de la póliza. Ahora bien, generalmente, no cubrirán los daños que, pese a manifestarse durante aquel período, dan lugar a reclamaciones más de dos años después de que la póliza deje de estar en vigor<sup>191</sup>, por lo que más bien se trata de una suerte de cláusula *claims made*, a las que se hará referencia en próximas páginas. En relación con el *pool* RUDA señaló que no podía considerarse una solución definitiva a la asegurabilidad de estos riesgos:

“Quienes participan en el *pool* deben aceptar que son iguales, esto es, que hacen frente al mismo riesgo –aunque no puedan valorarlo estadísticamente- y que pueden controlar la selección adversa y el riesgo de una prevención insuficiente. Estas condiciones no siempre se cumplen. Además, la póliza unificada comporta un riesgo sistemático, pues si ésta ha pasado algo por alto todas las compañías participantes estarían expuestas al mismo. En fin, la capacidad del *pool* depende de los recursos de los participantes”<sup>192</sup>.

Por lo demás, la aplicación de la teoría de la manifestación no está exenta de inconvenientes. En particular, si designa una aseguradora poco solvente, el asegurado verá defraudada las expectativas que tenía cuando contrató el seguro.

---

*or how the underlying condition progressed over time. The first manifestation rule has the same desirable features as the appropriate rules for the underlying tort litigation: one plaintiff, one defendant, short time horizons, no discretion, and easy tests for identification” .Vid. id., p. 502: “In many cases an insurance may not clothe the insured for the entire period. In some cases the early insurance policies are lost; in others coverage in interim periods may be exhausted; in still others the coverage in interim periods may be canceled. The question then arises whether the insured should participate in the defense and indemnity obligations to the extent of its interest”. Vid. id., pp. 503-4: “the rule allows an insurer to cancel coverage of injuries that are still latent and that will necessarily manifest themselves at some future time (...)”. There seems to be good reason for construing present policies as preventing cancellation for future losses arising out of a single occurrence (...) But it is a very different matter to disregard the cancellation power with respect to separate occurrences as it would eliminate all underwriting control in cumulative trauma cases to cut off the power of both cancellation and non renewal.*

<sup>190</sup> Sobre el *Pool Español de Riesgos Medioambientales*, vid. la información institucional disponible en [www.perm.es](http://www.perm.es). Vid. también ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 123-125. Un *pool* suele dar lugar a situaciones de *fronting*, es decir, de cesión total o casi total del riesgo. Lo explica PORTELLANO DíEZ, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, p. 55: “Bien el *pool manager* designa a uno de los miembros del *pool* para que realice el seguro o bien el seguro es suscrito a iniciativa de uno de esos miembros. El riesgo entonces es cedido a través de un contrato de reaseguro entre la compañía *fronting* y los restantes miembros del *pool*. Generalmente en este tipo de relación, el reaseguro es de cuota parte, con la compañía *fronting* reteniendo su porcentaje en el *pool*”.

<sup>191</sup> Vid. Eduardo PAVELEK ZAMORA, “La contaminación de suelos y su aseguramiento”, *GR*, núm. 81, 2003, pp. 47-55 y RUDA, *El Daño Ecológico Puro...*, *op. cit.*, p. 539.

<sup>192</sup> Vid. RUDA, *El Daño Ecológico Puro...*, *op. cit.*, p. 540.

c. *Determinación de la cobertura temporal y cláusulas claims made. El art. 73 de la Ley del Contrato de Seguro*

Durante las dos últimas décadas del siglo pasado, las compañías que operaban en Estados Unidos dejaron de incorporar cláusulas *occurrence* en las pólizas que cubrían contingencias de daños causados por productos defectuosos y daños medioambientales. En su lugar, incorporaron cláusulas *claims made*, que identifican el siniestro con el momento de la reclamación judicial o extrajudicial. De este modo, la fecha del siniestro queda fijada expresamente y se evitan los problemas asociados a las cláusulas *occurrence*<sup>193</sup>.

Al analizar las cláusulas *claims made* desde el derecho español debe tenerse en cuenta el párrafo II del art. 73 LCS que contiene la regulación básica de las cláusulas de cobertura posterior y retroactiva<sup>194</sup>:

“Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

Las cláusulas de cobertura posterior, restringen la cobertura del asegurado en relación con reclamaciones posteriores al fin de la vigencia del contrato, pues sólo las cubren cuando concurren dos circunstancias. En primer lugar, el hecho dañoso debe producirse durante la vigencia del contrato. En segundo lugar, la reclamación debe producirse durante el período de vigencia del contrato o durante un período de tiempo no superior

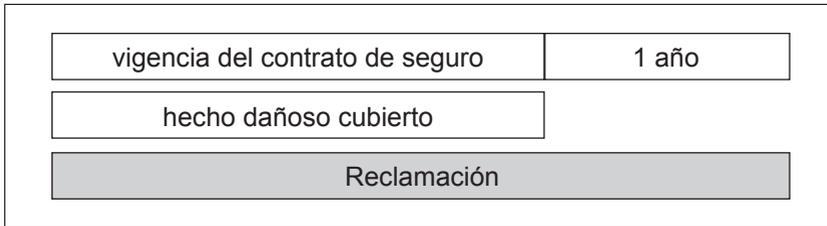
<sup>193</sup> Vid. PAVELEK, “El seguro... (II)”, *op. cit.*, p. 513: “[S]e inventaron precisamente las pólizas *claims made* como una manera de delimitación en el tiempo y en la cuantía de estos compromisos, intentando evitar las perversas secuelas del *stacking* y sobre todo fijando claramente la fecha del siniestro como la del momento de la reclamación”.

<sup>194</sup> El pfo. II del art. 73 LCS fue introducido por la D.A. 6ª.5 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE nº 268, 9.11.1995). La reforma de 1995 es la reacción del legislador a la doctrina emanante de la STS, 1ª, 20.3.1991 (RJ 1991\2267. MP: Antonio Fernández Rodríguez) y STS, 1ª, 23.4.1992 (RJ 1992\3323; MP: Antonio Gullón Ballesteros). Según AZCONA, gran parte de la doctrina interpretó que “el Supremo consideraba lesivas todas las cláusulas de limitación temporal del seguro y, como tales, ineficaces, con el consiguiente efecto de nulidad”, vid. Óscar AZCONA LUCIO, “Sobre la difícil cuestión de establecer la fecha del siniestro en Responsabilidad Civil”, *RRCCS 11/2004*, pp. 54-59, p. 57. Sobre el art. 73 II y sus antecedentes, CALZADA CONDE, *El Seguro...*, *op. cit.*, pp. 58-79.

a un año desde la terminación de aquel. Por otra parte, se trata de cláusulas que tienen la consideración de limitativas a los efectos formales del art. 3 LCS, es decir, “se destacarán de modo especial” y “deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.

**Gráfico 2: Cláusulas de cobertura posterior en derecho español**

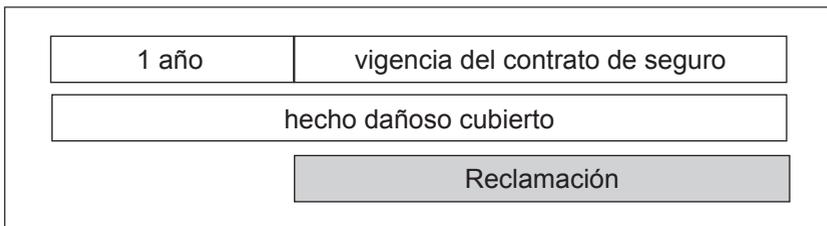
Fuente: Art. 73, pfo. II LCS



Las cláusulas retroactivas extienden la cobertura del asegurador a siniestros acaecidos antes de la vigencia del contrato. Su validez depende del cumplimiento de tres presupuestos. En primer lugar, el plazo de retroacción no puede ser inferior a un año. En segundo lugar, la reclamación del perjudicado debe producirse durante el período de vigencia del contrato. En tercer lugar, el siniestro debe ser desconocido por el asegurado antes de la vigencia del contrato. Al igual que las cláusulas de cobertura posterior, deberán destacarse de modo especial en la póliza y ser aceptadas específicamente y por escrito.

**Gráfico 3: Cláusulas de cobertura retroactiva en derecho español**

Fuente: Art. 73, pfo. II LCS



En general, las cláusulas *claims made* pueden conducir a situaciones contrarias a la función económica del seguro. Así, si un asegurado comunica a su asegurador un evento que puede dar lugar a una demanda judicial de responsabilidad en el futuro, el asegurador tiene incentivos a no renovar el contrato y, de este modo, eludir el coste empresarial de tener que hacer frente a la eventual condena de responsabilidad civil<sup>195</sup>. En estos casos, tal vez podría pensarse que la solución sería imponer

<sup>195</sup> Parecidamente, vid. CALZADA, *El Seguro...*, op. cit., p. 69. La autora alberga serias dudas en relación con las cláusulas *claims made*: “bajo la apariencia de cláusulas adicionales de delimitación temporal, lo que se hace es alterar la regla básica del contrato de seguro según la cual el asegurador está obligado si se produce

una obligación de prórroga referida, exclusivamente, a la responsabilidad derivada del hecho comunicado. Con todo, si los daños son latentes, la responsabilidad derivada del hecho comunicado puede concretarse muchos años después de la comunicación. Además, la imposición de la obligación de prórroga muy probablemente incrementaría las primas de las pólizas de responsabilidad civil.

Una opinión temprana en contra de las cláusulas “claims made”, si bien por motivos distintos, corrió a cargo de DE ÁNGEL. Para el autor, este tipo de cláusulas dejaban al arbitrio de uno de los contratantes el contenido del contrato:

“Las teorías que establecen como criterio determinante del ámbito temporal de la póliza el momento de la reclamación, o el de la sentencia condenatoria, o el del pago de la indemnización, dejan en buena medida un aspecto fundamental del contenido del contrato en manos de la discrecionalidad de una u otra persona, que reclamando antes o después, utilizando o no recursos judiciales, pagando ahora o más tarde, podría por su sola voluntad determinar si una póliza es o no aplicable a un caso concreto. Y esto pugna, a nuestro entender, con la objetividad que debe presidir un extremo tan decisivo”<sup>196</sup>.

### 5.3. Capas de aseguramiento, incentivos al control de las reclamaciones y nuevos pactos de reaseguro

El aseguramiento de algunos riesgos se organiza mediante capas de aseguramiento. Un primer asegurador puede cubrir, siguiendo un ejemplo de NAGAREDA, la contingencias de responsabilidad civil hasta \$ 100 millones (0-100), otro los siguientes \$ 20 millones (100-120), otro los siguientes \$ 30 (120-150) y así sucesivamente. A su vez, las aseguradoras de las distintas capas pueden reasegurar los riesgos en mercados internacionales, por ejemplo, Lloyd’s.

En algunos supuestos de daños masivos, es muy posible que las contingencias del asegurado superen los \$ 150 millones, por lo que ninguno de los tres aseguradores tiene incentivos a ejercer un control suficiente de las reclamaciones que se pagan. Si la cuantía por la que responden cada uno de ellos se va a superar, invertir en controlar que únicamente se compense a quienes lo merezcan no les reportará ningún beneficio a ellos sino a quienes aseguren sucesivas capas. Si los sucesivos aseguradores razonan igual y el daño masivo afecta a miles de víctimas, el problema puede alcanzar unas dimensiones insospechadas<sup>197</sup>.

---

el siniestro vigente el contrato, alterando, por ello, la esencia de la prestación del asegurador y no limitando meramente su alcance”.

<sup>196</sup> Vid. Ricardo DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad Deusto Bilbao, Bilbao, 1978, p. 145.

<sup>197</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., p. 27: “This expectation (...) affects the incentive of insurers at lower rungs of the stack to expend resources to monitor closely the nature of claims settled in litigation. The insurer itself must expend the costs for monitoring (...) but stands to capture little, if any, of the gains from such monitoring in terms of the discouragement of unimpaired claims at later times. Those benefits will redound to insurers higher in the stack who, in turn, face the same disincentive to monitor claim quality insofar as they too anticipate

En los últimos años, un buen número de reaseguradores han adoptado una serie de medidas con el objeto de controlar el pago de prestaciones por parte de los aseguradores. En suma, se trata de reducir la práctica comercial de pagos *ex gratia* derivada del riesgo moral que genera el contrato de reaseguro y que consiste, como explica PORTELLANO DIEZ, en que el asegurador no selecciona cuidadosamente qué reclamaciones admite cuando tiene la posibilidad de transferir el coste de las mismas a su reasegurador<sup>198</sup>.

Son pagos *ex gratia* aquellos que las compañías de seguros reaseguradas satisfacen pese a no estar comprendidos en el ámbito de cobertura. Esto puede suceder por diversas razones, por ejemplo y señaladamente, por intereses o prestigio comerciales.

Al parecer, este riesgo se manifiesta de modo especialmente intenso en el aseguramiento de riesgos industriales o de la naturaleza, debido al volumen de reclamaciones que recibe el asegurador y, a su vez, reasegurado<sup>199</sup>. También en relación a los aseguradores cautivos, es decir, aquellos que aseguran los riesgos de las sociedades que los controlan. En estos casos, los principios o cláusulas abiertas tradicionales de buena fe y comunidad de suerte resultan insuficientes, como también los mecanismos de tarificación *ex post* de la prima.

Estas circunstancias y el interés de algunos asegurados en negociar con los reaseguradores sin intermediación de los aseguradores, explican la aparición de nuevas cláusulas que incrementan las obligaciones de información del asegurador reasegurado y las facultades de control del reasegurador. Sin embargo, también imponen al reasegurador algunas obligaciones para con el asegurado o principal. PORTELLANO DIEZ da razón de las cláusulas más relevantes:

“Nos referimos a la cláusula de información (*notice clause*)<sup>200</sup>, que en una de sus modalidades obliga al reasegurado a obtener autorización del reasegurador para modificar el contrato de seguro originario; a la de cooperación (*co-operation clause*), que faculta al reasegurador para prestar asistencia al asegurador en el ajuste y liquidación del siniestro contemplado en el seguro originario. Un paso más se da con la cláusula de control de reclamaciones (*claims control clause*), por la cual únicamente el reasegurador –con exclusión del asegurador– se encarga de estas operaciones. Asimismo, en esta nueva asignación de papeles destaca la cláusula de atajo (*cut-through clause*), gracias a la cual el aseguradpodrá, bajo determinadas condiciones y si lo estima oportuno, dirigirse directamente contra el reasegurador; y, por último, la de insolvencia (*insolvency clause*) por virtud de la cual en caso de concurso de la entidad aseguradora, el asegurado podrá reclamar y obtener el pago de la reaseguradora”<sup>201</sup>.

---

*that the liability of the insured will exceed the dollar limits of their own policies. The more massive the mass tort in financial terms, the more extensive the disincentive to monitor claim quality will be”.*

<sup>198</sup> Vid. PORTELLANO DIEZ, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>199</sup> Vid. PORTELLANO DIEZ, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

<sup>200</sup> PORTELLANO cita jurisprudencia anglosajona sobre las cláusulas de información que incluyen algún ejemplo de la litigación por daños del amianto. Vid. *id.*, pp. 108 y 109.

<sup>201</sup> Vid. DIEZ PORTELLANO, *El Reaseguro...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

## 5.4. Exclusiones del ámbito de cobertura

### *a. Exclusión de las enfermedades profesionales en los seguros que cubren la responsabilidad civil patronal*

Los seguros que cubren la responsabilidad civil patronal en el mercado español suelen hacerlo con un ámbito de cobertura muy restringido en relación con las enfermedades profesionales. De hecho, las excluyen con frecuencia<sup>202</sup>.

Un ejemplo de exclusión de las enfermedades profesionales puede leerse en el AH 2º de la STSJ Galicia, Social, 6 de febrero de 2004 (AS 2004\1442; MP: José Fernando Lousada Arochena)<sup>203</sup>. D. Gregorio, nacido el 25 de noviembre de 1936 y fumador habitual desde los 14 años, trabajó para “Bazan, SA” del 13 de mayo de 1953 hasta el 30 de noviembre de 1994, buena parte de este tiempo como gruísta. Durante décadas, la empresa utilizó amianto para el forrado de tuberías y calderas de buques y navíos, sin que conste que realizara mediciones periódicas para controlar la concentración de fibras de amianto en el ambiente. Aunque D. Gregorio no manipuló el amianto, estuvo expuesto a las fibras del mineral que quedaban en suspensión en su lugar de trabajo. En 1993, al final de su vida laboral, la empresa empezó a hacerle exámenes periódicos y le fueron diagnosticados engrosamientos pleurales. En 1999 se le diagnosticó que los engrosamientos pleurales eran compatibles con una forma leve de asbestosis. “Bazan, SA” tenía concertado seguro de responsabilidad civil con “Musini, SA” con un capital máximo por siniestro y año de 500.000 ptas. (3.005,06 €) y con un sublímite de 750.000 ptas. (4507,59 €). Según se lee en el AH 2º de la sentencia

“[e]n dicho seguro se excluye, específicamente, de cobertura cualquier tipo de enfermedad profesional aun siendo catalogada de accidente laboral”.

D. Gregorio demandó a “Bazan, SA” y a “Musini, SA” en reclamación de daños y perjuicios. La SJS núm. 1 de Ferrol estimó en parte la demanda, condenó a la demandada a indemnizar a la actora con 37.526,26 € y absolvió a “Musini, SA”.

El TSJ estimó en parte el recurso de casación de “Bazan, SA” a los efectos de reducir la cuantía indemnizatoria a 18.000 €. En el FD 25º el tribunal indica que

“atendiendo a las circunstancias personales –nacido en 1936- y profesionales del trabajador –jubilado (...)-, sin alegarse ninguna otra circunstancia especial, y atendiendo a las consecuencias de la exposición al asbestos, determinante de una asbestosis leve, sin repercusión funcional individualizada (...) la Sala considerada ajustada una indemnización, en prudente arbitrio, de 18.000 €, donde se comprende el daño físico –asbestosis leve (...)- y el daño moral (...) excluyendo –en atención a la jubilación del trabajador- la existencia de daños y los perjuicios en el ámbito profesional”.

<sup>202</sup> Vid. MAPFRE INDUSTRIAL-DEPARTAMENTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, “Manual del Seguro de Responsabilidad Civil”, Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 2004, pp. 71 y 81.

<sup>203</sup> Una sentencia reciente parece sugerir la posible responsabilidad de la compañía aseguradora codemandada. Sin embargo, no constan los términos de la póliza. Vid. STSJ Madrid, 6.6.2009 (JUR 2010\27287; MP: Miguel Ángel Luelmo Millán).

La absolución en instancia de la aseguradora no fue discutida en suplicación.

*b. Exclusiones específicas de enfermedades del amianto*

En ocasiones, las exclusiones se refieren específicamente a la responsabilidad civil por daños del amianto<sup>204</sup>.

Un ejemplo de exclusión expresa de los daños del amianto en pólizas de seguro puede leerse en los antecedentes fácticos de la STSJ Castilla La Mancha, Social, 7.2.2007 (JUR 2007\121159. MP: Fernando Muñoz Esteban). La sentencia confirmó el fallo de instancia que había condenado a una empresa de la construcción a pagar a un trabajador accidentado la indemnización fijada en Convenio Colectivo y había absuelto a la aseguradora de aquella. La sentencia interesa aquí únicamente porque su AH 2º transcribe la póliza de seguros, cuya exclusión g) a la “Garantía Primera del Riesgo Segundo: Responsabilidad civil por daños personales a Empleados” es del siguiente tenor literal:

“g) Los daños por asbesto o polvo de amianto, pesticidas, plaguicidas, desinsecticidas y radiaciones de cualquier tipo”.

Otro ejemplo de exclusión específica con el valor añadido de aparecer en una sentencia sobre daños del amianto lo ofrece el AH 4º de la STSJ Madrid, 10.12.2010 (AS 2010\509; MP: Miguel Ángel Luelmo Millán):

“La empresa demandada tiene suscrita póliza con la compañía aseguradora code mandada como de la póliza que obra en autos (...) se desprende cuya cláusula 4 excluye de su cobertura ‘cualquier reclamación de daños causados real o supuestamente originados por productos que puedan contener asbestos en cualquier forma o cantidad (folio 407 de autos)”.

También ha sido una práctica frecuente que las pólizas de responsabilidad civil de productos (o las correspondientes garantías adicionales a la póliza de responsabilidad civil de explotación empresarial)<sup>205</sup> excluyeran los daños del amianto<sup>206</sup>.

En este sentido, PAVELEK señaló que “[a]demás de los riesgos excluidos propios de la R.C. productos y de la aplicación de las exclusiones que pudieran llamarse

---

<sup>204</sup> Al parecer, la práctica de exclusión de los daños del amianto es común en otros mercados de seguro de países desarrollados desde los años ochenta. Así, p. ej. y en relación con Japón, vid. Luke NOTTAGE, “The ABCs of Product Safety Re-regulation in Japan: Asbestos, Buildings, Consumer Electrical Goods, and Schindler’s Lifts”, *15 Griffith L. Rev.* 242 (2006). Se ha utilizado la versión del artículo disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=929941](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929941), p. 27.

<sup>205</sup> Sobre el seguro de responsabilidad civil de productos y su naturaleza, vid. PAVELEK, “El seguro... (I)”, *op. cit.*, pp. 293-294: “La naturaleza jurídica del seguro de R.C. Productos se alinearía así en la teoría general del contrato de seguro de Responsabilidad Civil como contrato de nacimiento de deuda en cuanto que entraría a surtir plenos efectos al emerger la obligación de resarcimiento con cargo al patrimonio asegurado; un crédito del perjudicado, en definitiva, que asume el asegurador, si bien, la cobertura de R.C. Productos no es más que una especialidad del seguro de R.C. (...)”.

<sup>206</sup> Vid. *id.*, p. 329.

generales (actos deliberados, infracción voluntaria de disposiciones), dependiendo, como siempre, de los mercados, es posible encontrarse con exclusiones específicas que, en ciertos casos, ya han pasado a configurarse como cláusulas de estilo, que rezan así: - Asbestosis. Asbestosis o cualquier otra enfermedad, incluido el cáncer, debida a la fabricación, elaboración, transformación, montaje, venta o uso de amianto o de productos que lo contengan”.

En el caso concreto de Estados Unidos, la póliza ISO CGL no excluyó expresamente las contingencias del amianto hasta su revisión de 1986. En la actualidad, la tendencia a excluir riesgos es muy pronunciada y hasta se ha sugerido que se aplica un principio de “primero excluir, luego preguntar”<sup>207</sup>.

*c. Costes para las compañías aseguradoras asociados a la litigación por responsabilidades no cubiertas*

Por los motivos indicados, la industria aseguradora española no ha tenido que afrontar muchos de los problemas que encontró la anglosajona en relación con los daños del amianto. Por lo menos, hasta la fecha y a la espera de ver qué sucede con los casos de exposición doméstica y ambiental. Ahora bien, las aseguradoras aparecen como parte demandada en no pocas demandas y deben incurrir en los correspondientes costes de defensa jurídica.

En los casos en los que la póliza no estuviera en vigor o la exclusión de la cobertura fuera inequívoca y se desprendiera de la literalidad del clausulado de las pólizas, debería condenarse al demandante a satisfacer las costas procesales de la compañía aseguradora, aún cuando se estimara la demanda en relación con la responsabilidad del asegurado. De otro modo, los potenciales demandantes continuarán teniendo incentivos para demandar a las compañías aseguradoras con independencia del tenor literal de las pólizas. No pierden nada con ello y, por pequeña que sea, contarán con alguna probabilidad de obtener la condena de las compañías aseguradoras que, en muchas ocasiones, tienen una mayor solvencia que sus asegurados. Todo esto va en detrimento del conjunto de asegurados, pues las compañías aseguradoras contabilizarán los gastos procesales incurridos como costes de explotación y los trasladarán a sus asegurados en forma de mayores primas.

Otra posibilidad consiste en que jueces y tribunales estimaran la excepción procesal de falta de legitimación pasiva alegada por la compañía aseguradora. No fue ésta la opción que adoptó el Juzgado Social núm.1 de Sabadell según el Auto aclaratorio de 20 de junio de 2007 a la Sentencia del mismo juzgado de 28 de mayo de 2007 que absolvía a “Uralita, S.A.” y “Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”<sup>208</sup>. En aquel caso, la póliza de seguro suscrita entre las dos demandadas no estaba en vigor cuando se diagnosticó mesotelioma a la esposa del actor. Tampoco cuando le fue

<sup>207</sup> Vid. Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, p. 8.

<sup>208</sup> Resoluciones citadas en el AH 3º de la STSJ Cataluña, Social, de 21 de mayo de 2009 (AS 2009\2180; MP: Francisco Javier Sanz Marcos).

reconocida a ésta la situación de incapacidad. Además, la cobertura se refería a accidentes de trabajo, pero no a enfermedades profesionales. Sin embargo, el auto notifica el FD 14º de la sentencia –que se había omitido por error- y que indica lo siguiente:

“Una vez fundamentada la exoneración de responsabilidad de la empresa codemandada en los fundamentos jurídicos anteriores, procede señalar que en cuanto a la Entidad Aseguradora codemandada, en primer lugar, debe decidirse la desestimación de la excepción procesal de falta de legitimación pasiva alegada por la misma, puesto que en el momento de la interposición de la demanda existe relación contractual con la aseguradora entre ésta última y la empresa tomadora del seguro, lo cual no puede confundirse con el hecho de que no haya cobertura aseguradora en el presente caso como se fundamentará a continuación. Particularmente, y relacionado con lo anterior, cuestión distinta es que no corresponda apreciar responsabilidad alguna en la Entidad Aseguradora, no sólo por el hecho de que no se aprecie responsabilidad de la empresa, sino que aún en el hipotético supuesto de que se hubiere dictado sentencia condenatoria para la empresa, y por tanto estimatoria de la pretensión de la parte demandante, procedería la absolución de la Entidad Aseguradora dada la falta de cobertura aseguradora por motivo de ser el inicio de la vigencia de la misma posterior al hecho causante objeto de la reclamación del presente procedimiento, y por tanto, determinada la inaplicabilidad de la cobertura aseguradora por falta, ya *ab initio*, del requisito de la temporalidad, es innecesario entrar a analizar los supuestos de exclusión de aplicación de dicha cobertura aseguradora, en relación [con] la exposición realizada por la asistencia letrada de dicha Entidad Aseguradora en el sentido de cobertura extensiva sólo a accidentes de trabajo y no a enfermedades profesionales como la concurrente en el presente caso”.

## **6. VENTAJAS COMPARATIVAS DEL ASEGURAMIENTO DE ACCIDENTES (FIRST-PARTY) COMO INSTRUMENTO DE COMPENSACIÓN**

La responsabilidad civil extracontractual –y lo mismo puede decirse de la responsabilidad contractual por daños personales a empleados- requiere, como se ha apuntado, la existencia de un daño indemnizable, la identificación del causante y, en su caso, la prueba de la culpabilidad del demandado. Sin embargo y como también se ha señalado, daño, causa y culpa son elementos cuya prueba es complicada, cara y litigiosa en muchos casos. Además, la víctima debe asumir las consecuencias dañosas hasta que se satisfaga la indemnización fijada judicialmente. El aseguramiento de la responsabilidad civil puede mitigar las consecuencias apuntadas, no obstante, la responsabilidad civil sigue siendo el eje que determina la procedencia de la compensación por lo que tales consecuencias no desaparecen por completo. Asimismo, y como se ha podido comprobar en los apartados precedentes, el propio funcionamiento del seguro de responsabilidad civil puede dar lugar a más litigación con el consiguiente incremento de las trabas y costes para la obtención de compensación.

El aseguramiento *first-party* o aseguramiento de accidentes, en cambio, cubre los daños del propio asegurado <sup>209</sup>. Por este motivo, tiene unos costes mucho más reducidos, compensa más rápido –excepción hecha, tal vez, de algunos procedimientos abreviados y *ad hoc* de compensación-<sup>210</sup> y lo hace con más certeza, pues el derecho a las prestaciones pactadas únicamente depende de la prueba del propio daño<sup>211</sup>. Téngase en cuenta, también, que el seguro dispersa el daño entre el *pool* de los asegurados y, de esta forma, ninguno de ellos debe soportarlo por entero, sino que el conjunto de asegurados subsidia al asegurado que ha sufrido una contingencia.

---

<sup>209</sup> Sin embargo, no parece que quienes propugnan la compensación como una cuestión de justicia tengan muy en cuenta la existencia del aseguramiento público o privado. Vid. LOUIS KAPLOW y STEVEN SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harvard UP, Cambridge (MA) y London (England), 2002, p. 149.

<sup>210</sup> La diferencia en el tiempo invertido hasta la obtención de compensación disminuye en relación con los procedimientos abreviados de compensación. En este sentido, por ejemplo, el *special fast track procedure* implementado en Gran Bretaña para no pocos casos de mesotelioma. V id. *Durham v. BAI*, *cit.*, [56] y Johnathan MORGAN, “Technological Change in England and Wales”, en Miquel MARTÍN CASALS (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 40-88, pp. 79-80.

<sup>211</sup> Sobre la diferencia de costes entre el aseguramiento *first-party* y *third-party* en sede de responsabilidad civil de fabricante, vid. GEISTFELD, “Products...”, *op. cit.*, p. 297. La diferencia en los costes es consecuencia del tipo de siniestro. En las pólizas *first-party* el siniestro es el daño, mientras que en las pólizas *third-party* es la causación de un daño del que se debe responder. Esto último genera costes de prueba, requiere la intervención de un abogado en muchos casos y acaba en litigación: “Coverage under many first-party insurance policies, such as health insurance, is triggered by the fact of loss (like medical expense), making the cause of injury irrelevant in most cases. The fact of injury or loss usually is easy to prove (submitting bills), so policyholders usually do not have to hire a lawyer to receive insurance proceeds (...) By contrast the third-party insurance supplied by product sellers is triggered only if the product caused the injury. Often (...) a potentially contentious factual inquiry may be needed to resolve the liability questions. Some items of damages (...) are also costly to determine. The resultant litigation expenses increase the cost of third-party insurance (...)”.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN, JUSTICIA CORRECTIVA, JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y OMBUDSMAN

La responsabilidad civil no sólo compensa. También cumple otras funciones, incluidas la satisfacción de la necesidad de la víctima y de la sociedad de que se corrija el daño causado, la prevención de nuevos daños, la redistribución de riqueza, control de instituciones públicas y agentes económicos y, por medio de las demandas judiciales, la identificación de las actividades dañosas que requieren regulación. Estas otras funciones se esgrimen con frecuencia para justificar las ineficiencias compensatorias y los costes de la responsabilidad civil extracontractual<sup>212</sup>. Como se verá más adelante, un sistema universal de compensación no puede cumplir tales funciones como lo hace la responsabilidad civil extracontractual, del mismo modo que ésta no puede compensar como aquel o como, en general, el aseguramiento de riesgos<sup>213</sup>.

### 1. CONDICIONES PARA LA PREVENCIÓN MEDIANTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS MASIVOS

La amenaza de una indemnización ayuda a reducir el número e intensidad de accidentes y enfermedades causadas por acciones u omisiones de terceros. Esta amenaza encarece la causación del daño por lo que el potencial responsable tendrá incentivos para evitarlo, a no ser que sea excesivamente costoso hacerlo.

El art. 1903 VI CC deja apuntada la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual cuando, al tratar la responsabilidad por hecho ajeno, señala que

“[I]a responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> Vid. James A. HENDERSON, “Compensation for Incapacity: The New Zealand Accident Compensation Reform (Book Review: Geoffrey PALMER, *Compensation for Incapacity*, Oxford University Press, Wellington, New Zealand, 1979, Pp. 460, \$ 49.50)”, *48 U. Chi. L. Rev.* 781 (1981), p. 794: “*The tort system does fail to compensate some accident victims who have suffered loss, but it must neglect the compensation objective if it is to accomplish the others [utility and fairness]. Replacing the tort system with a compensation system may well generate benefits only at the cost from efficiency and fairness*”.

<sup>213</sup> Vid. HENDERSON, “Compensation for Incapacity...”, *op. cit.*, p. 794: “*There is some mutual exclusivity between the objectives of universal compensation and utility and fairness. It is probable that, to a significant extent, the one objective is accomplished only at the expense of the other*”.

<sup>214</sup> Vid. SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, *El derecho de daños...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

El Art. 10:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, transcrito más arriba, recoge expresamente la función preventiva de la indemnización. Con todo, lo hace después de reconocer primero la función compensatoria, que según MAGNUS se considera, implícitamente, la función principal<sup>215</sup>.

Las reglas de negligencia contributiva y comparativa también incentivan que las víctimas sean precavidas, pues respectivamente, deniegan o reducen la compensación si la víctima contribuyó con sus acciones u omisiones a la causación del daño o a incrementar su gravedad<sup>216</sup>.

La capacidad preventiva de la responsabilidad civil extracontractual –y, de nuevo, lo mismo puede decirse de la responsabilidad contractual por daños personales a empleados- depende, sin embargo, de la concurrencia de una serie de condiciones y, señaladamente, de las que se mencionan a continuación<sup>217</sup>:

1. Información perfecta sobre el daño y las reglas legales aplicables.
2. Capacidad de evitar el daño.
3. Capacidad de jueces y tribunales de identificar los supuestos de responsabilidad y cuantificar los daños.
4. Amenaza real de condenas indemnizatorias.
5. Control del riesgo moral si el potencial causante de un daño está asegurado.

Estas condiciones no concurren de un modo absoluto en prácticamente ningún caso. En consecuencia, la prevención óptima tiene que ser contemplada como un ideal que puede servir de guía, pero que es prácticamente inalcanzable. Generalmente, basta con que la responsabilidad civil prevenga en cierta medida.

En algunos supuestos, con todo, la infra- o sobreprevención resultan tan significativas que surgen dudas razonables sobre si la prevención a través de la responsabilidad civil justifica sus altos costes y su ineficiencia compensatoria.

En los próximos subapartados se estudia, en relación con cada una de las condiciones señaladas en el párrafo anterior, si esto sucede en sede de daños masivos<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> Vid. MAGNUS, “Comment to Art. 10:101”, *op. cit.*, § 4, p. 150.

<sup>216</sup> Vid. SHAVELL, *Foundations...*, *op. cit.*, pp. 177-256, donde se resumen sus anteriores contribuciones al tema. En términos más generales, la función principal de la responsabilidad civil para muchos analistas económicos del derecho es la de generar –o alterar- incentivos. Así, vid. POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 266, §8.7: “The primary (though not exclusive – ...) function of law, in an economic perspective, is to alter incentives” y, más adelante en la misma página y apartado, “[t]he economic theory of law is a theory of law as deterrence”.

<sup>217</sup> Téngase en cuenta también el listado de categorías y factores que explican, según SUGARMAN, los problemas que tiene la responsabilidad civil extracontractual como instrumento de prevención, vid. SUGARMAN, “Doing Away...”, *op. cit.*, pp. 565 y ss.

<sup>218</sup> Para otra forma de analizar dificultades con las que se encuentra la responsabilidad civil para operar como mecanismo de prevención de enfermedades, vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, p. 121 in fine y ss.

## 1.1. Información perfecta

Si los daños son latentes y todavía no han sido reconocidos por la comunidad científica, causantes y víctimas desconocerán las consecuencias que resultarán en el futuro de sus actividades o de la omisión de medidas de seguridad. Este desconocimiento impide que la perspectiva de una indemnización de responsabilidad civil o de una reducción de aquella transmitan incentivos a la prevención del daño<sup>219</sup>.

En relación con el causante del daño, el desconocimiento que aquí interesa no es el referido a qué personas o bienes concretos serán dañados. Si el causante tenía constancia de los daños agregados, podía calcular los niveles de precaución –y en su caso actividad- socialmente óptimos sin necesidad de conocer ningún detalle adicional.

Otra cosa es que el causante, conociendo tales daños, no adoptara la precaución óptima por algún motivo. Por ejemplo, porque supiera que la víctima no podría probar la causalidad específica de acuerdo con el estándar legal que resultara aplicable<sup>220</sup>, fenómeno que, por otra parte, se puede atajar, además de con las reglas de responsabilidad tradicionales, con reglas que consideren el riesgo como daño (*tort for risk*) o con reglas de responsabilidad probabilística (*probabilistic recovery*), a las que ya se ha hecho alguna referencia con cita de referencias bibliográficas<sup>221</sup> y que volverán a ser objeto de estudio más adelante.

El desconocimiento de la víctima es relevante al analizar las situaciones en las que su nivel de precaución tiene incidencia en la causación del daño o en la minimización de éste una vez causado. La víctima puede tomar precauciones antes o después del accidente o exposición. En relación con las precauciones posteriores, podría pensarse que compensar a las personas expuestas sin esperar a la manifestación del daño mantendría los incentivos de las víctimas para disminuir los daños esperados en tanto que esa indemnización por adelantado fuera parcial y, en consecuencia, no cubriera el total del daño. En cambio, según este razonamiento, compensar íntegramente a las víctimas cuando se concretara el daño no transmitiría los incentivos correctos *ex ante*, pues las víctimas no tendrían incentivos para prevenir un daño que les sería compensado en su integridad. Con todo, quienes sostienen estas tesis reconocen asumir sin demasiada convicción que la compensación monetaria a un enfermo de, por ejemplo, cáncer puede compensar íntegramente el daño<sup>222</sup>. Asimismo, no deben

<sup>219</sup> Una reflexión parecida puede consultarse en Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, “Accuracy in the Assessment of Damages”, 39 *J. L. & Econ.* 191 (1996), p. 198. A este artículo me referiré más por extenso al analizar algunos aspectos de la baremación del daño y del principio de reparación integral.

<sup>220</sup> En las jurisdicciones de Estados Unidos, el estándar de prueba en responsabilidad civil suele requerir generalmente, que sea más probable que improbable que la acción u omisión enjuiciada causara el daño (*more probable than not*). En otras palabras, que la probabilidad sea superior a 0,5.

En derecho español, el estándar probatorio es, al menos en el plano teórico, más exigente ya que se aproxima a una probabilidad de 1. Vid. Fernando GÓMEZ POMAR, “Carga de la prueba y responsabilidad civil”, *Indret* 1/2001 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>221</sup> Vid., por ejemplo, MICELI, *The Economic Approach...*, *op. Cit.*, pp. 77 y 78.

<sup>222</sup> Vid. LANDES y POSNER, “Tort Law as a Regulatory Regime...”, *op. cit.*, p. 433: “Of course this assumes rather unrealistically that monetary compensation for a cancer injury is completely adequate”.

perderse de vista el deber de la víctima de mitigar el daño y las reglas legales o jurisprudenciales de culpa comparativa o contributiva, que también pueden atajar el fenómeno del riesgo moral en relación con las víctimas.

El análisis es parecido al de la literatura económica sobre daños continuados y, en concreto, sobre inmisiones. En ella se discuten, entre otros aspectos, los incentivos que resultan de conceder una compensación en forma periódica o a tanto alzado. La primera transmite incentivos al causante para evitar las inmisiones en el futuro. La segunda transmite incentivos a la víctima para minimizar los efectos de aquellas<sup>223</sup>.

Causantes y víctimas pueden, asimismo, desconocer las reglas legales aplicables. Si las conocen, es posible, con todo, que la interpretación de las mismas cambie. La responsabilidad civil por daños masivos constituye un ámbito del derecho muy propicio a desarrollos legislativos y jurisprudenciales insospechados. La regla de responsabilidad por cuota de mercado que aplicó el Tribunal Supremo de California en *Sindell v. Abbot Labs.*, 607 P.2d 924 (1980), por ejemplo, se tomó de un comentario escrito apenas dos años antes por una estudiante de derecho en la revista de la Fordham University School of Law de la ciudad de Nueva York<sup>224</sup>.

Buena parte de las dificultades que se han apuntado tienen que ver con la latencia de los daños causados por determinadas sustancias, cuyos beneficios son inmediatamente observables, pero cuyos riesgos, en cambio, no se conocen hasta pasados los años<sup>225</sup>. En otras ocasiones, los daños resultan de hechos tan inverosímiles que era difícil anticiparlos. Finalmente, incluso cuando los riesgos son bien conocidos, causantes y víctimas pueden actuar o dejar de actuar bajo el influjo de sesgos cognitivos. Por ejemplo, pueden ser muy optimistas sobre la concreción de aquellos riesgos<sup>226</sup>.

<sup>223</sup> Vid., por ejemplo, LANDES y POSNER, "Tort Law as a Regulatory Regime...", *op. cit.*, p. 434 y EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 704 y 705.

<sup>224</sup> Vid. *Sindell v. Abbot Laboratories*, 612, nota 28: "The Fordham Comment [Naomi SHEINER, "Comment, DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability", 46 *Fordham L. Rev.* 963 (1978)] explains the connection between percentage of market share and liability as follows: '[I]f X Manufacturer sold one-fifth of all the DES prescribed for pregnancy and identification could be made in all cases, X would be the sole defendant in approximately one-fifth of all cases and liable for all the damages in those cases. Under alternative liability, X would be joined in all cases in which identification could not be made, but liable for only one-fifth of the total damage in these cases. X would pay the same amount either way. Although the correlation is not, in practice, perfect [footnote omitted], it is close enough so that defendants' objections on the grounds of fairness lose their value'. (*Fordham Comment, supra*, at p. 994)".

Sobre la responsabilidad por cuota de mercado, vid., entre otros, Albert RUDA, "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", *Indret 3/2003* ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y FLEMING, "Mass Torts", *op. cit.*, pp. 512 y 513.

<sup>225</sup> Esto ayuda a entender por qué, en ocasiones, las agencias reguladoras autorizan el uso o comercialización de determinados productos que los contienen. En especial si aplican un análisis coste-beneficio. Sobre el análisis coste-beneficio y el alternativo principio de precaución, vid. Cass R. SUNSTEIN, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002, *passim*.

<sup>226</sup> Para una introducción a cómo los sesgos cognitivos explican nuestra percepción de determinados eventos, así como de ciertos conceptos e instituciones, vid. FARNSWORTH, *The Legal Analyst...*, *op. cit.*, pp. 209-246. Sobre los rasgos fundamentales del *overconfidence bias* y el muy relacionado *confirmatory o self-serving bias*, vid. también Thomas S. ULEN, "The View from Abroad: Tort Law and Liability Insurance in the United States", en Gerhard WAGNER (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 207-238, pp. 224-228, Mg. 59-69.

## 1.2. Capacidad individual y organizativa para evitar el daño

No toda infracción de deberes de cuidado es evitable. El mejor técnico de su especialidad no es ajeno al error o a un momento de descuido y uno y otro pueden tener consecuencias fatales incluso si trabaja en la instalación más moderna y automatizada. Parecidamente, el director de esa misma instalación puede haber aprobado e implementado un plan de reducción de riesgos muy detallado tomando en consideración un período de diez años que, sin embargo, no comprende daños con un período de latencia mayor y desconocidos en el momento en el que se diseñó e implementó el plan. Y, si los comprende, es posible que los intereses a corto plazo de algunos individuos o los intereses propios de algunas unidades de la instalación impidan su implementación efectiva<sup>227</sup>.

## 1.3. Capacidad de jueces, tribunales y jurados para identificar los supuestos de responsabilidad y cuantificar los daños

La identificación de los supuestos de responsabilidad y la cuantificación de los daños encuentran dificultades que se acentúan en sede de responsabilidad civil por daños masivos. A continuación se destacan las más señaladas.

### *a. Incertidumbre causal*

Las reglas de responsabilidad suelen requerir la prueba de la causación del daño por el demandado o por las personas por las que aquel deba responder. Sin embargo, en los supuestos de daños masivos los problemas de incertidumbre causal son más bien regla que excepción, tanto a nivel de causalidad general o específica.

Cuestiones de causalidad se han planteado y plantean en sede de daños del amianto, pero también en relación con el medicamento Benedictin, el envenenamiento masivo por aceite de colza desnaturalizado, los medicamentos cuyo principio activo era el DES, el tabaquismo y hasta el herbicida Agente Naranja (*Agent Orange*), que tuvo aplicaciones militares durante la Guerra del Vietnam<sup>228</sup>.

Los informes periciales pueden facilitar la tarea de jueces –y, en su caso jurados–, pero éstos no son siempre concluyentes y los peritos de las partes pueden alcanzar conclusiones contradictorias. En Estados Unidos, el juez determina qué prueba pericial puede ser sometida a la consideración del jurado. Según un estudio publicado en 2005<sup>229</sup>, en una veintena de estados el juez lo hacía siguiendo la doctrina que emana de *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 (1993) – tras el reenvío, el caso se resolvió, finalmente, en *Daubert v. Merrel Dow*

<sup>227</sup> Sobre esto último, Vid. SUGARMAN, “Doing Away...”, *op. cit.*, pp. 568 y 569.

<sup>228</sup> Vid. el capítulo de causalidad de cualquier buen *casebook* estadounidense –por ejemplo EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 449 y ss.- o, entre nosotros, los artículos que *InDret* ha dedicado al tema –por ejemplo, SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad...”, *op. cit.*

<sup>229</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials ...*, *op. cit.*, p. 469 y la literatura allí citada: “as of 2005 the scorecard reads: 24 states have adopted *Daubert*, 14 states have adopted *Frye*, and 12 states have adopted some other standard”.

*Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995)- y su progenie<sup>230</sup>. En aquel caso, el Tribunal estableció que el juez debía ejercer de filtro que excluyera la prueba pericial que no constituyera buena ciencia y señaló, para ello, una serie de criterios que podían tomarse en consideración, por ejemplo, si la teoría o técnica utilizada puede ser y ha sido probada, si ha sido publicada en revistas sometidas a procesos de revisión por pares, cuál es su coeficiente de error conocido o potencial o si ha sido aceptada de forma general por la comunidad científica relevante<sup>231</sup>. En otros estados, y de nuevo según la literatura especializada, se sigue aplicando el estándar de “aceptación general” de la prueba en la comunidad científica relevante -que el Tribunal estableció en *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)- o bien otro estándar<sup>232</sup>.

En buena medida, los problemas de incertidumbre causal son consecuencia, de nuevo, de la latencia de los daños: el lapso de tiempo entre exposición y daños hace que muchas otras causas posibles hayan de ser considerada s<sup>233</sup>. La responsabilidad por riesgo de daño futuro ofrece algunas respuestas pero no está exenta de inconvenientes y otro tanto puede decirse de la regla de solidaridad pasiva en los supuestos de pluralidad de posibles causantes.

i. Responsabilidad por riesgo de daño futuro como respuesta a la incertidumbre causal<sup>234</sup>

De nuevo, una opción para eludir los problemas de incertidumbre causal consiste en compensar por la mera exposición o, más concretamente, compensar el incremento de riesgo derivado de la exposición. Como se ha indicado más arriba, esto logra transmitir los incentivos adecuados para la prevención. Si ninguna víctima decidiera esperar hasta la manifestación de su enfermedad para demandar, en términos agregados sería lo mismo compensar a las personas dañadas que compensar a todas las expuestas por el

<sup>230</sup> Por ejemplo y entre otros, *Kumkho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999) que extendió *Daubert* a la prueba técnica. Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials ...*, op. cit., p. 466 y HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability...*, op. cit., p. 126.

<sup>231</sup> Vid. HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability...*, op. cit., pp. 122-126; Pablo SALVADOR CODERCH y Antoni RUBÍ PUIG, “Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de buena ciencia”, *ADC*, Vol. 61, 2008, pp. 5-56; Pablo SALVADOR CODERCH y Antoni RUBÍ PUIG, “Capítulo VIII. Causas de exoneración - Riesgos de desarrollo”, en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 585-656; Pablo SALVADOR CODERCH y Antoni RUBÍ PUIG, “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”, *InDret 1/2008* (www.indret.com) y NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., pp. 33-43.

<sup>232</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., p. 469. Vid. también las inmediatamente anteriores y posteriores a ésta y de las que se ha tomado la información sobre estudios y sentencias de este párrafo.”

<sup>233</sup> Vid. LANDES y POSNER, “Tort Law as a Regulatory Regime...”, op. cit., p. 427: “Lapse of time creates an opportunity for all sorts of other causal factors to come into play”.

<sup>234</sup> Para una presentación desde el análisis económico del derecho de ésta y otras respuestas a la incertidumbre causal, vid. Omri BEN-SHAHAR, “Causation and Foreseeability”, en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 83-108, pp. 91 y ss.

incremento del riesgo<sup>235</sup>. Así, si el incremento del riesgo es del 10%, al responsable de la exposición le cuesta lo mismo compensar a 100 personas con 10 €, que a 10 con 100 €.

Sin embargo, y como se explica en otros lugares del trabajo, la aplicación de una regla de responsabilidad por riesgo de daño futuro puede agotar los recursos disponibles para la compensación, generar crisis de litigación, infracompensar a las víctimas y enriquecer injustamente a algunos demandantes.

ii. Distribución de responsabilidad en supuestos de incertidumbre causal e incentivos a la precaución: reglas legales y jurisprudenciales británicas

Otra opción, consiste en esperar a que se concrete el daño y, entonces, hacer responder a los posibles causantes o bien solidariamente o bien parciariamente, por ejemplo, según la cuota en que se incrementó el riesgo que acabó concretándose. Ninguna de las opciones está exenta de problemas.

En el Reino Unido, la cuestión dio lugar a interesantes desarrollos jurisprudenciales y legislativos. En *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd. and others*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32<sup>236</sup>, la Cámara de los Lores interpretó los requisitos de prueba de causalidad de forma favorable a los demandantes. Sin embargo, la distribución de la responsabilidad entre los potenciales causantes, no se planteó ante la Cámara. En consecuencia, surgió la duda de si la responsabilidad era solidaria —como sucedía en otros supuestos de pluralidad de responsables— o parciaria. Pocos años después, en *Barker v. Corus (UK) plc., Murray v. British Shipbuilders (Hydrodynamics) Ltd. and others, Patterson v. Smiths Dock Ltd. and others* [2006] UKHL 20<sup>237</sup>, la Cámara resolvió la cuestión y concluyó que lo correcto era aplicar una regla de responsabilidad por cuota de incremento de riesgo. Posteriormente, el legislador estableció expresamente una regla de solidaridad para estos casos en la *Compensation Act 2006* de 25 de Julio de 2006.

En *Fairchild*, se planteaba quién debía responder en casos de mesotelioma en los que dos o más empleadores expusieron a la víctima a las fibras de aquel mineral y todos ellos habían infringido deberes de seguridad. Dos trabajadores habían fallecido y un tercero había enfermado de gravedad, como consecuencia de mesotelioma derivado de exposición laboral al amianto en diferentes etapas de su vida laboral. Las viudas de los dos primeros y el tercero demandaron a algunos de los causantes de las exposiciones. En primera instancia, sólo se estimó la demanda de éste último y en segunda instancia, se desestimaron las tres. La Cámara de los Lores atenuó las exigencias probatorias del nexo causal y resolvió los casos a favor de los demandantes.

<sup>235</sup> Vid., además de la literatura citada más arriba, LANDES y POSNER, “Tort Law as a Regulatory Regime...”, *op. cit.*, pp. 425 y 426.

<sup>236</sup> Sobre la sentencia, vid. Tony WEIR, “Making It More Likely v. Making It Happen”, 61 *CLJ* 519 (2002) y el resumen y los case notes de derecho comparado publicados en *ERPL* 2/2004. Algunos law lords se refirieron de manera tangencial a la regla de solidaridad, vid. los judgments de Lord Bingham of Cornhill (34), Lord Hutton (117) y Lord Rodger of Earlsferry (125), éste último teniendo en cuenta las obligaciones de las partes.

<sup>237</sup> Sobre la sentencia, vid. Toby ROBINSON, “Barker v. Corus: The UK Asbestos Story Continues”, *Mealey’s Litig. Rep. Reinsurance*, July, 5 2006.

En *Barker* se planteó la misma cuestión pero en relación con hechos con alguna diferencia relevante. Tres trabajadores habían fallecido como consecuencia de mesotelioma derivado de la exposición al amianto en diferentes compañías, algunas de ellas insolventes. Uno de los trabajadores, precisamente Mr. Barker, también había estado expuesto al amianto durante la realización de trabajos por cuenta propia. Las compañías demandadas fueron condenadas en primera instancia -con reducción del 20% por la contribución de la víctima al daño en relación con Barker- y segunda instancia. La Cámara de los Lores, en cambio, estableció la responsabilidad parciaria de las demandadas en proporción al incremento del riesgo de que los fallecidos contrajeran mesotelioma.

La *Compensation Act 2006* supuso el, por así decirlo y aunque con alguna provisión para poder paliar los efectos en el *solvens* de la insolvencia de los corresponsables, el regreso a la solidaridad. Según el art. 3 (2)<sup>238</sup>, la persona responsable del mesotelioma sufrido por otra lo es:

“(a) por todo el daño causado a la víctima por la enfermedad (con independencia de que la víctima también fuera expuesta al amianto:

- i. por, además del responsable, otra persona, en circunstancias de las que resulta responsabilidad civil o no, o
- ii. por el propio responsable [en otras ocasiones] y en circunstancias de las que no se deriva para él responsabilidad civil, y

(b) solidariamente con cualquier otra persona responsable”.

Desde la perspectiva de la prevención, la solidaridad en supuestos de incertidumbre causal es una regla que puede fomentar conductas oportunistas como indicó entre nosotros GÓMEZ LIGÜERRE<sup>239</sup>.

La incertidumbre causal en la relación externa, no acostumbra a disiparse en la interna, por lo que en esta última los tribunales suelen optar por una división de la deuda en partes alícuotas e independientemente de la contribución causal al daño. Si la contribución al daño de los corresponsables es similar, la regla es acertada. Si es dispar, la regla conduce a que quien más contribuyó al daño responde por menos de lo que le correspondería en un régimen de parciariedad. En consecuencia, tiene más incentivos a seguir causando daños.

<sup>238</sup> Vid. *Compensation Act 2006*, art. 3 (2): “*The responsible person shall be liable-*

(a) *in respect of the whole of the damage caused to the victim by the disease (irrespective of whether the victim was also exposed to asbestos –*

*i. other than by the responsible person, whether or not in circumstances in which another person has liability in tort, or*

*ii. by the responsible person in circumstances in which he has no liability in tort), and*

(b) *jointly and severally with any other responsible person”.*

<sup>239</sup> En relación con lo que se indica en este párrafo y los que siguen sobre la regla de solidaridad de deudores de indemnización de responsabilidad civil, vid. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad...*, op. cit., pp. 201-230 y “Solidaridad y prevención....”, pp. 18-25 y la doctrina citada por el autor.

Por otra parte, si uno de los corresponsables tiene solvencia limitada, se producen otros efectos negativos adicionales. El corresponsable menos solvente puede causar el daño en la confianza de que la víctima no se dirigirá contra él, sino contra los más solventes y que responderá, a lo sumo, en vía de regreso y por una porción del daño inferior a la que causó. Si ni siquiera es solvente para cubrir su cuota, el resto de corresponsables se harán cargo de su insolvencia.

En otras palabras, la solidaridad funcionaría como un seguro y como tal, no sería ajena a los problemas de selección adversa y riesgo moral que son propios del seguro. Pero, a diferencia de las compañías de seguro, los corresponsables pueden que no estén especializados en la gestión de riesgos y el corresponsable que disfruta de la limitación de responsabilidad no paga ninguna prima.

Es cierto, que la solidaridad también puede fomentar que los participantes en una actividad peligrosa se controlen entre ellos y que el grupo contemple la expulsión de los participantes más imprudentes. Sin embargo, este control no siempre es posible. Un cazador puede elegir a los miembros de su partida de caza. Un empresario difícilmente puede elegir a sus competidores. Tampoco a las empresas que deciden establecer su centro de producción al lado del suyo. Sin embargo, puede tener que responder solidariamente con ellos en supuestos de incertidumbre causal.

En relación con la responsabilidad por cuota de contribución al riesgo concretado, ésta no deja de ser una forma de responsabilidad parciaria que puede funcionar bien cuando pueda determinarse tal cuota. De lo contrario, cualquier distribución de la responsabilidad será arbitraria. Con todo, si se adoptan criterios objetivos como la duración de la exposición, la intensidad de la exposición o la peligrosidad del tipo de material utilizado<sup>240</sup>, algo se habrá conseguido en términos de prevención: presumiblemente, los agentes tendrán incentivos a reducir el tiempo e intensidad de la exposición. En cualquier caso, deberá asumirse que el cálculo de la cuota es aproximativo y reconocerse tal cosa expresamente. A medida que avance la genómica y se tenga un mayor conocimiento de la evolución de las enfermedades y de sus causas podrán corregirse algunas de las imperfecciones actuales.

#### *b. Errores judiciales y prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual*

Asimismo, la latencia de algunos daños dificulta la prueba de la negligencia, el defecto de producto o la contribución al daño de la culpa de la propia víctima. El transcurso del tiempo complica la práctica de pruebas documentales y testificales. En los casos de producto defectuoso, puede, incluso, que la víctima no esté en situación de probar que consumió o estuvo expuesta a un determinado producto, como al parecer les sucedió a algunas víctimas de la talidomida españolas<sup>241</sup>.

<sup>240</sup> Estos criterios son prácticamente idénticos a los que propusieron algunos *Law Lords* en *Barker*. Vid. los *judgments* de Lord Hoffmann (48) y Lord Scott of Foscote (62).

<sup>241</sup> Vid. "50 años del desastre de la talidomida", TVE, 29 de agosto de 2009. Disponible en <http://www.rtve.es/mediateca/videos/20090829/anos-del-desastre-de-talidomida/575054.shtml>.

En marzo de 2010, el Gobierno español preparaba un Real Decreto que establecería un fondo dotado con alrededor de 1,6 millones de euros y que indemnizaría a 24 víctimas de la talidomida con cantidades entre 30.000 y 100.000 €, compatibles con otras prestaciones sociales. Probablemente, son más las víctimas de la talidomida, pero por el momento éstas son las únicas que han podido probar clínicamente el nexo causal entre la talidomida y sus malformaciones<sup>242</sup>.

#### i. Tipología de errores e incentivos a la prevención

Si la regla aplicable es de negligencia y los problemas probatorios conducen a errores en su aplicación judicial (*legal error*), los incentivos para la prevención del daño no serán los correctos. Considérense los siguientes dos tipos de errores:

- Falsos negativos: el juez o tribunal exime de responsabilidad al demandado a pesar de que no adoptó el nivel de precaución adecuado.

- Falsos positivos: el juez o tribunal condena al demandado a pesar de que adoptó el nivel de precaución adecuado.

Ambos errores disminuyen los incentivos a adoptar la precaución adecuada porque los beneficios de hacerlo son menores que en ausencia de aquellos. Infringir la precaución adecuada no supone necesariamente una condena de responsabilidad civil y respetarla no significa necesariamente la evitación de aquella<sup>243</sup>.

Contrarrestar ambos errores es complejo. Las reglas procesales que conducen a los resultados más precisos son también aquellas cuya implementación genera mayores costes<sup>244</sup>. En este sentido y desde un punto de vista de economía del bienestar, las reglas procesales que conducen a una mayor precisión son deseables únicamente cuando sus beneficios esperados en términos de prevención de daño son superiores a sus costes esperados<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> “Indemnización para las víctimas de la talidomida 40 años después”, *El País*, 23 de marzo de 2010 ([www.elpais.com](http://www.elpais.com)).

<sup>243</sup> Vid. MICELI, *The Economic Approach...*, op. cit., p. 51: “[L]et  $q_1$  be the probability of a type I error, and let  $q_2$  be the probability of a type II error. Consider first an injurer who takes care. Under a perfectly functioning negligence rule, he would face no liability, but with error, he faces expected liability of  $q_2D$  (where  $D$  is the victim damage). Similarly, an injurer who does not meet the due standard would face liability of  $D$  under a perfectly functioning negligence rule, but with error he only faces expected liability of  $(1 - q_1)D$ . Thus, the injurer’s gain from taking care (that is, his savings in liability) is given by  $(1 - q_1)D - q_2D = (1 - q_1 - q_2)D$ ”.

<sup>244</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, op. cit., p. 249: “Legal procedures that produce more accurate outcomes typically will lead to more desirable behavior. Consider the extreme example of a purely random procedural system. It would do nothing to channel behavior in accord with substantive legal rules (...) The primary disadvantage of more accurate legal procedures, of course, is that they usually increase the costs of the legal system, which reduces the well-being of the parties (or of the citizens generally, to the extent that financing court costs requires higher taxes)”.

<sup>245</sup> *Id.*, p. 258: “(...) Welfare economics (...) favors whichever rule –procedural accuracy when its costs are low, and no accuracy when its costs are high- is best for the individuals affected by the rule”.

- ii. Ejemplo de dificultades en la prueba de presupuestos de responsabilidad civil extracontractual: la prueba de la negligencia y el concepto económico de negligencia

En cualquier caso, para que la prevención a través de la responsabilidad civil extracontractual conduzca al nivel óptimo de precaución jueces y tribunales deben aplicar el concepto económico de negligencia, según el cual existe negligencia cuando los costes de prevenir el daño sean inferiores a los daños causados multiplicados por su probabilidad. El Juez Learned Hand lo expresó en términos algebraicos en *U.S. v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947):  $B < P \cdot L$ .

A los efectos que aquí interesan, en *US v. Carroll* se discutía si existía negligencia contributiva<sup>246</sup> del propietario de la “Anna C”, una barcaza que se había hundido en el puerto de la ciudad de Nueva York el 4 de enero de 1944. Con todo, la regla resultante se aplica a la negligencia en general.

La “Anna C”, cargada con harina propiedad de los Estados Unidos de América, estaba amarrada junto con otras en un muelle. Alrededor de las dos de la tarde, las operaciones de los tripulantes de un remolcador provocaron que la línea de barcasas se desamarrara y quedara a la deriva. La “Anna C” colisionó entonces con un petrolero y se separó del resto de barcasas. La hélice del petrolero abrió, además, una brecha en el casco de la “Anna C”, que acabó hundiéndose.

Al parecer, el barquero no estaba a bordo cuando ocurrieron los hechos. Aunque no había una regla que estableciera la responsabilidad del propietario de la barcaza por la ausencia de barquero, el tribunal consideró que el barquero debía haber estado a bordo durante el día y en horas laborales, con más motivo si se tiene en cuenta las pocas horas de luz de los días de enero, el intenso tráfico bélico y las prácticas portuarias. En uno de los fundamentos de derecho más citados puede leerse que la obligación del propietario de la barcaza de prevenir el daño es una función con tres variables:

“(1) La probabilidad de que [la barcaza] se desamarre; (2) la gravedad de los daños resultantes si se desamarra; (3) los costes del nivel de las precauciones adecuadas.

---

<sup>246</sup> La negligencia contributiva impide compensar el daño cuando la negligencia de la víctima contribuyó a su causación. La negligencia comparativa pura, en cambio, únicamente tiene en cuenta la contribución de la negligencia de la propia víctima a la causación del daño para reducir la compensación proporcionalmente a. A medio camino entre las dos, la negligencia comparativa modificada, excluye la compensación cuando la negligencia de la víctima supera (en algunos estados, también cuando es igual) a un determinado umbral, generalmente, 50%.

El análisis económico tradicional entendía que las reglas de negligencia comparativa y negligencia contributiva conducían a niveles de precaución y actividad óptimos si la información era perfecta y los jueces –o jurados– eran inmunes al error. Sin embargo, esto es mucho asumir. Los modelos que introducen incertidumbre, error judicial, posibilidad de que los individuos no respondan a los incentivos creados por las reglas, precauciones adoptadas simultáneamente por causante y víctima, precauciones sucesivas o asimetrías de información no han logrado un consenso sobre qué regla es mejor a efectos preventivos. Vid. Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES y Fernando GÓMEZ POMAR, “Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature”, en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 46-79.

(...) [E]n términos algebraicos: si la probabilidad es P (*probability*), el daño L (*injury*) y la carga de adoptar los costes de precaución B (*burden of adequate precautions*), la responsabilidad dependerá de si B es menor que L multiplicado por P: es decir, si B es menor que PL”<sup>247</sup>.

El § 3 *Restatement Third (Torts): Liability for Physical and Emotional Harm* (en adelante, RTT:LPH) optó por un test similar al de la fórmula de Hand al definir el concepto de negligencia como sigue:

“Una persona actúa de modo negligente si no toma la precaución razonable consideradas todas las circunstancias. Factores a tener muy en cuenta al determinar si la conducta de una persona no cumple con la precaución razonable son la probabilidad predecible de que la conducta de la persona cause daños, la magnitud predecible de cualquier daño que pueda resultar, y la carga que supone la adopción de precauciones para eliminar o reducir el riesgo de daño”<sup>248</sup>.

En ordenamientos como el español, la aplicación del concepto económico de negligencia es todavía excepcional, aunque cuenta con algún ejemplo notorio y, muy probablemente, los jueces y tribunales cotejen precauciones y daños al decidir los casos de responsabilidad civil extracontractual. Generalmente, se entiende que el demandado incurrió en culpa o negligencia si infringió deberes de cuidado, pero pocas veces se determinan éstos de conformidad con la fórmula de Hand, sino más bien de acuerdo con criterios normativos, usos del tráfico o estándares de una indeterminación notoria como los de “diligencia socialmente necesaria” o los “integrados en la conciencia social”<sup>249</sup>.

SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE señalaron que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20; MP: Ricardo Enríquez Sancho), que resolvió el caso *España c. Boliden Apirsa*, “define el concepto de negligencia de una forma que resulta inevitablemente familiar para cualquier analista económico del derecho. Así (...) el Tribunal señaló:

<sup>247</sup> Vid. *U.S. v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), 173: “the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. (...) in algebraic terms: if the probability be called P; the injury L, and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B is less than PL” [tomo el extracto de EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., p. 208]. Una descripción vívida del caso y de sus circunstancias puede leerse en Stephen G. GILLES, “United States v. Carroll Towing Co.: The Hand Formula’s Home Port”, en Robert L. RABIN y Stephen D. SUGARMAN, *Torts Stories*, Foundation Press, New York, pp. 11-39. En lengua española, vid. SALVADOR y CASTIÑEIRA, *Prevenir...*, op. cit., p. 133 y ss.

<sup>248</sup> Vid. RTT:LPH, § 3. *Negligence*: “A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances. Primary factors to consider in ascertaining whether the person’s conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person’s conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.” Tomo el extracto de EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., p. 209.

<sup>249</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, op. cit., p. 100. Tal vez, expresiones del tipo de las que cierran el párrafo escondan un razonamiento económico como sugirió Ronald COASE, Premio Nobel de Economía en el año 1991, en relación con expresiones como “reasonable” o “common ordinary use”. Vid. Ronald COASE, “The Problem of Social Cost”; 3 *J.L. & Econ.* 1 (1970), p. 22.

«La diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados, de tal modo que tanto mayor sea la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado y que en el caso precedente, “Boliden Apirsa, SL” estaba obligado a observar la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron»<sup>250</sup>.

Más recientemente, otras sentencias han tenido en cuenta eArt. 4:102 de los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil, que, entre otros criterios de razonabilidad, tiene en cuenta “la naturaleza y el valor del interés protegido”, “previsibilidad del daño”, “disponibilidad y (...) coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”. Un ejemplo de las sentencias a las que se hace referencia es la del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009\144; MP: José Antonio Seijas Quintana).

Incluso si más jueces y tribunales adoptaran el concepto económico de negligencia, su aplicación no está exenta de dificultades prácticas<sup>251</sup>. Es cierto que la fórmula de Hand no requiere un cálculo exacto de cada uno de sus componentes, es decir, coste de precaución, probabilidad del daño y magnitud de este último. De todos modos, este trabajo contiene ejemplos en los que ni siquiera es posible un cálculo aproximado en términos muy generales. La latencia de los daños, lo inusual de los hechos que conducen a algunos daños masivos y el estado de la ciencia, entre otros factores, dificultan sobremanera ese cálculo.

La existencia de normas de seguridad puede guiar al juez, pero si éstas establecen un estándar de precaución poco exigente, los demandados deberían haber adoptado otro superior que fuera óptimo. En consecuencia, el juez deberá calcularlo de todos modos y no está de más recordar lo difícil que resulta tal cosa tratándose de responsabilidad civil por daños masivos<sup>252</sup>.

Asimismo, jueces y jurados no son inmunes a sesgos cognitivos como el sesgo de retrospección, que se analizará más abajo y que en los contextos que aquí interesan explica la tendencia a sobrevalorar las posibilidades que tuvo el demandado de evitar

<sup>250</sup> Vid. SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, “España c. Boliden Apirsa”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>251</sup> Para una breve crítica a la dificultad de aplicar un test de negligencia en determinadas circunstancias, vid. Richard A. EPSTEIN, “Multiple Standards of Liability in Tort Law: Of Context and Categories”, en TortsProf Blog (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspof/>), February 1, 2010. Sin embargo, el autor también señala que en muchos contextos las reglas de responsabilidad objetiva tampoco alcanzan los resultados esperados.

<sup>252</sup> Vid. FIORE, “No-Fault...”, *op. cit.*, p. 417 y la literatura allí citada: “*the precise determination of the optimal level of care might be hindered by uncertainties around the risk considered (...) Information costs are thus high. This is particularly the case with catastrophic, technological or development risks (...) Under a negligence rule, it is the judge who fixes care levels. Given his potential lack of information, he might underestimate them. Of course this problem can be reduced when the care level has been determined through safety regulation (...) However, in cases where the statutory level is set too low, the judge may still be required to examine whether the optimal care level was higher than the level of care under the regulation and thus still bears the information costs of finding out what optimal care was.*”

el daño o las probabilidades de que éste sucediera. Algunos experimentos económicos sugieren que los jurados que aplican la fórmula de Hand llegan a conclusiones sobre si una conducta es negligente que difieren de las que alcanzarían si desconocieran si la acción u omisión del actor produjo el daño<sup>253</sup>.

### c. Probabilidades acumuladas

La concurrencia de incertidumbre causal y problemas de prueba de la negligencia reducen todavía más las probabilidades de dictar un fallo indemnizatorio correcto.

Así, una probabilidad del 60% de que el demandado sea negligente y una probabilidad del 60% de que el demandado sea la causa del daño, nos deja con una probabilidad acumulada a favor de la estimación de la demanda de un 36%. La razón, como explica FARNSWORTH con cita de la literatura más relevante en este punto, es que en supuestos de acumulación de probabilidades, éstas deben multiplicarse, no sumarse<sup>254</sup>.

### d. Daño indemnizable y cuantificación del daño

Incluso cuando la causación y la culpabilidad están fuera de toda duda, puede que aquella se cierna sobre el carácter indemnizable del daño o sobre su cuantificación económica.

Existen dos problemas recurrentes con independencia de la causa del daño. El primero es cómo evaluar los daños no patrimoniales, pues, es bien sabido y se volverá sobre ello más adelante con cita de literatura secundaria, reducción del nivel de utilidad que no puede ser compensada con dinero o con bienes intercambiables por dinero. El segundo es si deberían tenerse en cuenta los riesgos evitados por el demandado a los efectos de reducir la responsabilidad por los daños efectivamente causados.

#### i. Daño, riesgo y genómica: jurisprudencia sobre placas pleurales en Estados Unidos, Gran Bretaña y España

La litigación por daños masivos ha dado lugar a nuevas categorías de daños. Si éstas tienen carácter compensable o no es una cuestión que conoce respuestas muy diversas, todas ellas controvertidas. Así, se discute si constituyen daño los marcadores radiológicos de exposición a una determinada sustancia tóxica, la angustia ante la posibilidad de contraer una enfermedad maligna derivada de la exposición o del diagnóstico de esos marcadores, el incremento de riesgo, una combinación de estos nuevos tipos de daños, o los gastos de seguimiento médico de la evolución del estado de salud del demandante. Estas cuestiones se han planteado, por ejemplo, en la litigación por daños derivados de la exposición al policloruro de bifenilo (PCB) o al amianto en Estados Unidos y en diferentes ordenamientos europeos<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> Vid., por ejemplo, los citados en ULEN, "The View from Abroad...", pp. 228 y 229, Mg. 71.

<sup>254</sup> Vid. FARNSWORTH, *The Legal Analyst...*, op. cit., p. 273.

<sup>255</sup> Sobre las demandas por angustia, incremento de riesgo o seguimiento médico en la litigación por daños derivados de la exposición al policloruro de bifenilo y el amianto, vid. HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability...*, op. cit., pp. 631-654 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., p. 24. En relación con los derivados de la

La cuestión ha tenido especial incidencia en la litigación por daños del amianto y en relación con las placas pleurales asintomáticas<sup>256</sup>, así como la angustia y el incremento de riesgo derivados de su diagnóstico o, incluso, de la mera exposición al amianto. En las jurisdicciones británicas y estadounidenses, las acciones de demandantes asintomáticos (*unimpaired*) llegaron a constituir amplia mayoría en la litigación por daños del amianto durante los años noventa y buena parte de la primera década de este siglo<sup>257</sup>. El Tribunal Supremo federal de Estados Unidos y, más recientemente, la Cámara de los Lores británica intentaron atajar la tendencia, estableciendo el carácter no compensable de este tipo de daños. En cambio, la Corte de Casación francesa ha considerado compensable la angustia derivada de la exposición al amianto.

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo federal negó el carácter compensable de estos daños en *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424 (1997). Con todo, algunos años después, en *Norfolk & Western Railway Co. v. Ayers et al.*, 538 U.S. 135 (2003), consideró indemnizables la angustia y los gastos de seguimiento médico de antiguos trabajadores de una compañía de ferrocarriles. Ahora bien, en *Ayers* los demandantes ya habían desarrollado asbestosis<sup>258</sup>.

En el Reino Unido, el caso de referencia que también denegó el carácter compensable de estos daños es *Johnston v. NEI International Combustion Limited, Rothwell v. Chemical and Insulating Company Limited and others, Topping v. Benchtown Limited and Grieves v. F.T. Everard & Sons and others* [2007] UKHL 39 (Wednesday 17 October 2007). En Escocia, la doctrina que emana de *Johnston v. NEI* fue dejada sin efecto por el legislador de aquel país en 2009. La legislación fue impugnada judicialmente, pero, al menos hasta marzo de 2010, sin éxito<sup>259</sup>.

En Francia, la Corte de Casación ha considerado compensable la angustia derivada de la exposición al amianto. Aunque la fundamentación jurídica es parca, ésta es la conclusión que puede extraerse del Arrêt n° 939 du 11 mai 2010, *Société Ahlstrom Labelpack, société par actions simplifiée c. M.G... X...et autres*.

---

exposición al amianto, vid. también Miquel MARTÍN CASALS, "Introduction to the Annotations to *Johnston v. Nei International Combustion Ltd.*", 17 *ERPL* 177 (2009) y los *case notes* nacionales que siguen.

<sup>256</sup> Las placas pleurales son, según AGUDO, *Mesotelioma...*, *op. cit.*, p. 17 y como se ha señalado con más detalle más arriba, "engrosamientos focales de fibrosis hialina localizados preferentemente en la pleura parietal" que, generalmente, "constituyen un hallazgo radiológico" y que, aunque "no afectan la función pulmonar", constatan la presencia de fibras de amianto, un agente carcinógeno de primer orden.

<sup>257</sup> Vid. Jamie A. GRODSKY, "Genomics and Toxic Torts: Dismantling the Risk-Injury Divide", 59 *Stan. L. Rev.* 1671 (2007), CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation*, *op. cit.*, p. 49, James A. HENDERSON y Aaron D. TWERSKI, "Asbestos Litigation Madness: Have the States Turned a Corner", 20-23 *Mealey's Litig. Rep. Asb.* 19 (2006), p. 823 y "Asbestos Coughing Up", *The Economist*, 4.11.2004.

<sup>258</sup> Sobre las sentencias, vid. AZAGRA, *La tragedia...*, *op. cit.*, pp. 92-94.

<sup>259</sup> Sobre *Johnston v. NEI* (también abreviada como *Rothwell v. Chemical and Insulating Co. Ltd* o *In re pleural plaques*) y las reacciones gubernamentales a que ha dado lugar, vid. Jenny STEELE, "Pleural Plaques in the House of Lords: The Implication for *Page v. Smith*", 67 *C.L.J* 28 (2008), Albert AZAGRA MALO, "Placas pleurales, angustia e incremento de riesgo", *InDret* 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y el "Spanish Case Note" en 17 *ERPL* 177 (2009). Sobre la impugnación judicial de la ley escocesa, vid. "Court upholds Scotland pleural plaques damages law", *Business Insurance*, Jan. 8, 2010, disponible en <http://www.businessinsurance.com>.

En España, se pronunciaron sobre el carácter indemnizable de las placas pleurales la STSJ Galicia, Social, de 19 de junio de 2006 (JUR 2007\208500; MP: Antonio Jesús Outeiriño Fuente) y la SAP A Coruña, Secc. 5ª, 3 de julio de 2006 (JUR 2007\297925; MP: José Manuel Busto Lago), que establecieron que aquellas no constituyen –por sí solas- asbestosis, enfermedad alegada por los demandantes. Asimismo, ambas sentencias señalaron el carácter asintomático de las placas pleurales. En el FD 4º de la primera de ellas, si bien referido en lo esencial a la culpa, puede leerse:

“[D]e los hechos probados se desprende que los diversos informes del Instituto Nacional de Silicosis de Oviedo, han apreciado al actor la existencia de «placas pleurales como constituyentes de una alteración o manifestación pleural benigna en relación con exposición al asbesto». Igualmente en el informe de Tac no se describen imágenes intersticiales que sugieran asbestosis (...) Y el perito que informó en el acto del juicio matizó su informe en el sentido de que la presencia de placas pleurales no es un diagnóstico de enfermedad sino un mero signo o marcador de exposición al amianto, placas que son asintomáticas sin afectación funcional ni insuficiencia respiratoria, y que no parecen haber evolucionado a lo largo del tiempo. Si a ello se añaden los informes del Hospital Arquitecto Marcide-Novoa Santos de Ferrol, en los que se afirma que el demandante está realizando natación y ejercicios, camina dos horas diarias y que no padece disnea, la conclusión que debe extraerse es que su patología, en el estado actual, no evidencia una evolución desfavorable ni resulta invalidante en grado alguno, tal como, además, dictaminó el Instituto Nacional de la Seguridad Social en 17/7/2001”.

No queda claro cómo resuelve la cuestión del carácter indemnizable de las placas pleurales la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid de 14 de octubre (AC 2010\13; Marta María Gutiérrez del Olmo Menéndez). Como ya se ha indicado, la Sentencia condenó a “Uralita, S.A.”, fabricante de productos de fibrocemento, a indemnizar a casi medio centenar de personas en cuantías comprendidas entre 3.000 € y 213.856,61 €, en total más de 1.600.000 €. Una de las demandantes que obtuvieron compensación fue Doña Felicidad, expuesta al amianto durante el lavado de la ropa de trabajo de su marido y a la que a la postre se le reconocería una indemnización de 22.755,96 €. El FD 9º señala que es

“[v]iuda de Don Avelino, que tal y como se ha indicado fue trabajador en la fábrica de Getafe desde 1.959 hasta 1.991 y estuvo en contacto con el polvo de amianto. La Sra. Felicidad se encargaba del lavado de ropa de su esposo. Lo habitual en la empresa durante muchos años era que los propios trabajadores se ocupasen del lavado de la ropa de trabajo que llevaban a sus domicilios. Desde 2.005 tiene diagnosticada la existencia de placas pleurales calcificadas. La Dra. Zaira tras su examen diagnostica *asbestosis pleural*. No existe constancia de que la Sra. Felicidad haya tenido otro contacto con el polvo de amianto que no sea a través de la ropa de su esposo, y la enfermedad que padece está acreditado está causada por la inhalación de polvo de amianto. Por tanto debe estimarse acreditado el nexa causal” [énfasis añadido].

El FD 9º añade el diagnóstico de “asbestosis pleural” [sic.] y el lector no acierta a saber a qué enfermedad se refiere. Si es una asbestosis, debería eliminarse el adjetivo pleural y si es una afectación pleural debería concretarse cuál es. Por la cuantía de la indemnización, parece que la sentencia no se refiere a una asbestosis.

Las STSJ Galicia, Social, 6.2.2004 (AS 2004\1442. MP: José Fernando Lousada Arochena) y la STSJ Galicia, Social, de 25 de mayo de 2009 (JUR 2009\280987; MP: Antonio José García Amor) también compensan patologías pleurales.

La primera se ha comentado más arriba al tratar la exclusión de las enfermedades profesionales de los seguros patronales. Como se indicaba allí, la sentencia reconoció al actor el derecho a una indemnización de 18.000 € por una “asbestosis leve, sin repercusión funcional individualizada”, FD 25º.

La segunda confirma la sentencia de instancia que, a su vez, había reconocido una indemnización de 6.000 € al parecer por “engrosamientos pleurales y atelectasia redonda”, FD 4º.

Sentencias, informes médicos y literatura jurídica probablemente confundieran o no distinguieran con suficiente claridad asbestosis, engrosamientos pleurales difusos y placas pleurales. En este sentido, es posible que existan sentencias que no hayan podido tenerse en cuenta en este trabajo por los motivos apuntados.

Ya sin ambages, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, de 5 de julio de 2010 (Magistrado-Juez Javier Sánchez Beltrán) reconoció el carácter compensable de los daños pleurales. En el FD 6º puede leerse:

“[A]siste plena razón a la parte actora cuando alega que quienes han resultado afectados por el contacto con asbesto, de alguna manera, por mínima que sea, han sufrido una agresión indeseada en su organismo, que debe ser indemnizada. Por otra parte, también ha de concluirse que si, ciertamente, esa agresión queda demostrada, proceda indemnización por daño moral, aunque no proceda indemnización por daño físico, como puede ser el caso de presentar placas pleurales, siempre que no implique merma de la capacidad respiratoria, dado que, en principio como se ha expuesto por los peritos que han intervenido en el presente procedimiento, las placas pleurales son muestra de haber tenido contacto previo con el asbesto; y es procedente la indemnización por daño moral, incluso en esos casos, porque la persona que tiene placas pleurales debe, al menos, vigilar su salud y someterse a controles periódicos”.

En dos artículos recientes<sup>260</sup> defendí que las placas pleurales —o la conjunción de éstas, de angustia y de incremento de riesgos— no deben constituir daños indemnizables en derecho español. Los motivos los resumo a continuación. Añado algunas aclaraciones adicionales que no se incluyeron en aquellos artículos y tres nuevos motivos (párrafos 4, 10 y 11):

<sup>260</sup> Vid. AZAGRA, “Placas pleurales...”, op. cit. y “Spanish Case Note [to Johnston v. Nei International Combustion Ltd.]”, 17 ERPL 177 (2009).

1. Salvo contadas excepciones, las placas pleurales son asintomáticas. Aunque constituyen marcadores de exposición al amianto, rara vez van acompañadas de los síntomas propios de otras enfermedades del amianto.
2. La fecha de diagnóstico de placas pleurales no constituye el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria. En consecuencia, no es necesario interponer la demanda para interrumpir aquel plazo<sup>261</sup>.

El motivo pierde fuerza en relación con otros ordenamientos que prevén un plazo de preclusión a contar desde la exposición u otro hecho causante. Transcurrido el plazo, las acciones no pueden ser ejercitadas sin importar que el daño se manifieste después. Con una regla de responsabilidad por daño futuro esto último no tendría trascendencia: no sería necesario esperar a la manifestación para interponer la demanda<sup>262</sup>.

El Código Civil de Cataluña prevé un plazo de preclusión de treinta años en el art. 121-24 CCCat<sup>263</sup>, sin embargo el *dies a quo* es el del nacimiento de la pretensión, que, generalmente, no tendrá lugar antes de la determinación de los daños que se reclaman:

“Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos”.

Como señala LAMARCA, el plazo de preclusión no cumplirá su función de limitación temporal de la responsabilidad en relación con los daños latentes si no se modifica o si no tiene lugar una interpretación judicial correctora<sup>264</sup>. En cualquier caso, aquí interesa señalar que, a la espera de lo que hagan el legislador y los jueces catalanes, no parece que la regulación de la preclusión en el CCCat puede servir de argumento para admitir el carácter compensable de las nuevas categorías de daños.

3. No puede afirmarse, sin más, que el incremento del riesgo de desarrollar una enfermedad cumple el requisito de certeza del daño en su existencia y cuantía<sup>265</sup>. El requisito

<sup>261</sup> En cualquier caso, si el problema de la prescripción existiera, la respuesta más adecuada sería el establecimiento de los *deferral registries* o *inactive dockets* o *pleural registries*, a los que se ha hecho referencia en la parte final del Capítulo I.

<sup>262</sup> En PORAT y STEIN, “Liability for Future Harm”, *op. cit.*, p. 24 se apunta aunque deja abierta la cuestión de si la responsabilidad por daños futuros debe servir a este fin.

<sup>263</sup> El lector interesado en la regulación de la prescripción y caducidad en el derecho civil de Cataluña, puede consultar Antoni VAQUER ALOY y Albert LAMARCA I MARQUÉS (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005. El comentario del Art. 121-24 CCCat corre a cargo de Albert LAMARCA I MARQUÉS y puede consultarse en las pp. 281-285.

<sup>264</sup> Vid. LAMARCA, “Comentari a l’art. 121-24 CCCat”, *op. cit.*, pp. 281-285.

<sup>265</sup> Sobre el principio de certeza del daño, vid. Elena VICENTE DOMINGO, “El Daño”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 1, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 303-443.

de certeza no veda la compensación del daño futuro, pero siempre que no sea eventual o hipotético, pues si a la postre no se produjera el daño, el demandante se habría enriquecido injustamente<sup>266</sup>.

Cualquier cómputo basado en previsiones de futuro puede conducir a un enriquecimiento injusto. Sin embargo, tales cómputos son habituales en la práctica judicial. En muchos casos de responsabilidad civil por daños personales, por ejemplo, se compensa la pérdida de ingresos futuros, cuya cuantía depende en parte de la esperanza de vida de la víctima. Si ésta fallece antes, también se produce un enriquecimiento<sup>267</sup>. Sin embargo, obsérvese la diferencia: en éste último caso, existe la certeza de que si la víctima sobrevive un número de años lo hará con un lucro cesante que debe ser compensado. En cambio, en los casos que aquí se plantean, ni siquiera se tiene esa certeza, pues la víctima tal vez nunca desarrolle las enfermedades.

4. Permitir que la víctima pueda elegir la indemnización del daño futuro esperado – como, por ejemplo, proponen PORAT y STEIN – tiene como fundamento que una persona con riesgo de padecer una determinada enfermedad está en peor situación que otra que no tiene que convivir con ese riesgo. Cualquier persona racional preferiría, sin duda, ser esta última persona<sup>268</sup>. Sin embargo, compensar el daño futuro esperado no sólo plantea problemas de orden jurídico y práctico que pueden desembocar en una tragedia de los comunes. También puede resultar en la infracompensación de los demandantes que acaben desarrollando la enfermedad, pues la indemnización por riesgo de daño futuro no comprenderá la totalidad del daño.

Puede contraargumentarse que la víctima eligió aquella forma de indemnización y que tuvo la oportunidad de invertirla en financiar los costes adicionales de contratar un seguro de accidente o enfermedad. En relación con lo primero, si la situación financiera de la víctima no era muy holgada, tal vez no se encontrara en la mejor situación para tomar la decisión más adecuada a sus intereses. En relación con lo segundo, aunque la indemnización hubiera permitido financiar el incremento del coste de la póliza de vida o salud, esto resultaría de poca ayuda si no se disponía de ninguna póliza. Es cierto que,

---

<sup>266</sup> Sobre el daño futuro, vid. Miguel Cerdá Olmedo, “Responsabilidad civil por daños futuros”, ADC, Tomo XXVIII, Fascículo III, 1985, p. 623-648.

<sup>267</sup> Vid. LANDES y POSNER, “Tort Law as Regulatory Regime...”, op. cit., p. 429: “Although the computation of damages in such a case would be probabilistic, in the sense that it would result in giving many accident victims a windfall, viewed ex post, the problem is no different from that which arises in computing lost future earnings, and other losses of future values, in ordinary tort cases. These computations are based on life expectancies and therefore produce windfalls for anyone who would not in fact have lived to his expected age –roughly half the plaintiffs”.

<sup>268</sup> Vid. PORAT y STEIN, “Liability for Future Harm”, op. cit., p. 25: “Consider two people who happen to be equal in all respects except one: one of those people has a prospect of developing a serious illness in the future, while the other has no such prospect. The second person’s well-being outscores the well-being of the first person (if forced to live one of those people’s lives, a rational individual would prefer to be the second person rather than the first). Assume now, that the first person did not come upon this misfortune by himself. His prospect of becoming seriously ill resulted from exposure to a toxic substance by a negligent wrongdoer. We argue that under such circumstances, the law should allow the prospective victim to choose between immediate recovery of compensation for his expected harm and a postponed entitlement to recover full compensation in the event of illness (...).”.

hipotéticamente, el demandante podría haber contratado un producto que cubriera sólo las consecuencias del incremento de riesgo indemnizado, pero tal vez no encuentre un producto de esas características en el mercado.

5. A efectos preventivos, la amenaza de futuras condenas cuando se manifiesten los daños mitiga –aunque sea sólo en parte–<sup>269</sup> la ausencia de condenas indemnizatorias en el momento presente. Asimismo, y sin que esto sirva de negación de los efectos preventivos de la responsabilidad civil, la amenaza de sanciones administrativas y, en su caso, penales, también transmiten incentivos a la prevención.

6. Aunque rijan una concepción amplia del daño moral<sup>270</sup>, la angustia de la que no se tiene certeza médica no debería ser indemnizada. A diferencia de lo que ocurre en otros estados, en España el daño moral puede ser indemnizado sin necesidad de que concorra daño corporal<sup>271</sup>. Tampoco es necesario que el daño moral consista en alguna forma de angustia que se pruebe médicamente<sup>272</sup>. Pero otra cosa bien diferente y mucho más extrema es pretender acumular excepción sobre excepción para compensar a demandantes sin daño corporal y sin diagnóstico médico fiable de su angustia. Con mayor motivo, si se tiene en cuenta que tales demandantes tal vez no desarrollarán la enfermedad en cuestión.

7. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia negó el carácter compensable de la angustia en casos de radiofármacocontaminado con la enfermedad de Creutzfeld-Jakob. Entre mayo y noviembre de 1997, hospitales públicos y privados gallegos administraron a decenas de pacientes un radiofármaco para el diagnóstico de embolias pulmonares que resultó potencialmente contaminado con una variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Galicia recaída en este ámbito –resumida por GILI– confirmó las resoluciones de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia que desestimaron las solicitudes de los pacientes en reclamación de: (i) indemnización de daños morales derivados de la

<sup>269</sup> Ciertamente, lo hace sólo en parte. Recuérdese que las amenazas inmediatas afectan más que las futuras, especialmente, tratándose de compañías cuyos directivos y empleados pueden tomar decisiones que afecten a la compañía cuando ya la hayan abandonado.

<sup>270</sup> Vid. W. V. Horton ROGERS, “Comparative Report”, en W. V. Horton ROGERS (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien-New York, 2001, p. 246, Mg. 3 y, en esa misma obra colectiva, Miquel MARTÍN CASALS, Jordi RIBOT y Josep SOLÉ, “Spain: Non-Pecuniary Loss Under Spanish Law”, pp. 192-243. Para un tratamiento reciente del daño moral en nuestra jurisprudencia y un intento de conceptualización del daño moral, vid. Luis DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

El concepto de daño moral que resulta del art. 10:301 (“Daño no patrimonial”) de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* también puede interpretarse de forma amplia. Vid. el comentario de ROGERS, “Comment to Art. 10.301”, *op. cit.*, pp. 171-178. Con todo, los comentaristas de los *Principios*, señalan que la compensación del daño no patrimonial puede ser algo más restrictiva que la de los daños patrimoniales. Vid., además del comentario de ROGERS, Helmut KOZIOL, “Comment to Art. 2:101”, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 27-29, § 5, p. 28: “Art. 10:301 reveals that compensation of non-pecuniary damage may be more restricted than that of pecuniary damage (...)”.

<sup>271</sup> Vid. MARTÍN *et al.*, “Spain...”, *op. cit.*, pp. 192-243, p. 195, Mg. 12.

<sup>272</sup> En esta línea, vid. la STS, 2ª, 16.5.1998 (RJ 4878\1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz; FD 9º), STS, 2ª, 27.1.2001 (RJ 64\2001; MP: Joaquín Martín Canivell; FD 13º) y la SAP Valencia, Secc. 4ª, 12.2.1999 (AC 377\1999; MP: Manuel Benigno Flórez Menéndez; FD 4º).

angustia ante la posibilidad de contraer la enfermedad; (ii) creación de áreas multidisciplinares que ofrecieran asistencia, asesoramiento y seguimiento médico<sup>273</sup>.

En los casos de daños del amianto se conoce, al menos, que la exposición al amianto puede llegar a causar enfermedades malignas aunque tal vez el demandante no las desarrolle nunca. En los del radiofármaco, en cambio, únicamente se conocía la potencial contaminación del mismo con la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob. Ahora bien, las dos constelaciones de casos se refieren, en lo sustancial, a la misma cuestión: ¿debe indemnizarse la angustia de un daño incierto en su concreción?

8. La nómina de potenciales demandados puede incrementar notablemente si se amplía el concepto tradicional de daño moral y, en consecuencia, se considera que la angustia es indemnizable<sup>274</sup>.

9. Los recursos disponibles para la compensación de las víctimas son limitados. La experiencia de derecho comparado en Estados Unidos y Reino Unido desaconseja destinarlos a demandantes asintomáticos en perjuicio de víctimas de gravedad presentes o futuras.

El riesgo de una litigación desbordante e injustificada es especialmente intenso en el marco de acciones y transacciones de clase y si otros demandantes asintomáticos han prevalecido en juicio con anterioridad. En cambio, en la fase de formación de una crisis de litigación, las demandas suelen referirse a daños en el sentido jurídico más tradicional<sup>275</sup>.

10. Podría tener sentido reconocer la compensación de los costes de seguimiento médico de la enfermedad, de modo que un diagnóstico precoz permitiera un mejor tratamiento. Con todo, en derecho español, la normativa sobre seguridad e higiene referida a los trabajos con amianto obliga a reconocimientos médicos periódicos de los trabajadores de las industrias del amianto, pero también de los que lo fueron o van a serlo<sup>276</sup>.

11. No habrá que esperar a la manifestación del daño cuando la tecnología permita detectar cambios subcelulares que con una probabilidad próxima a 1 sean capaces

---

<sup>273</sup> Vid. Marian GILI SALDAÑA, "Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob", *InDret 1/2006* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), quien comentó 28 sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de Galicia en 2003 y 2004 en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños derivados del suministro del citado radiofármaco. En lo que aquí interesa, el Tribunal considera que la angustia "es un mal que el paciente viene obligado a soportar". Cfr, por ejemplo, el FD 4º de la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 3.12.2003 (JUR 2004/306327; MP: Benigno López González). GILI SALDAÑA es también autora de una monografía sobre producto sanitario defectuoso: *El producto sanitario defectuoso en derecho español*, Atelier, Barcelona, 2008.

<sup>274</sup> Vid., en este mismo sentido, HENDERSON y TWERSKI, "Asbestos litigation...", *op. cit.*, pp. 832 y 833: "No technologically advanced society can realistically consider compensating for mental distress when the likelihood of contracting cancer or mesothelioma is so remote. Pollutants of all sorts fill the air".

<sup>275</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>276</sup> Vid. art. 16 RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto (BOE núm. 86, 11.6.2006).

de producir la enfermedad. Pero hasta que llegue este momento, no basta con la detección de marcadores de exposición a una determinada sustancia.

El último punto requiere mayor desarrollo. Los avances en genética y genómica pueden ayudar a definir una teoría del daño adaptada a los riesgos tecnológicos propios de sociedades modernas. En particular, puede que permitan conocer a un coste reducido cada una de las etapas que median entre la exposición y la manifestación hasta el punto de determinar en qué momento se ha producido una mutación genética que de modo irreversible o difícilmente reversible conducirán a la manifestación de la enfermedad.

La genética estudia “genes específicos y sus efectos”, mientras que la genómica estudia “las funciones e interacciones de todos los genes del genoma”<sup>277</sup>. Según la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, gen es “la secuencia de ADN que constituye la unidad funcional para la transmisión de los caracteres hereditarios”, mientras que genoma es el “conjunto de los genes de un individuo o de una especie contenido en un juego haploide de cromosomas” (el adjetivo haploide significa, a su vez, “que posee un único juego de cromosomas”)<sup>278</sup>.

Es muy probable que en el futuro los progresos en genética y genómica dejen sin sentido la distinción entre riesgo -no indemnizable- y daño -indemnizable-. Puede que, llegado el momento, no sea necesario esperar a la manifestación de la enfermedad para tratarla. Así, cuando la medicina no sólo diagnostique, sino también trate a un nivel molecular, el coste del tratamiento podrá ser indemnizado cuando se incurra. Esto tal vez conduzca a un incremento de la litigación. Ahora bien, si el tratamiento es eficaz, las indemnizaciones serán inferiores, pues la enfermedad no llegará a desarrollarse<sup>279</sup>.

Por el momento, sin embargo, las pruebas de exposición únicamente deberían motivar la compensación de los costes de seguimiento médicos a modo de remedio intermedio y hasta que se manifieste el daño y proceda su compensación íntegra. Ahora bien, en aquellos ordenamientos en los que tales gastos estén cubiertos por las prestaciones sanitarias públicas, por ejemplo -al menos en cierta medida- el español, tal vez no sea necesario este remedio intermedio y puedan ahorrarse, entre otros, los costes de administración de justicia necesarios para la determinación de su procedencia.

En aquellos ordenamientos en los que la cobertura sanitaria pública tiene un ámbito de protección más reducido, pueden existir argumentos de orden práctico en contra del reconocimiento del remedio. Entre otros, los que expuso el Magistrado Breyer en la ponencia de la mayoría de *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 512 U.S. 424 (1997)<sup>280</sup>.

<sup>277</sup> Vid. la cita a Alan E. GUTTMACHER y Francis S. COLLINS, “Genomic Medicine- A Primer”, 347 *New Eng. J. Med.* 1512 (2002), 1512 en GRODSKY, “Genomics...”, *op. cit.*, p. 1673, nota al pie 2: “Genetics has been defined more specifically as ‘the study of single genes and their effects’, while genomics is defined as the study ‘of the functions and interactions of all the genes in the genome’”.

<sup>278</sup> Se ha consultado la versión *online* de la vigésima segunda edición del diccionario, disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>279</sup> Vid. GRODSKY, “Genomics...”, *op. cit.*, *passim*.

<sup>280</sup> Sobre el caso Vid. también NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 23

En aquel caso se planteaba si el demandante, trabajador de una compañía de ferrocarriles y expuesto negligentemente al amianto, podía obtener compensación por la angustia ante la posibilidad de desarrollar enfermedades del amianto en el futuro. Más en particular, se planteaba si la exposición constituía “impacto físico”, requisito necesario para poder obtener compensación por la causación negligente de angustia de acuerdo con la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo federal recaída en interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil de las compañías de ferrocarriles<sup>281</sup>.

El Tribunal de Distrito desestimó la demanda y el Segundo Circuito de Apelaciones revocó la sentencia de instancia.

El Tribunal Supremo Federal, con ponencia del Magistrado Breyer estableció el carácter no compensable de los daños alegados por el demandante con base en la ausencia de daño físico y en razones de orden práctico. El Magistrado Breyer, con cita de jurisprudencia anterior, escribió que, entre otras, existían tres razones en contra de interpretar de forma amplia el concepto de “impacto físico”<sup>282</sup>:

“(a) especial ‘dificultad para jueces y jurados’ a la hora de discriminar las demandas válidas y relevantes de las inválidas o ‘triviales’, *Gottshall*, 512 U.S., 557 (...); (b) amenaza de ‘responsabilidad ilimitada e impredecible’, *ibid.*; y (c) el [riesgo] ‘potencial de una inundación’ de demandas comparativamente poco importantes o ‘triviales’, *ibid.*”

La sentencia contó con un voto particular disidente de la Magistrada Ginsburg al que se adhirió el Magistrado Stevens. La magistrada redactaría años más tarde la ponencia de la mayoría en *Ayers*. Como se ha indicado, en este último caso, la mayoría del Tribunal reconoció compensación por la angustia. Ahora bien, los demandantes no eran asintomáticos, sino enfermos de asbestosis que tenían padecer cáncer en el futuro.

Si la mutación subcelular constituye daño a los efectos de una reclamación de indemnización de los costes de seguimiento médico es una cuestión que sigue abierta en algunos estados. En *Donovan v. Philip Morris USA, Inc.*, 914 N.E. 2d 891 (Mass. 2009), por ejemplo y según reportan abogados especializados, el Tribunal Supremo de Massachusetts resolvió en sentido afirmativo una cuestión pre-judicial en la que un tribunal federal de distrito preguntaba si, de acuerdo con el derecho de Massachusetts, era indemnizable una mutación subcelular causada por el tabaquismo que incrementaba el riesgo de padecer cáncer de pulmón<sup>283</sup>.

<sup>281</sup> La cita de *Consolidated Rail Corporation v. Gottshall*, 512 U.S. 532 (1994) es recurrente en el caso.

<sup>282</sup> *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 433: “Those reasons include: (a) special ‘difficult[y] for judges and juries’ in separating valid, important claims from those that are invalid or ‘trivial’, *Gottshall*, 512 U.S., at 557 (...), (b) a threat of ‘unlimited and unpredictable liability’, *ibid.*; and (c) the ‘potential for a flood’ of comparatively unimportant, or ‘trivial’, claims, *ibid.*”

<sup>283</sup> La referencia de la sentencia la tomo de la página del despacho de abogados americanos Mayer Brown, que da noticia de ella y la extracta en <http://www.mayerbrown.com/publications>.

A pesar del razonamiento del Tribunal en *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, debe valorarse si reconocer el carácter indemnizable de los costes médicos podría tener el beneficio de reducir la presión de la litigación por angustia o incremento de riesgo<sup>284</sup>.

Por lo demás, si se concede como derecho a reembolso de los costes médicos en los que se vayan incurriendo, desincentiva la litigación por parte de quienes no dedicarían la compensación obtenida a la realización de chequeos médicos<sup>285</sup>. Si, por el contrario, se concede como cantidad a tanto alzado existe un riesgo de efecto llamada y de incremento de la litigación al que, por cierto, aludió el Magistrado Breyer en *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*.

En cualquier caso, lo que se pretendía en las páginas precedentes era mostrar las dificultades que entraña establecer qué constituye daño indemnizable, en especial, cuando se trata de nuevas categorías de daños y en contextos de daños masivos. Las placas pleurales y los daños que se alegan en relación con ellas constituyen un buen ejemplo.

## ii. Daño no patrimonial: dificultades de cálculo y carácter indemnizable

Una cuestión recurrente en los casos de daños personales de gravedad consiste en cómo cuantificar y compensar los daños no patrimoniales, pues la reducción del nivel de utilidad resultante no puede ser compensada con dinero o con bienes intercambiables por dinero<sup>286</sup>.

La cuantificación añade, así, otra dificultad a la tarea de los operadores jurídicos y un elevado grado de incertidumbre en los operadores económicos. Como se tendrá oportunidad de analizar, en algunos ordenamientos la baremación del daño ha mitigado esta incertidumbre y ha tenido efectos positivos en el aseguramiento de riesgos. Sin embargo, si la baremación alcanza no sólo el daño no patrimonial –incalculable por definición–, sino también el daño patrimonial, su justificación es menos evidente.

Algunos autores consideran que los daños morales no deberían compensarse en absoluto. A su favor, esgrimen que el aseguramiento óptimo no aconseja la compensación de estos daños. De hecho, argumentan que no existe el aseguramiento privado de daños morales porque, muy probablemente, no habría mercado para pólizas que

<sup>284</sup> Vid. GRODSKY, “Genomics...”, *op. cit.*, *passim*.

<sup>285</sup> Vid. GRODSKY, “Genomics...”, *op. cit.*, p. 1716: “*In contrast to lump sum recovery, relief that is confined to reimbursement for actual checkups will serve as a deterrent to speculative or frivolous litigation*”.

<sup>286</sup> Vid. Fernando GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, *Indret* 1/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y la literatura allí citada. Vid. también PINTOS, *Baremos...*, *op. cit.*, p. 103: “El motivo por el que no existe una suma capaz de indemnizar a un muerto o un lesionado grave tiene más que ver con la capacidad del dinero como remedio en su situación. El valor reparador de la indemnización para la víctima que ha sufrido graves lesiones o, en el caso más extremo, ha muerto, suele ser bastante bajo o nulo”. Vid., en el mismo sentido, Luis MARTÍNEZ-CALCER-RADA Y GÓMEZ, “El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español”, *La Ley*, núm. 6999, 29.7.2008, p. 8: “Hay pues una discordancia en el binomio de la restauración, ya que no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable”.

trasladaran rentas de un momento en el que el dinero aporta más utilidad a otro en el que aporta menos. Una vez cubiertos los daños patrimoniales –señalan- nadie estaría dispuesto a pagar un incremento en su prima para cubrir el daño moral derivado de su posible invalidez en el futuro, a pesar de que ahora puede disfrutar plenamente de sus aficiones y, en ese estado futuro, no podría hacerlo en igual medida<sup>287</sup>.

GÓMEZ POMAR reconoce que, “[i]ncluso entre los analistas económicos del Derecho, algunos discrepan de la utilización del aseguramiento óptimo *ex ante* como criterio rector de lo que la víctimas deberían recibir en caso de sufrir daños no patrimoniales. Con esto se estarían ilegítimamente imponiendo las preferencias del yo sano sobre los posiblemente muy distintos intereses del yo seriamente lesionado tras el accidente”<sup>288</sup>.

Otro argumento a favor de la no compensación de los daños morales consiste en señalar que los costes para fabricantes y empresas de servicios de indemnizar el daño patrimonial son trasladados a los consumidores en forma de precios más altos. Este incremento de precio hace las veces de la prima de una póliza de seguro que consumidores y usuarios contratan obligatoriamente<sup>289</sup>.

No obstante, los daños no patrimoniales pueden servir para cubrir una miscelánea de gastos de los demandantes que tal vez no queden cubiertos por las partidas de daños patrimoniales, por ejemplo, los costes de asesoramiento legal o el tiempo y esfuerzos invertidos en la tramitación de ayudas y prestaciones tanto por la propia víctima como por sus allegados. En cualquier caso, tiene sentido que a quien sufre la pérdida de un ser querido o un daño corporal de gravedad se le compense con

---

<sup>287</sup> Vid., por ejemplo y entre otros, David ROSENBERG, “Damage Scheduling in Mass Exposure Cases”, *1 Courts, Health Science and the Law* 335 (1991), p. 345: “*non-economic damages serve no compensatory purpose, because by definition, the monetary benefits do not have any practical effect in replacing losses or in alleviating medical, rehabilitation, employment, state-of-mind, or other adversities afflicting the victim’s post-accident well-being. That is why pain and suffering or mental anguish insurance is not supplied by private first-party or social insurance. If people do not voluntarily purchase non-economic loss insurance on the private market, there certainly is little justification for tort to compel such purchase through the liability insurance premium included in wages and the price of products and services. Consequently, as with damages awarded for punitive and deterrence purposes generally, there is no reason to expend resources individuating (or even providing) non-economic damages.*”

<sup>288</sup> Vid. GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>289</sup> El mismo efecto se observa en relación con el canon de responsabilidad objetiva. Vid. James A. HENDERSON, “Why Negligence Dominates Tort”, *50 UCLA L. Rev.* 377. (2002), p. 392: [extractado en HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability...*, *op. Cit.*, pp. 30 y ss.] “*strict enterprise liability constitutes an insurance-compensation system whose primary objectives include loss shifting and spreading rather than risk management and control. Enterprises held strictly liable function as insurers; victims who receive compensation are the insureds. For any insurance system to be viable, the risks insured against must be ascertainable and quantifiable ahead of time. Moreover, insureds must pay premiums—in connection with strict enterprise liability, by means of increments included in the prices of goods and services supplied by the enterprise- that proportionally reflect their contributions to relevant risk pools.*” Vid. también el voto particular concurrente del Juez TRAYNOR en *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 150 P.2d 436, 441 (Cal. 1944): “*The cost of any injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business.*”

una cuantía que le descargue, al menos y en la medida de lo posible, de las preocupaciones económicas<sup>290</sup>.

La compensación del daño moral corrige, en su caso, la infracompensación de los daños patrimoniales y permite al individuo disfrutar de algunos bienes o actividades de cierto lujo que le consuelen. Asimismo, es posible que la industria aseguradora no cubra los daños morales por razones que poco o nada tienen que ver con la falta de demanda, por ejemplo, por los costes de ofertar el producto o por las amenazas de selección adversa y riesgo moral<sup>291</sup>.

Por último, aunque el aseguramiento óptimo no aconseje la compensación de estos daños, la prevención óptima presupone la internalización de todos los daños, incluido los no patrimoniales, pues de otro modo el potencial causante de daños no los tendrá en cuenta al tomar la decisión sobre qué niveles de precaución y actividad adoptar<sup>292</sup>. Cuestión diferente es si la internalización del daño moral debe producirse, necesariamente, en forma de compensación a favor de la víctima.

### iii. Riesgos reducidos y cómputo de la indemnización

Otra cuestión debatida en la doctrina más reciente es si deberían tenerse en cuenta los riesgos reducidos por el propio demandado a los efectos de calcular la indemnización procedente.

Los riesgos reducidos incluyen, en primer lugar, los referidos a la propia víctima. Supóngase, por ejemplo, el caso de un bombero que usó equipos ignífugos de amianto. Tales equipos le protegían contra el fuego a la vez que le exponían a un agente cancerígeno de primer orden.

Los riesgos reducidos también pueden incluir los referidos a terceras personas<sup>293</sup> o a la sociedad en su conjunto<sup>294</sup>. Con todo, tener en cuenta estos otros riesgos es problemático, pues la víctima verá reducida su indemnización por mor de una disminución de

---

<sup>290</sup> Sobre el daño moral, en general, vid. GÓMEZ POMAR, *Daño moral, op. cit.* Sobre los argumentos a favor y en contra de su compensación, vid. SLOAN y CHEPKE, *Medical Malpractice...*, *op. cit.*, pp. 109-113.

<sup>291</sup> Sobre algunas de las cuestiones tratadas en este párrafo, vid. WAGNER, "Tort Law and Liability Insurance", *op. cit.*, p. 381-382.

<sup>292</sup> Sobre la relevancia de la compensación íntegra en general, vid., entre otros, SALVADOR y GÓMEZ LIGÜERRE, "El derecho de daños...", *op. cit.*, p. 20: "La prevención óptima acompaña a la compensación completa de un daño como la sombra al cuerpo: si quien puede causar un daño sabe que siempre habrá de compensarlo hasta el último céntimo, y que, por tanto, habrá de internalizar los costes generados por el daño mismo y pagar además por los costes terciarios de gestión de la reclamación, actuará en consecuencia: se conducirá con cuidado. Por la cuenta que le trae."

<sup>293</sup> Considérense la reducción del riesgo de incendio que pudo resultar de la instalación de aislamientos de amianto aunque durante la instalación los operarios inhalaran polvo de amianto e incrementara el riesgo de que sufrieran daños del amianto.

<sup>294</sup> Por seguir con el ejemplo del amianto, supóngase –como mera hipótesis– que los sustitutos del amianto fueran mucho más contaminantes para el medioambiente aunque algo menos peligrosos para la salud de los trabajadores.

riesgos que poco o nada tienen que ver con ella. Desde perspectivas de compensación o de justicia correctiva y aún de alguna otra, esto puede no resultar admisible<sup>295</sup>. Como esta discusión excede del objeto del capítulo, baste con considerar el caso en el que los daños reducidos se refieren a la propia víctima.

No sugiero con esto que todos los que entienden la responsabilidad civil en clave de justicia correctiva o compensación aceptarían tener en cuenta los riesgos reducidos a la propia víctima por oposición a los referidos a terceros o a la sociedad. Pero, desde luego, su consideración plantearía menos problemas.

La idea de tener en cuenta riesgos materializados y riesgos reducidos se ha explorado en el análisis económico del derecho. Hasta se ha propuesto como solución para los casos de *medical malpractice* y como opción a considerar para otros casos. Así, PORAT señaló que la responsabilidad (*liability* o *L*) debía ser igual al daño materializado ( $h_A$ ) multiplicado por la diferencia entre el riesgo materializado ( $r_A$ ) y el reducido ( $r_B$ ) dividida por el riesgo materializado<sup>296</sup>:

$$L = h_A \cdot \frac{r_A - r_B}{r_A}$$

La aplicación de la regla tendría como consecuencia más inmediata que se dictaran fallos con cuantías indemnizatorias esperadas más bajas. En consecuencia, los demandados podrían reducir los precios de sus productos y servicios, así como las inversiones en sobreprevención. Sin embargo, la regla también conduciría a la infra-compensación del daño, por lo que requeriría del aseguramiento público o privado como complemento<sup>297</sup>.

En cualquier caso, la regla difícilmente puede ser aplicada a los daños masivos. Es cierto que, como sucedía con la fórmula de Hand, la de *offsetting risks* se puede aplicar sin necesidad de cálculos exactos y únicamente acudiendo a aproximaciones. Ahora bien, no es necesario reiterar que cuando se trata de daños masivos es muy posible que ni siquiera las aproximaciones sean posibles. En relación con los daños del amianto, por ejemplo, comparar riesgos reducidos y efectivamente causados requeriría un mejor conocimiento de los daños del amianto, pero también de los que hubieran causado los materiales que podrían haber sustituido al amianto. Asimismo, requeriría una evaluación –aunque fuera, insisto, aproximada– de la efectividad de los sustitutos del amianto como ignífugos. No es poco.

#### e. Sesgos cognitivos

Jueces y jurados no son inmunes a sesgos cognitivos como han tenido oportunidad de comprobar los autores que han estudiado el comportamiento de unos y otros en las últimas décadas.

<sup>295</sup> Vid. Ariel PORAT, "Offsetting Risks", 106 *Mich. L. Rev.* 243 (2007).

<sup>296</sup> Vid. *ibid.*

<sup>297</sup> Para un análisis más detenido de la regla, vid. PORAT, "Offsetting Risks", *op. cit.*

## i. Puntos de referencia para la cuantificación del daño

Por ejemplo, para salvar la falta de un valor de referencia en el mercado para los daños morales, muchos jurados estadounidenses toman como aproximación la cantidad incluida en los pedimentos de la demanda. Así, puede que estén dispuestos a indemnizar más generosamente a los demandantes que soliciten una cantidad más elevada. De hecho, ésta fue la estrategia de algunos abogados americanos en la litigación contra las compañías tabacaleras<sup>298</sup>. De un modo similar, si el demandado ofrece una contrarreferencia debidamente probada, los jurados estarán más dispuestos a conceder una indemnización intermedia entre el referente (*anchor*) y el contrarreferente (*counteranchor*)<sup>299</sup>.

El *anchoring* es un heurístico, es decir, algo así como una regla para tomar decisiones rápidas sin tener que invertir demasiado tiempo y esfuerzo. En concreto, es uno de los heurísticos que identificaron Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, premio Nobel de Economía en 2002. Otros a los que tampoco son inmunes jurados y jueces, son los sesgos que genera la información más fácilmente disponible (*availability*) y la basada en estereotipos (*representativeness*)<sup>300</sup>.

## ii. Casualidad estadística y causalidad

Además del ejemplo citado sobre la litigación por daños del tabaquismo, estos sesgos pueden operar en supuestos de daños masivos de otras formas. Considérese el siguiente ejemplo.

En Estados Unidos, las Administraciones públicas reciben, anualmente, informes de más de mil posibles casos de epidemias en zonas con una concentración de incidencia de cánceres superior a la considerada normal. Muchas veces el fenómeno tiene su origen en un agente tóxico y la intervención administrativa está más que justificada. Sin embargo, en muchas otras ocasiones, la concentración es mera casualidad estadística. En un país con trescientos millones de habitantes puede pasar que, sin causa alguna, la fortuna sea particularmente aciaga con los habitantes de una determinada zona. Sin embargo, los habitantes desafortunados no están dispuestos a aceptar que algo así no tenga una causa y un culpable. Por ello, ejercen presión

---

<sup>298</sup> Vid. RICHARD H. THALER y CASS R. SUNSTEIN, *Nudge*, Yale UP, New Haven (CT), 2008 - Versión utilizada: *Nudge*, New International Edition, Penguin Books, 2009, p. 27: “*Lawyers who sue cigarette companies often win astronomical amounts, in part because they have successfully induced juries to anchor on multimillion-dollar figures*”.

<sup>299</sup> Vid. FARNSWORTH, *The Legal Analyst...*, *op. cit.*, p. 230-232 y la literatura citada por el autor. Vid. THALER y SUNSTEIN, *Nudge*, *op. cit.*, pp. 25 a 27.

<sup>300</sup> Vid. THALER y SUNSTEIN, *Nudge*, *op. cit.*, p. 24-34.

Los tres sesgos operan en la intersección entre el “Sistema Automático” o “Sistema 1” (*Automatic System*) y el “Sistema Reflexivo” o “Sistema 2” (*Reflective System*) de toma de decisiones. El primero tiene los siguientes rasgos característicos: no controlado, opera sin esfuerzo, basado en asociación de ideas, rápido, inconsciente y pone el acento en las habilidades. El segundo tiene los siguientes rasgos característicos: controlado, opera con esfuerzo, es deductivo, lento, consciente y aplica reglas preestablecidas. *Id.*, p. 21-24.

sobre las Administraciones públicas que, en ocasiones, ceden a sus pretensiones regulatorias y sancionatorias<sup>301</sup>.

### iii. Presentación de la información y decisiones judiciales

La forma en la que se presenta la información también puede tener incidencia (*framing*). Podemos decir que un 95 % de los expuestos a un determinado agente tóxico siguen vivos cinco años después. También podemos decir que un 5% de los expuestos fallecieron en los cinco años siguientes a la exposición. La información es la misma, pero las reacciones que pueden suscitar en jueces, jurados y opinión pública, no<sup>302</sup>.

Parecidamente, un buen abogado demandante con problemas para probar el nexo causal, pondrá el acento en la conducta negligente –o, mejor aún, dolosa– del demandado hasta el punto que jueces y jurados pueden llegar a no prestar atención a los problemas de causalidad o a la escasa probabilidad de que ocurriera el desastre<sup>303</sup>. Por eso, jueces y tribunales deberían exigir la prueba individualizada de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. La valoración holística o de conjunto es errónea.

### iv. Evaluación ex post de los hechos y sesgo de retrospección

El sesgo de retrospección (*hindsight bias*) es otro de los que también incide de modo muy particular en el enjuiciamiento de daños masivos<sup>304</sup>. Una vez producido el daño, jueces y jurados pueden considerar como negligente la acción u omisión que lo causó<sup>305</sup>. En cambio, si se les hubiera pedido que valoraran esa misma acción u omisión con anterioridad a que se produjera el daño, no la hubieran considerado negligente y les hubiera parecido que el demandado estaba adoptando las medidas de precaución pertinentes.

La literatura jurídica y psicológica ofrece algunos instrumentos para evitar la incidencia del sesgo de retrospección, pero son pocos y su efectividad muy discutida. Una de las posibilidades consiste en endurecer los estándares probatorios de la negligencia. Así formulada la propuesta es poco precisa y, en cualquier caso, si el sesgo tiene una incidencia muy pronunciada, probablemente no logre contrarrestarlo. Una opción diferente consiste en que los jurados establezcan qué decisión hubiera sido razonable *ex ante* y sin conocer cuál fue la acción u omisión adoptada

<sup>301</sup> *Id.*, p. 34: “The resulting ‘cancer clusters’ may be products of random fluctuations. Nonetheless, people insist that they could not possibly occur by chance. They get scared, and sometimes government wrongly intervenes on their behalf. Mostly, though, there is thankfully nothing to worry about, except for the fact that the use of representativeness heuristic can cause people to confuse random fluctuations with causal patterns”.

<sup>302</sup> *Id.*, p. 39-40, por ejemplo, p. 40: “The idea is that choices depend, in part, on the way in which problems are stated”.

<sup>303</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 31-33.

<sup>304</sup> Vid. ULEN, “The View from Abroad...”, *op. cit.*, pp. 228 y 232, Mg. 70-80 y la literatura allí citada.

<sup>305</sup> El sesgo de retrospección se explica bien con ejemplos tomados del deporte. El día después de un partido, todos los aficionados dicen saber cómo debió plantear el partido el entrenador o cómo debió jugar tal o cual jugador. En Estados Unidos, se utiliza una expresión muy gráfica que hace referencia al fútbol americano: *Monday-morning quarterbacking*.

por el demandado. Sin embargo, la propuesta tiene una aplicabilidad práctica muy limitada<sup>306</sup>.

Parte de estos problemas se eliminarían si se extendiera la regla de responsabilidad objetiva<sup>307</sup>, pero esta regla tampoco está exenta de problemas, a algunos de los cuales se ha hecho referencia en apartados precedentes o se hará más adelante.

También es posible recurrir a la regulación *ex ante* por agencias administrativas especializadas. Pero el precio a pagar incluye la poca flexibilidad de la regulación, las más que probables presiones políticas y otros males<sup>308</sup> que difícilmente pueden ser considerados menores. Además, gobernantes y funcionarios también pueden actuar bajo el influjo de sesgos cognitivos<sup>309</sup>.

v. Tendencia a interpretar la información de un modo coherente con nociones preconcebidas

Un sesgo que puede actuar en conjunción con el anterior consiste en la tendencia a interpretar la información de forma que favorezca o explique nociones preconcebidas (*confirmatory* o *self-serving bias*)<sup>310</sup>. Así, si un juez o jurado tienen un mal concepto de la industria tabacalera, del amianto o farmacéutica interpretará algunos hechos como la confirmación de prácticas deleznable que, de algún modo, ya creía conocer. Un juez o jurado con un buen concepto de aquellas industrias interpretará el mismo hecho como una práctica económica legítima. Sucede, sin embargo, que unos y otros pueden estar equivocados y sus conclusiones ser únicamente consecuencia de ideas preconcebidas.

vi. Sesgos y casos difíciles

La jurisprudencia<sup>311</sup> —y todavía más el *case law* en las jurisdicciones del *common law*— multiplica los efectos de algunos de los sesgos apuntados en este apartado. Los jueces deciden un caso concreto, pero la doctrina que emana de ese caso puede influir más allá de aquel si sirve de referencia a otros jueces y tribunales para resolver casos posteriores y acaba convirtiéndose en jurisprudencia consolidada —o derecho aplicable—<sup>312</sup>.

---

<sup>306</sup> *Id.*, pp. 229-230, Mg. 72-75 con cita de trabajos de los primeros especialistas en la materia, entre otros, Christine JOLLS, Jeffrey J. RACHLINSKY, Cass R. SUNSTEIN o Richard H. THALER.

<sup>307</sup> *Id.*, p. 231, Mg. 76 y 77.

<sup>308</sup> *Id.*, p. 231, Mg. 78.

<sup>309</sup> *Id.*, p. 232, Mg. 79.

<sup>310</sup> *Id.*, pp. 225- 228, Mg. 63-69 y la literatura allí citada.

<sup>311</sup> En derecho español la jurisprudencia no es fuente del derecho, pero sí complemento. Vid. Art. 1.6. CC: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

<sup>312</sup> Vid. FARNSWORTH, *The Legal Analyst...*, *op. cit.*, pp. 235 y 236 y la literatura allí citada.

Extrapolar doctrinas que nacen como consecuencia de casos excepcionales y poco representativos del conjunto de casos a otros es una práctica muy arriesgada por no decir, como sugieren SCHAUER y ZECKHAUSER, generalmente equivocada<sup>313</sup>. Añádase, que la literatura jurídica especializada tiende a comentar los casos y doctrinas judiciales extremos por lo que su difusión incrementa su incidencia.

No pretendo sugerir con esto que la tarea de jueces y jurados esté siempre sujeta a los sesgos descritos hasta el punto de que sus resultados tengan en todos los casos un punto de arbitrariedad. Sin embargo, en tanto que la latencia de los daños o el número de afectados ha acentuado estos sesgos en algunas constelaciones de casos de daños masivos, no puede dejar de indicarse como un factor a considerar al evaluar la capacidad de jueces, tribunales y jurados para identificar los supuestos de responsabilidad. Esto es, únicamente, lo que aquí se pretende.

*f. Error de aproximación holística a la responsabilidad civil extracontractual e importancia de evaluar la concurrencia de cada uno de los presupuestos de responsabilidad civil por separado*

La responsabilidad civil extracontractual debe tener como fundamento la prueba de todos y cada uno de sus elementos o presupuestos. En derecho español y en relación con la responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, estos son la acción u omisión, daño, causalidad, negligencia y, para muchos, antijuridicidad, si bien en ausencia de tipos es difícil hablar de antijuridicidad<sup>314</sup>. Todos y cada uno de ellos deben concurrir.

No es suficiente, pues, que una consideración conjunta de todos ellos incline el fiel de la balanza a favor del demandante. Por ejemplo, si no puede probarse la relación de causalidad, poco importa que el demandado haya incurrido en negligencia grave y que el demandante sufra daños de extrema gravedad. Es preciso insistir en la individualización de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad. La falta de prueba de uno de los presupuestos es suficiente para negar la responsabilidad. A esto se quiere hacer referencia cuando se apunta que la aproximación holística a la determinación de la responsabilidad civil extracontractual constituye un error que ignora la forma y la estructura de aquella.

---

<sup>313</sup> Vid. Frederick SCHAUER y Richard J. ZECKHAUSER, "The Trouble With Cases", *University of Virginia School of Law - John M. Olin Law and Economics Research Paper Series No. 2009-09*. Disponible en <http://papers.ssrn.com>, p. 5: "the individual cases that receive sufficient attention to affect policy significantly are often both salient and highly unrepresentative, and so the strategy of using such cases to provide the principles that inform policy is broadly misplaced (...)".

Vid. también *id.* p. 7: "it is a mistake to assume that unrepresentative events or practices are in fact typical or representative, an making that kind of empirical error at the outset of a policy-making exercise is the path to ineffective and perhaps harmful policy."

<sup>314</sup> Vid. PANTALEÓN, "Comentario al art. 1902 CC", *op. cit.*, pp.1993-1995 y Pablo SALVADOR CODERCH, "Recensión a Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1990, 367 págs.", *InDret 1/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 11.

En la doctrina estadounidense lo explicó bien NAGAREDA:

“la responsabilidad civil extracontractual no responde una cuestión holística sobre si es más probable que improbable que un demandado sea responsable frente al demandante en un sentido general (...). La cuestión tiene, más bien, un carácter desagregado: si es más probable que improbable que el demandado infringiera un deber de cuidado, más probable que improbable que causara el daño que sufre el demandante, y así sucesivamente hasta llegar a la última conclusión de que existe responsabilidad, si y sólo si cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual resultan probados de acuerdo con la regla de la preponderancia de la prueba”<sup>315</sup>.

#### 1.4. Amenaza real de condenas indemnizatorias

##### a. No excepcionalidad de la litigación

La prevención de daños únicamente puede alcanzarse si la amenaza de condenas indemnizatorias es real. De lo contrario, los potenciales causantes del daño la ignorarán. Probablemente, esto no plantea demasiados problemas en las crisis de litigación por daños masivos consolidadas. No, al menos, si el causante todavía existe. Las organizaciones de víctimas y los abogados especializados se encargan de que la amenaza de litigación sea real y, en no pocos casos, jueces y tribunales acentúan la credibilidad de la amenaza de condenas indemnizatorias al estimar algunas de las demandas que se interponen.

De hecho, es más probable que el problema consista en el exceso de litigación, en especial, si ésta comprende demandas de mérito dudoso interpuestas por demandantes asintomáticos y contra demandados vagamente o en absoluto relacionados con la causación de los daños que se alegan, como ha sucedido en la litigación por daños del amianto estadounidense. Todo ello con los consiguientes costes de transacción.

##### b. Efectos de las condenas indemnizatorias en los demandados insolventes

###### i. Solvencia limitada y prevención

Si el potencial causante no dispone de activos, la amenaza de una condena indemnizatoria ejerce poca influencia sobre él. La insolvencia absoluta es, sin embargo, poco habitual cuando el causante de un daño es una compañía. Las empresas disponen de

---

<sup>315</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 39 y 40: “The question that tort law asks is not a holistic one of whether the defendant is more likely than not liable to the plaintiff in some overall, gestalt sense. Rather, the question is a disaggregated one: whether the defendant more likely than not breached an applicable tort duty, more likely than not caused the plaintiff’s injury, and so on—all leading to the ultimate conclusion of liability, if each element is found by a preponderance of the evidence”.

activos, pues de otro modo no podrían operar. La legislación aplicable a algunas formas societarias impone, además, un capital mínimo<sup>316</sup> y las compañías que operan en determinados sectores deben constituir garantías o asegurarse hasta ciertos límites<sup>317</sup>.

Salvo cuando la compañía no exista o no haya sido sucedida empresarialmente por otra, el problema suele ser la solvencia limitada: el potencial causante de un daño dispone de activos pero la cuantía de éstos es inferior a la de la indemnización esperada. En este escenario, como observó WAGNER, la solvencia limitada operaría como lo hace un límite o techo indemnizatorio (*cap*): los daños que superan los activos –como los que superan el techo indemnizatorio– no son tenidos en cuenta por los operadores al decidir sus niveles de actividad y diligencia<sup>318</sup>.

## ii. Insolvencia provocada

Los problemas en términos de prevención que se derivan de la insolvencia limitada se agravan por el hecho de que ésta puede ser provocada estratégicamente por potenciales demandados. POSNER lo explicó con el ejemplo que traduzco a continuación:

“Supóngase que el coste de impedir un accidente de \$ 40 millones es de \$ 200.000 y la probabilidad de que aquel ocurra si no se invierte en prevención de 0,01, por lo que cualquier inversión hasta \$ 400.000 que prevenga el accidente está justificada socialmente. Supóngase también que la empresa puede evitar a un coste relativamente bajo (asúmase que es 0) tener activos por valor de más de \$ 1 millón susceptibles de ser ejecutados para el pago de fallos indemnizatorios. En tal caso, el coste esperado de un juicio para la empresa es de sólo \$ 10.000 ( $0,01 \cdot \$ 1 \text{ millón}$ ), y la empresa no invertirá \$ 200.000 en prevención de accidentes”<sup>319</sup>.

En casos como los del ejemplo, la solvencia limitada no sólo tiene como consecuencia menos recursos disponibles para la compensación, sino que también tiene una incidencia directa en la prevención por los motivos señalados.

<sup>316</sup> Vid., por ejemplo, el art. 4 del RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, 27 de diciembre de 1989).

<sup>317</sup> Así, por ejemplo, las garantías financieras que prevén los arts. 24 y ss. LRM.

<sup>318</sup> Vid. WAGNER, “Tort Law and Liability Insurance”, *op. cit.*, p. 395: “Asset-based limited liability, that is, the limitation of financial responsibility due to the fact that the tortfeasor holds limited assets only, has the same effect as caps imposed by law. Damages that exceed the legal cap or the value of assets available simply drop out of the calculus of potential tortfeasors”. Para una introducción al *judgment proof* problem, que ya ha sido tratado en otros lugares del trabajo, vid. SHAVELL, *Foundations...*, *op. cit.*, pp. 230-231.

<sup>319</sup> Vid. POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 211, § 6.17: “Suppose the cost of averting a \$ 40 million accident would be \$ 200,000, and the probability of the accident is .01 if nothing is spent on trying to prevent it, so that any expenditure up to \$ 400,000 that prevented the accident would be cost-justified from a social standpoint. Suppose also that at relatively little cost (and let’s assume it’s zero), the firm can avoid ever having more than \$ 1 million in assets that could be seized to pay a legal judgment. Then the expected judgment cost to the firm is only \$ 10,000 ( $.01 \times \$ 1 \text{ million}$ ), and the firm will not spend \$ 200,000 on accident prevention”. Vid. también LANDES y POSNER, “Tort Law as a Regulatory Regime...”, *op. cit.*, p. 420: “The solvency limitation would be a more important factor, however, if injurers were able to adopt strategies to reduce the amount of their wealth available for paying damages”.

### iii. Insolvencia y reglas de responsabilidad

La elección del estándar de responsabilidad puede acentuar el incentivo a reducir estratégicamente el patrimonio. En particular, como señaló MICELI y en contra de lo que puede parecer *prima facie*, una regla de responsabilidad objetiva no es mejor que una regla de negligencia en este contexto. Con una regla de responsabilidad objetiva y solvencia limitada –esta no es una crítica extensible a la responsabilidad objetiva sin más, debe darse también la condición de solvencia limitada–, las indemnizaciones que deberán satisfacerse son menores que el total del daño causado y adoptar los niveles de precaución adecuada no exime de responsabilidad<sup>320</sup>. En consecuencia, las compañías no tienen incentivos para prevenir y en cambio, sí los tienen para reestructurar su organización con el objeto de utilizar la insolvencia como un escudo contra la responsabilidad objetiva<sup>321</sup>.

En cambio, si la regla es de negligencia, el potencial causante puede tener incentivos a invertir en precaución, pues puede evitar toda responsabilidad y, en consecuencia, ahorrar más en responsabilidad de lo que invierte en precaución<sup>322</sup>. Para que esto sea así, también será necesario que los costes de precaución sean menores que los costes de gestión que resulten de la reestructuración.

En cualquier caso, la regla de responsabilidad objetiva está muy extendida entre las actividades peligrosas. En derecho español, por ejemplo, se aplica un canon de responsabilidad objetiva, a la responsabilidad por producto defectuoso<sup>323</sup>, a los riesgos nucleares<sup>324</sup>, a la contaminación de aguas por hidrocarburos<sup>325</sup> y a los accidentes de navegación aérea<sup>326</sup>.

En otro orden de cosas, la responsabilidad vicaria de las compañías subsidiarias o de los contratistas independientes también puede contribuir a evitar conductas estratégicas. En particular, en los casos en los que se encargue a subsidiarias y contratistas las actividades más peligrosas con el objeto de eludir la responsabilidad. Ahora bien, debe asumirse, entonces, que la regla puede tener consecuencias económicas para

<sup>320</sup> Vid. MICELI, *The Economic Approach...*, *op. cit.*, p. 76: “When the rule is strict liability, the possibility of insufficient assets generally reduces the incentive for injurers to take care because their expected liability is less than the full damages that they impose. (...)”.

<sup>321</sup> *Id.*, p. 76.

<sup>322</sup> *Id.*, p. 76: “[U]nder a negligence rule the injurer may still have an incentive to take efficient care because by doing so he avoids all liability. Thus, if the savings in liability from choosing due care, equal to A dollars [siendo A el patrimonio total del potencial causante], is larger than the cost of taking the additional care, then the injurer will do so”.

<sup>323</sup> Vid. arts. 128 y ss. del RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

<sup>324</sup> Vid. art. 16 del Decreto 2177/1967, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre cobertura de riesgos nucleares (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 1972).

<sup>325</sup> Vid. art. V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969.

<sup>326</sup> Vid. arts. 116 y ss. de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960).

la actividad de contratistas, pues los incentivos para contratarlos se reducen si se debe responder por su negligencia.

En Estados Unidos, el uso de contratistas independientes para el transporte de hidrocarburos disminuyó cuando la legislación incorporó reglas que incrementaban el riesgo de contingencias de responsabilidad vicaria de las petroleras<sup>327</sup>.

### *c. Insuficiente nivel de actividad como estrategia para no invertir en precaución*

Una estrategia más sofisticada consiste en mantener el nivel de actividad artificialmente bajo para no tener que adoptar las medidas de precaución que resultarían coste-eficientes si se incrementara el nivel de actividad y cuya adopción vendría exigida, en consecuencia, por el concepto económico de negligencia. Esta posibilidad ha llevado a algunos académicos, como GILO y GUTTEL a proponer la imposición de responsabilidad en estos casos<sup>328</sup>.

El problema es, claro, determinar cuándo una compañía mantiene un nivel de actividad artificialmente bajo de un modo estratégico o cuándo lo hace por algún otro motivo válido, por ejemplo, porque es un nuevo participante en el mercado y no dispone de medios para alcanzar el nivel óptimo de actividad.

## **1.5. Control del riesgo moral si el potencial causante de un daño está asegurado**

El riesgo moral es, como se ha indicado, inherente al aseguramiento de riesgos: las personas aseguradas, saben que no tendrán que internalizar los daños que causen y tienen incentivos a conducirse con menos cuidado.

El fenómeno puede mitigarse mediante instrumentos como clasificación de riesgos, franquicias, bonificaciones, obligaciones contractuales de adoptar determinadas medidas de prevención o mediante el control directo del asegurado. Sin embargo, para que éstos sean plenamente eficaces, es necesario disponer de información detallada sobre los asegurados y su adquisición incrementaría sobremanera los costes de gestión del seguro. De todos modos, los aseguradores pueden recuperar buena parte del coste adicional que derive del riesgo moral mediante el incremento de las primas que cubren determinados riesgos. Así, el riesgo moral no sólo perjudica a las víctimas y al asegurador del causante del daño, sino también al propio causante o asegurado<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> Vid. MICELI, *The Economic Approach ...*, op. cit., p. 49: “[I]f there is even a slight chance that the parent company will be held ‘vicariously liable’ for the subsidiary’s negligence, the expected costs of subcontracting may outweigh the benefits. In fact, Brooks (2002) found that oil companies actually decreased their use of independent shippers following the Exxon Valdez oil spill because subsequent legislation greatly increased the risk of vicarious liability”.

<sup>328</sup> Vid. David GILO y Ehud GUTTEL, “Negligence and Insufficient Activity: The Missing Paradigm in Torts”, *108 Mich L. Rev* 277 (2009). Para este trabajo se ha consultado una versión anterior presentada por los autores en The University of Chicago en otoño de 2008.

<sup>329</sup> Vid. MICELI, *The Economic Approach...*, op. cit., p. 49: “This moral hazard problem ultimately hurts the injurer, however, because insurance companies are aware of the problem and set the premium up front to reflect the actual risk”.

En los casos de daños masivos puede que el estado de la ciencia no permita obtener esa información, por lo que en realidad, el problema no es tanto de información asimétrica, como de que ninguna de las dos partes dispone de la información que permitiría prevenir la concreción de los riesgos asegurados. Además, la latencia de los daños impide al asegurador ir ajustando la prima en los sucesivos períodos según cual sea la siniestralidad observada.

## 2. JUSTICIA CORRECTIVA

### 2.1. Delimitación del concepto

De acuerdo con la formulación tradicional del principio de justicia correctiva, el causante que infringe un deber y causa un daño injusto (*wrongful injury*) tiene la obligación de repararlo<sup>330</sup>.

La justicia correctiva no impone la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, pero la justifica en tanto que constituye un instrumento válido para alcanzar aquella. Tampoco pretende determinar cuáles son los deberes cuya infracción obliga a reparar el daño causado y, por lo tanto, no define qué constituye *wrongful injury*. Por ello, algunos analistas económicos del derecho, la han considerado una teoría incompleta y que admite prácticamente cualquier perspectiva normativa<sup>331</sup>.

### 2.2. Justicia correctiva y normas sociales

La justicia correctiva aplicada a la responsabilidad civil extracontractual, parece estar muy relacionada con normas sociales como las que establecen que no hay que dañar al prójimo, que quien causa un daño debe compensarlo y que esa compensación debe recibirla la víctima. Las normas sociales tienen algunas ventajas como normas reguladoras de conductas cotidianas. En primer lugar, como son normas interiorizadas por la gran mayoría de la gente reducen la incidencia de comportamientos oportunistas. En segundo lugar, sirven como indicadores o *proxies* de reglas que promueven, en general, el bienestar social. Algunas normas sociales sobreviven hasta nuestros días precisamente porque son reglas automáticas y simples para aproximarnos a la eficiencia en nuestra vida cotidiana. Por eso, algunas nociones de justicia que encuentran su arraigo en normas sociales pueden conducir a resultados eficientes en sede de

---

<sup>330</sup> Sobre la justicia correctiva, vid., entre otros: Jules L. COLEMAN, "Theories of Tort Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003 y 2010, Section 3.1 (<http://plato.stanford.edu/>); el apartado correspondiente de Lawrence SOLUM, "Justice", *Legal Theory Lexicon* de (<http://legaltheorylexicon.blogspot.com>); KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, p. 93: "Most corrective justice claims have the form: 'If A wrongfully injures B, A must pay B for the loss B suffers as a consequence of A's act'"; SUGARMAN, "Doing away...", *op. cit.*, pp. 603-609; STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, p. 120; y Richard A., POSNER, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", *10 The Journal of Legal Studies* 187 (1981).

<sup>331</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, p. 93. En sentido parecido, cfr. POSNER, "The Concept of Corrective Justice...", *op. cit.*

responsabilidad civil extracontractual. La justicia correctiva, por ejemplo, impone al causante que indemnice el daño causado, en consecuencia, el causante del daño lo internaliza y tiene más incentivos a prevenirlo<sup>332</sup>. Con todo, habrá situaciones en las que la prevención exigirá una compensación superior a la reparación integral. Cuando la probabilidad de que los responsables del daño sean condenados es muy reducida, la prevención exige la imposición de daños punitivos. De no ser así, los responsables descontarían la escasa probabilidad de ser condenados al determinar sus niveles de precaución y actividad: habrá más accidentes y serán más graves<sup>333</sup>.

La mayoría de ordenamientos europeos, a diferencia de los estadounidenses, prohíben los daños punitivos. Asimismo, MAGNUS señala que los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* excluyen los daños punitivos<sup>334</sup>. Con todo, incluso en los ordenamientos que prohíben los daños punitivos, los jueces tienen en cuenta el grado de reprochabilidad de la conducta del causante al evaluar los daños no patrimoniales. En algunas ocasiones esto supone introducir un elemento punitivo en la compensación del daño. En otras, responde a que el dolo o la imprudencia grave conllevan, en efecto, una “repercusión psíquica negativa” mayor que, por ejemplo, la culpa levísima o la responsabilidad sin culpa<sup>335</sup>. En este sentido, el Art. 10:301 (2) de los *Principios* prevé que se tenga en cuenta “el grado de culpa del causante del daño”, pero sólo “si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”.

En resumen, las normas sociales generalmente promueven el bienestar en las situaciones cotidianas a las que llevan tiempo aplicándose. En el contexto de un sistema legal formal, pueden ayudar como indicadores aproximados y sujetos a comprobación de la idoneidad de las reglas, por ejemplo, y a los efectos que aquí interesan, de las reglas de responsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, no se les debe otorgar un papel determinante en la toma de decisiones. Las normas sociales se refieren a situaciones muy particulares y si funcionaran también para todas las demás no sería necesario disponer de reglas de responsabilidad civil extracontractual ni, de hecho, ningún otro tipo de reglas. Ténganse en cuenta también que las normas sociales evolucionan lentamente y, por tanto, cuando dejan de ser eficientes ha de pasar algún tiempo hasta que son sustituidas. Asimismo, las normas sociales deben ser sencillas y generales, mientras que

<sup>332</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, *passim*, por ejemplo, pp. 44, 63-69, 135 ó 137-138.

<sup>333</sup> Sobre los daños punitivos, vid. Pablo SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages”, *InDret 1/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y para los desarrollos posteriores a esos artículos, vid. Pablo SALVADOR CODERCH y Albert AZAGRA MALO, “Juan Ramón Romo v. Ford Motor Co.: indemnización sancionatoria a la baja”, *InDret 1/2004* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos”, *InDret 2/2007* ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y Pablo SALVADOR CODERCH, “Las leyes cuentan los jueces también” (Editorial), *InDret 3/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>334</sup> Vid. MAGNUS, “Comment to Art. 10:101”, *op. cit.*, p. 150, §4: “it is clear that the Principles do not allow punitive damages which are apparently out of proportion to the actual loss of the victim and have only the goal to punish the wrongdoer by means of civil damages”.

<sup>335</sup> Sobre algunas de las cuestiones indicadas, vid. PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 CC”, *op. cit.*, p. 1.971 y W. V. Horton ROGERS, “Comment to Art.10:301”, *Principles of European Tort Law: Text and Comments*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 171-178, § 9, pp. 175 y 176.

las reglas legales requieren, en ocasiones, cierta complejidad con el objeto de tener en cuenta las variaciones que se puedan dar en diferentes contextos<sup>336</sup>.

La descripción de la interacción entre normas sociales y reglas legales en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual no sería completa si no se indicara que, en ocasiones, no son las normas sociales las que influyen en el diseño de reglas legales, sino a la inversa. Las reglas legales pueden reforzar normas sociales preexistentes e, incluso, influir en la configuración de nuevas normas sociales. Así, las reglas de la responsabilidad civil que determinan cuándo se responde transmiten señales sobre qué conductas deben ser rechazadas socialmente y pueden acabar incorporadas al sistema de normas sociales<sup>337</sup>.

### 2.3. Justicia correctiva, eficiencia y bienestar

Algunos de los autores que defienden argumentos de justicia correctiva entienden que el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual está en los derechos de las partes y que, por consiguiente, la finalidad principal de aquella no puede ser crear reglas legales eficientes que minimicen los costes sociales como sostienen algunos analistas económicos del derecho<sup>338</sup>. Desde esa perspectiva, la justicia correctiva puede ser descrita como no consecuencialista<sup>339</sup> y nada impide que conduzca a la adopción de soluciones que empeoren el bienestar general<sup>340</sup>.

En cambio, y en contra de una opinión muy extendida, el cálculo del bienestar en el análisis económico incorpora el valor que atribuimos cada uno de nosotros a ciertas ideas o ideales de justicia, tal vez por alguna razón de base psicológica que todavía no conocemos bien. Sucede, con todo, que tales ideales no se tienen en cuenta como principios evaluativos independientes a la hora analizar políticas legislativas. Es uno más de los elementos a tener en cuenta. No el único<sup>341</sup>.

### 2.4. Justicia correctiva, aseguramiento de riesgos, responsabilidad por hecho ajeno e insolvencia

La incidencia del aseguramiento en muchos ámbitos de la responsabilidad civil extracontractual supone una complicación adicional en el análisis, pues en muchas ocasiones es la

<sup>336</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, *passim*, por ejemplo, pp. 62-81 y 139-143.

<sup>337</sup> *Id.*, p. 142-143: “a legal rule that is seen to embody a social norm—a notion of fairness—may reinforce that norm, which would be desirable to the extent that the norm results in better behavior by individuals in everyday life. Likewise, tort rules determining which acts are subject to liability might communicate messages about right and wrong, which in turn would influence behavior independently of the formal legal system”.

<sup>338</sup> Lo explica NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 6. Sobre la literatura fundamental sobre justicia correctiva publicada hasta principios de siglo, vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, pp. 91-99.

<sup>339</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, pp. 47-51.

<sup>340</sup> De hecho, en el extremo, las nociones de justicia que no tienen en cuenta el bienestar social, pueden tener como resultado que empeore el bienestar social de todos los afectados, vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, pp. 52-58. Sobre el carácter *ex post* de las nociones de justicia aplicadas al derecho de daños, *id.*, pp. 147-148.

<sup>341</sup> *Id.*, pp. 142 y 143.

compañía aseguradora -no el culpable- la que responde de los daños causados y buena parte de la indemnización la cobra la aseguradora de la víctima. Por este motivo, cuando una de las partes está asegurada, la justicia correctiva no constituye un argumento suficiente para justificar las ineficiencias de la responsabilidad civil<sup>342</sup>.

La observación está relacionada con otra que hizo DE ÁNGEL: "Como advierte TUNC, tenemos excesiva tendencia a considerar la responsabilidad civil como fenómeno que sitúa cara a cara al autor de un daño y a la víctima. Pero de hecho el autor del daño está, sobre todo en materia de daño corporal, casi siempre cubierto por un seguro. Y la víctima está protegida por la Seguridad Social, a veces también por un seguro o acaso por las disposiciones de un contrato de trabajo"<sup>343</sup>.

Parecidamente, en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno<sup>344</sup>, el responsable puede que no haya infringido ningún deber y que, sin embargo, deba responder del daño causado. Puede, además, que el causante sea insolvente y no pueda repetir contra él. En consecuencia, y si el responsable es un empresario, repercutirá el coste adicional de la responsabilidad en forma de menores dividendos para los accionistas y mayores precios para usuarios y consumidores<sup>345</sup>. Con todo, es cierto, que si el responsable lo es con fundamento en su propia negligencia en la elección de la persona de la que deba responder o en su vigilancia<sup>346</sup>, tal vez los argumentos de justicia correctiva recobrarían cierta fuerza, si bien el efecto de dispersión del coste de la responsabilidad seguiría presente.

Por último, la insolvencia del causante de un daño injusto impide que sea él quien indemnice a la víctima, a diferencia de lo que parece que exigen determinadas formulaciones tradicionales de la justicia correctiva. Cuestión distinta y que excede el objeto de este trabajo es si la justicia correctiva exige necesariamente que sea el causante quien compense el daño o si se admite que la compensación proceda de otras fuentes.

<sup>342</sup> Vid., en relación con la situación de accidentes que pueden ser recíprocos, *id.*, pp. 114-115 y, en relación con esa situación en supuestos de daño incierto, p. 126: "*Insurance renders fairness concerns essentially pointless in each particular accident*".

<sup>343</sup> Vid. DE ÁNGEL, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª edición, Civitas-Deusto, Madrid, 1993, p. 740

<sup>344</sup> Por ejemplo, y en derecho español, los supuestos del art. 1903 CC I-V: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallan bajo el control o vigilancias del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias".

<sup>345</sup> Vid., en relación con la situación de accidentes que pueden ser recíprocos, KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, pp. 116-118.

<sup>346</sup> En este sentido, vid. art. 1903 CC VI: "La responsabilidad de que se trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

### 3. JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Algunos autores sostienen que la responsabilidad civil extracontractual cumple con una función de justicia distributiva<sup>347</sup>. Sin embargo, la redistribución de riqueza se logra de mejor modo a través de políticas impositivas y de gasto como sugieren KAPLOW y SHAVELL. Unas y otras tienen, normalmente, un ámbito de aplicación general y en su diseño se puede tener en cuenta cuáles son los sectores de población cuyas necesidades deben priorizarse y a los que debe destinarse mayor gasto público. Las reglas legales y, muy particularmente, las de responsabilidad civil extracontractual, en cambio, se aplican a una fracción reducida de población y, además, constituyen mecanismos de redistribución muy poco precisos<sup>348</sup>.

Por ejemplo, una regla que favorezca a los demandantes en procesos de responsabilidad civil por accidentes con independencia de las características y recursos de aquellos puede tener resultados poco coherentes desde un punto de vista de justicia redistributiva. En cualquier caso un diseño de reglas legales que únicamente ponga el acento en la justicia distributiva puede desincentivar la prevención. La adopción de reglas ineficientes no se hace a coste cero para la sociedad.

Con ello no se quiere decir que la justicia distributiva no haya orientado, puntualmente, las decisiones de jueces y tribunales. Sin embargo, la práctica totalidad de los autores consultados le atribuyen, a lo sumo, un lugar secundario entre las funciones de la responsabilidad civil extracontractual.

### 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO OMBUDSMAN

La responsabilidad civil extracontractual también sirve de instrumento para controlar a instituciones públicas y agentes económicos y para ejercer presión social sobre unas y otros. De este modo, la responsabilidad civil extracontractual cumpliría las funciones de una suerte de defensor del pueblo u *ombudsman* en un ámbito más amplio que no comprende únicamente el control de los poderes públicos, sino también el de personas físicas y jurídicas de carácter privado<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Vid. SOLUM, "Justice", *op. cit.* en la parte final del apartado dedicado a *corrective justice* y, en general, el dedicado a *distributive justice*. En este último, el autor señala que una posible definición de justicia distributiva es la distribución de ganancias y cargas de la cooperación social y que en responsabilidad civil extracontractual se ha utilizado para justificar que uno de sus fundamentos sea la dispersión de los costes de los accidentes, así como la justa distribución de los costes de los accidentes: "What is the subject of distributive justice? *Even this question is controversial, but one formulation is: the subject matter of distributive justice is the distribution of the benefits and burdens of social cooperation (...)* In tort law, distributive justice may be the basis for the theory that one of the purposes of tort law is 'risk spreading' or the just distribution of the costs of accidents".

<sup>348</sup> La distribución de riqueza a través de reglas de derecho se estudia en diversos lugares de KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, por ejemplo en las pp. 33 y 34. V id. también Pablo SALVADOR CODERCH, "Los derechos de propiedad (*property rights*)", en Salustiano DE DIOS *et al.* (coord.), *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 509-531, p. 529.

<sup>349</sup> Vid. Allan M. LINDEN, "Tort Law as Ombudsman", *51 Can. Bar Rev.* 155 (1973).

Una de las posibilidades que ofrece la responsabilidad civil extracontractual como *ombudsman* consiste en lograr que el demandado sufra la publicidad negativa que se asocia a ser demandado en procesos judiciales. Esta publicidad negativa, a su vez, puede motivar la actuación de las agencias públicas y hasta del legislador<sup>350</sup>.

Sin embargo, la eficacia señalizadora de la responsabilidad civil extracontractual conoce algunas limitaciones. Así, las transacciones extrajudiciales —en especial, si existe un pacto de confidencialidad<sup>351</sup>— impiden que la sociedad tenga noticia de determinados riesgos y exija su regulación y eventual eliminación con prontitud<sup>352</sup>.

Los pactos de confidencialidad limitan, sin duda, el acceso a la información. Pero, desde una perspectiva *ex ante*, también incentivan que se alcancen transacciones. De hecho, esa es la explicación de una regla similar que en algunas jurisdicciones impide que se traigan al proceso afirmaciones hechas por las partes durante negociaciones previas<sup>353</sup>. Si queremos que haya transacciones, tenemos que asumir que la responsabilidad civil extracontractual no siempre desempeñará su función señalizadora. Antes de proseguir con la exposición, conviene esbozar las dinámicas de la transacción para que se entienda mejor el contexto en el que operan los pactos de confidencialidad.

Como en cualquier contrato, para que las partes alcancen una transacción deben ponerse de acuerdo en el precio. Esto no sucede y, por lo tanto no hay acuerdo, cuando la indemnización mínima que el demandante está dispuesto a aceptar es mayor que la indemnización máxima que el demandado está dispuesto a pagar. Tampoco sucede cuando las partes no se ponen de acuerdo en cómo repartir la diferencia entre la indemnización mínima que el demandante está dispuesto a aceptar y la indemnización máxima que el demandado está dispuesto a pagar.

En ocasiones, el problema viene dado por la divergencia en las predicciones sobre el resultado de un hipotético juicio, que constituye un factor muy influyente en la

---

<sup>350</sup> Vid. *id.*, pp. 156 a 158.

<sup>351</sup> Vid. POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, § 21.4, p. 600: “When a case is settled for money, the settlement agreement ordinarily is not filed in court and the parties can if they wish agree to keep its terms secret. This becomes an inducement to defendants to settle large cases rather than try them; they avoid a public judgment that would encourage further suits by persons situated similarly to the victorious plaintiff. Ordinarily the plaintiff will be happy to agree to such a confidentiality provision because it will enable a quicker and larger settlement”.

<sup>352</sup> Vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, p. 104: “The role of common law claims in publicizing hazards is especially important in the disease area where injury is inflicted gradually and without the sort of traumatic event which might focus the attention and sympathy of the public. Settlements in these cases have the effect of inhibiting awareness both of the hazard and the possible legal liability of the potential defendant, thereby inhibiting new claims”.

El propio LINDEN reconoce éstas y otras limitaciones similares, vid. LINDEN, “Tort Law as Ombudsman”, *op. cit.*, p. 166.

<sup>353</sup> Vid. FARNSWORTH, *The Legal Analyst...*, *op. cit.*, p. 9: “We’d like very much to have information (we’d like to have all information), but *ex ante* the effect of allowing this would be to discourage frank settlement negotiations next time, and we want them to occur”.

determinación del precio<sup>354</sup>. La propia negociación ayuda a corregir este fenómeno, pues las partes tienen incentivos a revelar la información que favorece sus respectivas posiciones. Sin embargo, mucha información no se revela y las partes no siempre dan credibilidad a la revelada por las contrapartes.

Por lo demás, a veces es difícil, incluso, que se inicien las negociaciones. Existe la percepción de que la parte que propone transigir es la que está en peor posición para prevalecer en juicio y, en consecuencia, ninguna quiere ser la primera en hacerlo.

Si las partes no se ponen de acuerdo entre ellas, la única vía alternativa es la litigación. En este sentido, obsérvese que la negociación para la transacción es un monopolio bilateral: el demandante únicamente puede negociar con el demandado y viceversa<sup>355</sup>. Los monopolios bilaterales son especialmente propicios para que una de las partes –o ambas– se enroque en posturas inasumibles para la otra –*holdout*-. La situación se agrava si, además, las partes creen que sus perspectivas de prevalecer en juicio exceden a las reales, algo bastante habitual. Un modo de evitar el *holdout* y superar los sesgos cognitivos que puedan afectar a las partes consiste en someter el caso a métodos de resolución alternativa de conflictos tales como el arbitraje o la mediación<sup>356</sup>.

La capacidad de señalización de pretensiones regulatorias se ve dificultada también porque los demandados culpables tienen más incentivos a la transacción extrajudicial, pues, generalmente y aunque no sin excepciones, tienen menos probabilidades de prevalecer en juicio. Por consiguiente, la litigación expone a la luz pública a muchos demandados que, a la postre, pueden ser absueltos, pues tal vez no transigieron su caso por tener el convencimiento de que el derecho estaba de su lado<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> Otros factores son, por ejemplo, los intereses patrimoniales potencialmente afectados, los costes de litigar, el grado de aversión de las partes o el propio interés de los abogados en la litigación.

<sup>355</sup> Sobre los incentivos a transigir o a litigar y las negociaciones transaccionales, vid. POSNER, *Economic Analysis...*, op. cit., § 21.4, pp. 597-601, SALVADOR, “ABC de la transacción”, *InDret* 4/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y la literatura por ellos citada.

<sup>356</sup> Vid. ULEN, “The View from Abroad...”, op. cit., p. 227, Mg. 67: “a strong case can be made that evidence of the self-serving bias provides a support for legal structures that require litigating parties to view the fact of a dispute through the eyes of their opponents. The modern trend in civil litigation toward mandatory settlement conferences, court-ordered mediation, and non-binding arbitration make little sense from a rational choice perspective, under which parties are presumed to make maximizing decisions about whether to settle or even whether to negotiate with their adversaries. In a rational choice world, mandated interaction would merely increase transaction costs for no useful purpose. But these requirements seem quite defensible when the self-serving bias is understood”.

<sup>357</sup> Sobre alguna de estas cuestiones, vid. STAPLETON, *Disease...*, op. cit., p. 121: “The usefulness of litigation publicity on determining the individual wrongdoer is less clear. First, it is particularly crude instrument because the deterrent can apply with almost equal force even in cases where liability is not ultimately established and because litigation does not expose to publicity defendants who are most obviously in the wrong since these will usually settle out of court”.

Muchos de los casos que llegan a apelación o casación suelen ser, por otra parte, casos diferentes a los comunes y, a veces, extremos<sup>358</sup>. Algunos de los que son incluidos en bases de datos y alcanzan notoriedad ya en primera instancia, tienen incidencia en la opinión pública y en el debate político precisamente por las excepcionales circunstancias que concurren en él, pero no son representativos de la generalidad de los casos<sup>359</sup>.

Los eventos ordinarios tienen una probabilidad menor de generar disputas que los extraordinarios y, cuando los generan, es más probable que las partes alcancen un acuerdo. Incluso si se litigan hasta el final, es menos probable que los casos ordinarios sean recurridos una vez recaída sentencia o que, si se recurren, la sentencia dictada en segunda o ulteriores instancias acabe ejerciendo influencia en un cambio de interpretación del derecho aplicable o del propio derecho aplicable<sup>360</sup>.

Obviamente, la probabilidad de que se recurran las sentencias de instancia dependerá también de otras circunstancias aparte del carácter ordinario del caso, por ejemplo, de la existencia o no de reglas como la del art. 398 LEC que impongan costas:

“1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394 [Condena en las costas de la primera instancia].

2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes”.

En otro orden de cosas, la publicidad desfavorable no necesita de la litigación para ser efectiva<sup>361</sup>. Si usted lee en la prensa especializada que algunas unidades del modelo de automóvil que tenía pensado adquirir han acelerado repentinamente y han provocado media docena de accidentes, no necesitará un proceso judicial para decidir no comprarlo. Del mismo modo, las autoridades competentes no deberían esperar al proceso judicial para investigar las incidencias y, en su caso, tomar las medidas regulatorias pertinentes.

<sup>358</sup> Vid. SCHAUER y ZECKHAUSER, “The Trouble...”, *op. cit.*, p. 18: “the mere fact that a case is appealed suggests from that alone that the case is an outlier”.

<sup>359</sup> *Id.*, p. 19: “the set of reported verdicts will be an unrepresentative sample of the set of verdicts and even more unrepresentative sample of some larger class of lawsuits, disputes, injuries, or simple events”.

<sup>360</sup> Vid. SCHAUER y ZECKHAUSER, “The Trouble...”, *op. cit.*, p. 17: “the incentives to litigate (or to refrain from litigating) are likely to make unrepresentative cases especially likely to be the ones that wind up before appellate courts. If ordinary events are disproportionately unlikely to generate disputes, if ordinary disputes are disproportionately unlikely to generate litigation, if ordinary litigated disputes are disproportionately likely to settle, if ordinary trial court verdicts are disproportionately unlikely to be appealed, and if ordinary appellate cases are disproportionately unlikely to generate the published opinions that are the vehicles for appellate rule-making, then the result will be that cases that prompt rule-making are likely to be especially unrepresentative of the events that the rules that emerge from appellate rule-making encompass”.

<sup>361</sup> *Id.*: “Moreover, unfavourable publicity in the absence of litigation can be just as potent a deterrent”.

Ahora bien, las sentencias condenatorias pueden amplificar esa publicidad negativa y, sobre todo, dotarla de la legitimidad propia de un proceso judicial con las debidas garantías. La historia de los daños masivos demuestra que, si no todos los casos se transigen, la litigación cumple su función señalizadora. Ésta adquiere mayor relevancia si se obtienen sentencias en apelación o casación. En Estados Unidos, por ejemplo, fueron los abogados de los demandantes y los sindicatos estadounidenses los que dieron a conocer la tragedia del amianto y los que motivaron que sus usos y consumo disminuyeran<sup>362</sup>.

---

<sup>362</sup> En un sentido parecido, vid. HENSLER, "A Brief History...", *op. cit.*, p. 26: "it was plaintiff lawyers who put together the factual evidence on workers' exposure to asbestos and employer's knowledge of the harmful effects of that exposure, and developed successful legal strategies for obtaining compensation for workers' losses". Vid. también Michelle WHITE, "Asbestos and the Future of Mass Torts", *NBER Working Papers Series*, February 2004, w.p. 10308 ([www.nber.org](http://www.nber.org)).

## GESTIÓN DE DAÑOS MASIVOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las Administraciones públicas intervienen en la compensación de las víctimas de daños masivos de modos muy diversos. Una lista no exhaustiva de los papeles más importantes que representan incluye los siguientes: (i) asegurador público; (ii) deudor de indemnizaciones de responsabilidad reconocidas a favor de administrados, funcionarios o trabajadores contratados en régimen laboral; (iii) demandante por los costes que un daño masivo comporta a la sanidad pública; (iv) mediador entre causantes y víctimas; y (v) garante de la salud de sus ciudadanos bien como titular de la inspección laboral y sanitaria bien como regulador en ámbitos de seguridad, responsabilidad civil extracontractual y aseguramiento. Este capítulo analiza, muy particularmente, el papel de las Administraciones públicas como demandadas o demandantes.

### 1. LA ADMINISTRACIÓN COMO DEMANDADA

Las Administraciones públicas pueden ser demandadas por los daños causados a los funcionarios y al personal en régimen de contrato laboral, así como a los administrados. Los procesos resultantes pueden clasificarse en dos grupos. Por una parte, los que se ajustan a modelos prototípicos y reiterados en la jurisprudencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Por otra parte, los que tienen un carácter excepcional y en los que decisión y razonamiento jurídico del Tribunal son innovadores y difíciles de casar con el derecho aplicable y la jurisprudencia que lo interpreta.

En estos últimos, los argumentos de gestión de la compensación de las víctimas de un daño masivo prevalecen sobre los argumentos de adjudicación de controversias de acuerdo con categorías jurídicas bien establecidas. De algún modo, se reconoce un deber de intervención subsidiaria del Estado como último garante de la compensación de las víctimas. Esto último, a pesar de que el argumento es más propio de la discusión sobre el ámbito de protección de las prestaciones públicas que de la descripción de un procedimiento para determinar la responsabilidad de la Administración<sup>363</sup>.

<sup>363</sup> Sobre el deber de intervención subsidiaria del Estado (*subsidiäre Eintrittspflicht des Staates*), Bernd v. MAYDELL, "Empfeht es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen", *NJW* 1992, Heft 35, pp. 2195-2200, p. 2196: "Die Absicherung der Risiken des Lebens kann dem Individuum oder dem Familienverband überlassen bleiben, sie kann aber auch einem Dritten zugewiesen werden, wobei der Dritte ein Privatrechtssubjekt, wie z.B. der Arbeitgeber, oder eine Solidargemeinschaft sein kann. Bei der Alternative zwischen Individuum und Solidargemeinschaft ist allerdings zu berücksichtigen, daß die individuelle Verantwortlichkeit nicht die Eintrittspflicht der staatlichen Gemeinschaft ausschließen kann. Immer dann, wenn der einzelne nicht genügend Vorsorge getroffen hat, und ein Rückgriff auf die Familie nicht möglich ist, muß die staatliche Solidargemeinschaft in Form der Sozialhilfe einspringen. Diese subsidiäre Eintrittspflicht des Staates bleibt auch bei einer individuellen Verantwortlichkeit bestehen".

De hecho, en ocasiones la ejecución de la sentencia recaída en estos procesos se vehicula a través de un fondo de compensación público o sistema afín.

Los diferentes ejemplos de este apartado dan razón de ambos tipos de supuestos. Como muchos de ellos son ejemplos tomados de la jurisprudencia española, a continuación se describe, en lo esencial, el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Tras esta introducción, se analizan: (i) la responsabilidad de las Administraciones públicas como empleadoras; (ii) la responsabilidad de las Administraciones públicas como prestadora de servicios; (iii) la responsabilidad de las Administraciones públicas en la autorización y control de productos y actividades.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños que derivan del funcionamiento de los servicios públicos<sup>364</sup> está prevista en el art. 106.2 de la Constitución Española<sup>365</sup> y su régimen básico está regulado en los arts. 139 a 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992; en adelante LRJAP). El art. 139 LRJAP es el precepto central del entramado normativo:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas nace, pues, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, en este sentido, prescinde, pretendidamente, del elemento de culpa. No es, con todo, una responsabilidad absoluta. No existirá responsabilidad cuando la víctima tenga la obligación de soportar el

---

<sup>364</sup> Sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, vid., entre otros, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 494 y ss. Para una presentación de la configuración básica de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II.*, Undécima Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-380.

<sup>365</sup>Vid. art. 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

daño, concorra fuerza mayor o la Administración pueda alegar la excepción de riesgos de desarrollo prevista en el art. 141.1 LRJAP<sup>366</sup>.

Si la responsabilidad nace como consecuencia de los actos de autoridades y funcionarios, la responsabilidad de la Administración es, por otra parte, directa –no subsidiaria-. Esto, sin perjuicio de que la Administración correspondiente deba –al menos, teóricamente- ejercer una acción de repetición contra autoridades o funcionarios si incurrieron en dolo, culpa o negligencia grave<sup>367</sup>.

La jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración con independencia de que concurren también como demandados compañías privadas o personas físicas como responsables indirectos. Será también competente cuando la acción se dirija contra la aseguradora de una Administración Pública en acción directa y junto a la Administración respectiva<sup>368</sup>. Así, el art. 9.4. Ley Orgánica 1/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2.7.1985) señala que:

“[I]os [tribunales y juzgados] del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos (...).

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquellas”.

---

<sup>366</sup> Vid. art. 141 LRJAP: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

<sup>367</sup> Vid. art. 145 LRJAP.

<sup>368</sup> Los problemas de jurisdicción competente en supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas dieron lugar a desarrollos normativos y jurisprudenciales de los que la actual redacción del art. 9.4 LOPJ es, en buena parte, consecuencia. Vid., entre otros, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Álvaro LUNA YERGA, “Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración Pública y a su compañía aseguradora”, *InDret* 1/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Por último, la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Administración “por hecho de las Leyes” es una cuestión controvertida. GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ consideran que

“los jueces y tribunales contencioso-administrativos carecen de manera absoluta de poderes jurisdiccionales para poder declarar válidamente una responsabilidad patrimonial «por hecho de las Leyes»” y añaden que, generalmente, “la atribución del deber de indemnizar por las posibles y variadas incidencias económicas que cualquier Ley pueda producir *supone una injerencia directa en el contenido mismo del Poder Legislativo*, la eficacia de cuyos productos normativos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas”<sup>369</sup>.

Con todo, existen algunas sentencias que parecen afirmar tal responsabilidad y algunos casos que presentan rasgos singulares requerirían un análisis más detallado. Unas y otros exceden del objeto de este trabajo<sup>370</sup>. Hecha una presentación general del régimen de responsabilidad de la Administración procede ahora estudiar los tres ámbitos de responsabilidad a los que se ha hecho referencia en páginas precedentes. El primero de ellos es la responsabilidad de las Administraciones públicas como empleadoras.

### **1.1. Responsabilidad de las Administraciones públicas empleadoras y marinos expuestos al amianto: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de julio de 2008, MP: José Luis Gil Ibáñez**

Las Administraciones públicas pueden responder por los daños ocupacionales que sufran sus funcionarios o los trabajadores contratados en régimen laboral como consecuencia de accidentes o enfermedades profesionales.

En España, lo habitual será que las víctimas o sus familiares perciban las prestaciones públicas correspondientes y, si lo creen oportuno, incoen un procedimiento administrativo con el objeto de que se les reconozca una compensación complementaria a cargo de la Administración pública empleadora. Si la reclamación es desestimada, una vez agotada la vía administrativa podrán interponer un recurso contencioso-administrativo.

Las Administraciones públicas españolas han sido demandadas en su condición de empleadoras en algunos casos recientes de daños del amianto. Por ejemplo, en casos de marinos expuestos al amianto instalado por doquier en buques de guerra.

En la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de julio 2008 (JUR 2008\243117; MP: José Luis Gil Ibáñez)<sup>371</sup>, por ejemplo, se planteaba si existía responsabilidad patrimonial de la administración en un caso de militar fallecido como consecuencia de

<sup>369</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., pp. 418 y 419.

<sup>370</sup> *Id.*, pp. 421-423. Epígrafe 6 (“Dos casos singulares y excepcionales: la infracción del Derecho comunitario por las leyes internas y la invalidación de éstas por el Tribunal Constitucional”) y Epígrafe 7 (“El caso singularísimo de la afección por una Ley a una relación bilateral específica de un particular con la Administración pública”).

<sup>371</sup> La fundamentación jurídica de la sentencia cita otras sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en otros casos de militares que contrajeron enfermedades derivadas de la exposición al amianto.

mesotelioma derivado de la exposición al amianto o si, por el contrario, era aplicable la excepción por riesgos de desarrollo recogida en el art. 141.1. LRJAP. Asimismo, en caso de que hubiera responsabilidad, se planteaba la compatibilidad de la indemnización con otros mecanismos de compensación.

Don Gustavo, coronel de intendencia de la Armada, prestó servicios desde 1960 y hasta 2003. Durante estos años estuvo embarcado en los siguientes buques: Marte (buque cañonero minador; alta: 1938 y baja: 1971), Neptuno (buque cañonero minador; alta: 1939 y baja: 1972), Juan Sebastián Elcano (buque velero escuela; alta: 1928), Liniers (buque destructor; alta: 1951 y baja: 1978), Vasco Núñez de Balboa (buque cañonero; fecha de entrega entre 1946 y 1951), Rayo (buque torpedero; fecha de entrega entre 1953 y 1965) y Roger de Lauría (buque destructor; alta: 1969 y baja: 1982)<sup>372</sup>. También prestó servicio en el Parque de Automovilismo núm. 4 de Cartagena. Como se ha indicado, durante décadas los buques de guerra instalaron toneladas de amianto. En consecuencia, Don Gustavo estuvo expuesto al amianto durante largos períodos de tiempo. El 8 de julio de 2005 se le diagnosticó mesotelioma epiteloide maligno y el 6 de septiembre de ese mismo año falleció como consecuencia de aquella enfermedad a los 63 años de edad. Don Gustavo estaba casado con Doña Melisa, con la que tuvo tres hijos: Doña Araceli, Don Óscar y Don Íñigo.

El 11 de diciembre de 2006, la Subsecretaría de Defensa declaró que el fallecimiento fue consecuencia del servicio y reconoció una pensión extraordinaria de viudedad a Doña Melisa por importe mensual de 2.521,70 €. Doña Melisa también percibió 20.000 € en concepto de prestación del seguro colectivo suscrito por el Ministerio de Defensa.

Doña Melisa y los tres hijos de su matrimonio -Doña Araceli en su propio nombre y en representación de sus dos hijas menores, es decir, las nietas del difunto- formularon una reclamación al Ministro de Defensa en concepto de responsabilidad patrimonial. El Ministro no dictó resolución expresa por lo que se produjo una desestimación presunta por silencio administrativo contra la cual la viuda y los tres hijos interpusieron recurso contencioso-administrativo en reclamación de 831.600 €: 441.600 € para la viuda, 90.000 € para cada uno de los hijos y 60.000 € para cada una de las nietas.

La Sentencia de la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso y reconoció el derecho de Doña Melisa a ser indemnizada con 40.000 € y los derechos de cada uno de los hijos a serlo con 10.000 €. Según el tribunal concurrían en el caso los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y no debía apreciarse la excepción de riesgos de desarrollos. En el FD 4º puede leerse que

“las consecuencias lesivas del asbesto para la salud eran conocidas desde hacía tiempo, como lo revela la inclusión de la asbestosis entre las enfermedades profesionales [en 1947] y que, en el año 1974, la Organización Internacional del Trabajo adoptara la recomendación sobre el cáncer profesional, referido, en lo que aquí

<sup>372</sup> Sobre los buques que se citan en el texto, vid. <http://www.revistanaval.com/>, así como también <http://www.armada.mde.es>.

Para los buques Vasco Núñez de Balboa y Rayo, vid. la información disponible en <http://www.armada.mde.es>.

interesa, a la exposición a la inhalación de asbesto. Sin embargo, como se dice en la Sentencia citada [Sentencia de 7 de junio de 2006; Recurso Núm. 483/2005], «ningún control se realizó en los buques de la marina o en los arsenales sobre tal situación, ninguna medida preventiva se adoptó y ninguna medida de precaución limitativa de la inhalación se proporcionó a los tripulantes de sus buques o a los militares destinados en los arsenales en los que intensivamente se trabajaba con amianto».

En el FD 5º el tribunal analiza la compatibilidad entre las prestaciones reconocidas y la indemnización de responsabilidad patrimonial. Sobre el particular, declara el carácter complementario de la indemnización de responsabilidad patrimonial que sólo procede si

“se han de cubrir daños no reparados con las otras sumas percibidas como consecuencia de los mismos acontecimientos, de modo que, sólo cuando se detecte esa insuficiencia, cabrá otorgar, además de las cantidades a las que ya se tiene derecho, otra por el referido concepto, pues lo contrario llevaría a un enriquecimiento injusto no permitido por el ordenamiento jurídico”.

En este sentido, la indemnización finalmente reconocida tiene en cuenta las cuantías percibidas en concepto de pensión extraordinaria de viudedad y con cargo al seguro obligatorio suscrito por el Ministerio de Defensa. En el FD 5º considera

“que cuarenta mil (40.000) euros es la suma que, ponderada y actualizadamente (...), falta para cubrir el perjuicio causado”.

A las nietas del fallecido no se les considera como parte en el proceso, pues el recurso contencioso-administrativo no se interpuso en nombre de ellas, aunque sí constaran en la reclamación administrativa que Doña Araceli formuló en su propio nombre y en el de sus hijas.

Casos como éste se pueden agrupar analíticamente con aquellos en los que la demandada es una compañía privada y los daños los sufre uno de sus empleados. El fundamento, en unos y otros casos, es la concurrencia o ausencia de responsabilidad del empleador. Son, además, casos que contribuyen a crear o consolidar una crisis de litigación por oposición a otros en los que la responsabilidad patrimonial de la Administración representa el fin de la crisis de litigación.

## **1.2. Responsabilidad de las Administraciones públicas prestadoras de servicios y contagio transfusional de VHC: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 25 de abril de 2007, MP: Agustín Puente Prieto**

La litigación por daños masivos también ha dado lugar a supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños causados a los administrados durante la prestación de servicios públicos.

En España, los contagios transfusionales de los virus de la inmunodeficiencia humana y la hepatitis C constituyen un buen ejemplo y explican en gran medida el establecimiento

de ayudas públicas a favor de las víctimas de esos contagios. Estas ayudas operaron a modo de transacción encubierta y su establecimiento planteó algunas cuestiones jurídicas a tener muy en cuenta al valorar la adopción de mecanismos alternativos a la responsabilidad civil.

Una de las cuestiones que se planteaba con más frecuencia en aquellos casos guardaba relación con la excepción de riesgos de desarrollo. Las Administraciones públicas que prestaban servicios sanitarios, a diferencia de los fabricantes de medicamentos y productos sanitarios<sup>373</sup>, pueden alegarla como defensa. Además, la fecha relevante para determinar el estado de los conocimientos técnicos y científicos no es el de puesta en circulación del producto como en el art. 140.1. e) TRLCU, sino la fecha de producción del daño.

Como regla general, el TRLCU, norma de transposición de la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 141, de 4.6.1999; en adelante Directiva 85/374/CEE), se aplica a las Administraciones públicas cuando actúen como fabricantes<sup>374</sup>. Ahora bien, la Directiva 85/374/CEE permite que sean los estados quienes decidan si incorporan en sus respectivas legislaciones la excepción de riesgos de desarrollo del art. 15 b), uno de los pocos preceptos del texto comunitario que no tienen carácter imperativo.

En cualquier caso, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 3ª considera que únicamente existe responsabilidad patrimonial de la Administración pública demandada si las contaminaciones por VIH o por VHC fueron posteriores a la fecha en la que existían tests de detección de aquellos, es decir, hacia 1985 y 1989, respectivamente<sup>375</sup>.

En algún caso, el Tribunal Supremo se ha planteado si existía responsabilidad patrimonial de la Administración pública a pesar de que la transfusión fuera realizada antes de que existieran tests de detección. En particular, cuando se incumplieron deberes

<sup>373</sup> Vid. el art. 140.3 en relación con el art. 140.1, letra e) TRLCU:

“1. El productor no será responsable si prueba: (...)

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permita apreciar la existencia del defecto (...)

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e”.

<sup>374</sup> Cfr. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001, *Asunto C-203/99, Henning Veedfald c. Århus Amtskommune*. Sobre la sentencia Vid., por todos, SALVADOR y RUBÍ, “Riesgos de desarrollos y evaluación judicial...”, *op. cit.*, pp. 15 y 16 y Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veedfald y Århus Amtskommune): De nuevo sobre la Directiva 85/374/CEE”, *InDret 3/2001* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>375</sup> Para una presentación concisa del estado de la cuestión, SALVADOR y RUBÍ, “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial...”, *op. cit.*, pp. 13-15 y notas. Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Civitas, Madrid, 2002 es el trabajo de referencia en responsabilidad civil por contagio transfusional de VIH y VHC y en él se da razón de la jurisprudencia recaída en la materia hasta la fecha de cierre de la redacción de la monografía.

de precaución que ya eran exigibles entonces. Esa es, precisamente, la cuestión que se plantea en la STS, 3ª, de 25 de abril de 2007 (RJ 2007\3532; MP: Agustín Puente Prieto).

La noche del 12 de octubre de 1989, Doña Carina fue ingresada en el Hospital Valle del Nalón (Asturias) con una hemorragia causada por un embarazo tubárico roto. La madrugada del 13 de octubre fue intervenida quirúrgicamente. Durante la intervención y, posteriormente, cuando fue trasladada a planta recibió transfusiones de sangre que resultaron contaminadas con el VHC. Diez años después, en mayo de 1999, le fue diagnosticada Hepatitis C. El genotipo de la hepatitis C (3a) de Doña Carina se manifiesta en drogodependientes o contagiados por drogodependientes por vía intravenosa. Aunque cuando se realizó la transfusión no existían marcadores fiables para la detección de la sangre contaminada con VHC, la normativa que regulaba la donación de sangre humana establecía algunas medidas de precaución que incluían la identificación de las unidades de sangre. No consta que tales indicaciones se hicieran en las bolsas de sangre transfundida, ni que quien realizó la transfusión comprobara inequívocamente los datos, ni que se informara a la paciente de los riesgos.

El 11 de mayo de 2000, Doña Carina interpuso reclamación indemnizatoria en cuantía de 601.012,10 € contra el Instituto Nacional de la Salud que la desestimó mediante silencio administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional confirmó la resolución.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por Doña Carina, anuló el acto recurrido, declaró la responsabilidad de la Administración y reconoció el derecho de Doña Carina a ser indemnizada con 60.000 €. En el FD 2º de la sentencia puede leerse que

“las condiciones en que la misma [transfusión] se realizó impedían la realización de la transfusión ante la no constancia, en el envase que contenía la sangre transfundida, del donante, de cuya circunstancia, en su caso, y de los riesgos que asumía debió de haber sido alertado el paciente; por ello la práctica de la transfusión de una sangre cuyo origen se desconocía ha de entenderse que constituye una mala praxis médica que convierte el daño ocasionado en antijurídico y por lo tanto, que no ha de ser asumido por el paciente”.

La sentencia contó con un voto particular del Magistrado José Manuel Sieira Miguez cuya argumentación recuerda a una de las teorías de la parte demandante en *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7ª Cir. 1995), un caso estadounidense de sangre contaminada que se comentará más adelante. El Magistrado coincidió con el sentido del fallo, pero sostuvo que debió ser estimado por razones distintas, pues los incumplimientos a los que alude la sentencia no quedaban suficientemente probados e, incluso si se produjeron, no daban razón sin más de que la transfusión hubiera sido la causa del daño de la demandante. Para el Magistrado otro incumplimiento debió ser tomado en consideración:

“es claro que la Administración Sanitaria incumplió lo dispuesto en la norma 5.1.2. de la Orden de 4 de diciembre de 1985 que prohíbe utilizar sangre de personas pertenecientes a grupos de riesgo de transmisión del SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), siendo un hecho notorio que los drogodependientes constituyen uno de esos grupos de riesgo, y esa infracción provocó que se transfundiera a la recurrente una sangre que no debía serle transfundida ello con independencia de que en la fecha de transfusión fuera o no detectable el virus de la hepatitis C, ya que si la Administración Sanitaria hubiera actuado con observancia de la normativa vigente la transfusión no se hubiera producido y tampoco el contagio en la forma que lo fue.”

Este tipo de casos, como sucedía con los de responsabilidad del Estado empleador estudiados, tampoco ofrecen una respuesta definitiva a la litigación por daños masivos. Se añaden a la lista de casos precedentes de la constelación de casos correspondiente y van configurando y consolidando una crisis de la litigación. La principal particularidad es que el demandado es una Administración pública.

Es cierto, sin embargo, que el impacto económico acumulado de muchos casos de este tipo en los que una Administración pública es demandada puede precipitar la adopción de sistemas de compensación pública. En tal caso, y con independencia de que éstos se adopten mediante disposiciones normativas con rango de ley, tiene lugar una transacción. Las ayudas públicas en España a las víctimas de sangre contaminada dan buena razón de ello, como tendrá oportunidad de comprobarse. El riesgo en tales casos es que las Administraciones públicas establezcan estas ayudas priorizando el diseño de las mismas que se ajuste a sus intereses patrimoniales como demandadas. En cambio, no tendrán en cuenta –o tendrán menos en cuenta- aquel que conlleve un mayor incremento del bienestar social.

### **1.3. Responsabilidad de las Administraciones públicas en la autorización y control de productos y actividades**

La Administración puede ser responsable por incumplimiento de las obligaciones de control o inspección que vengan impuestas por la legislación aplicable. El problema es determinar cuándo se produce ese incumplimiento y, especialmente, cuándo ese incumplimiento puede ser considerado la causa del daño.

#### *a. Responsabilidad por la autorización de medicamentos defectuosos y DES:*

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2002, MP: Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández*

Considérese, por ejemplo, que la Administración competente autoriza un medicamento cuyo consumo resulta en daños a la salud de centenares de personas. La Administración no es responsable por los daños, excepto si la autorización no siguió el procedimiento establecido y, de haberse seguido, el medicamento no hubiera sido autorizado. En la práctica totalidad del resto de los casos, la responsabilidad civil extracontractual

y penal deberá imputarse, en su caso, únicamente al fabricante o al titular de la autorización. Lo contrario supondría, como indicó RAMOS GONZÁLEZ, ignorar que la causalidad es uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la LRJAP<sup>376</sup>.

En cualquier caso, la Administración del ejemplo –o aquella que resulte competente– deberá suspender o retirar la autorización del medicamento cuando tenga conocimiento de los riesgos <sup>377</sup>. Si concurren las circunstancias previstas reglamentariamente, puede que esté obligada, incluso, a retirarlo del mercado<sup>378</sup>. Si no lo hace y la víctima logra probar que hubiera evitado sus daños, nacerá la responsabilidad patrimonial de la Administración por su inactividad<sup>379</sup>.

Las condenas a la Administración por autorización de un medicamento o por no retirarlo son poco frecuentes. La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2002 (JUR 2003\58544; MP: Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández), por ejemplo, desestimó una demanda en la que se solicitaba la responsabilidad de la Administración por autorizar y no retirar a tiempo un medicamento, cuyo principio activo era el DES.

Más recientemente, la litigación por los daños supuestamente derivados del consumo del medicamento Agreal, cuyo principio activo era la veraliprida, también ha planteado cuestiones de responsabilidad de las Administraciones públicas por infracción de deberes de farmacovigilancia. Una de las primeras sentencias importantes fue la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de septiembre de 2009 (JUR 2009\436590; MP: Javier Eugenio López Candela), desestimatoria de las pretensiones de la demandante. Otras sentencias fueron dictadas el mismo día y, otras muchas en fechas diferentes<sup>380</sup>.

Los hechos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2002 son, sucintamente, los siguientes. En 1971 y durante su embarazo, Doña Rosa consumió seis comprimidos diarios de “Protectona”, un medicamento para la prevención de los riesgos de aborto cuyo principio activo era el DES, muy probablemente un agente cancerígeno al que ya se ha hecho referencia en este trabajo. En agosto de 1971, Doña Rosa dio a luz a Doña Ana María, quien en 1989 fue diagnosticada de adenocarcinoma de células claras de vagina, enfermedad de la que fallecería en junio de 1997.

<sup>376</sup> Vid. Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 374.

<sup>377</sup> Para los supuestos en los que nace la obligación de suspensión o retirada de la autorización, vid. el art. 22 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2006).

<sup>378</sup> Sobre la retirada de productos peligrosos, en general, vid. art. 10 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos (BOE núm. 9, 10 de enero de 2004).

<sup>379</sup> Vid. RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad Civil por Medicamento...*, op. cit., p. 377.

<sup>380</sup> La referencia de resoluciones dictadas hasta mediados de diciembre de 2009 y el resumen de una de las dictadas el 23 de septiembre de 2009 (*La Ley*, nº 7289, de 23.11.2009; MP: Ana Martín Valero) pueden consultarse en la “Guía de jurisprudencia de responsabilidad de producto (marzo 2008 – noviembre 2009)”, elaborada por un grupo de investigadores de la Universitat Pompeu Fabra e incluida en Pablo SALVADOR CODERCH, Fernando GÓMEZ POMAR y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (ed.) *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 54-56.

Doña Rosa interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado frente al Ministro de Sanidad y Consumo que fue desestimada y frente a la que interpuso recurso contencioso-administrativo en reclamación de 1.803.036 €. La demandante alegaba defectos en el proceso de autorización, entre otros motivos porque la memoria científica en la que se basó la autorización era insuficiente y errónea. Señalaba también que la Administración tuvo conocimiento en 1970 de los efectos nocivos del fármaco, pero nada hizo por retirarlo del mercado o adoptar otras medidas cautelares.

La SAN desestimó el recurso. El FD 6º contiene la parte fundamental de la argumentación del Tribunal. En relación con la responsabilidad por la autorización de “Protectona”, el Tribunal señaló lo siguiente -obsérvese como el razonamiento tiene muy en cuenta el sesgo de retrospcción aunque no se indique expresamente-:

“a) (...) [A]lega la parte que la Memoria Científica *ad hoc* es insuficiente y errónea. Mas tal aserto no deja de ser una apreciación de la parte. Para tomar en consideración esa afirmación habría que situarse en el estado de los conocimientos científicos y farmacológicos existentes en 1.955, año de la Memoria. Sería entonces y no veinte años después, cuando investigaciones de esa naturaleza, cuya existencia no nos consta, pudieran haber puesto de manifiesto que el principio activo contenido en el fármaco de que se trata era nocivo para la salud de las gestantes (...)

d) Plantea la parte que la Administración, al autorizar un medicamento, lleva a cabo una actividad de riesgo cuyos efectos debe asumir (...) Ello, sin embargo, como antes hemos anunciado, a la fecha en que la recurrente ingirió el medicamento Protectona, viable para gestantes con riesgo de aborto, como era su caso, el estado de los conocimiento científicos en nuestro país impedía conocer los efectos negativos”.

En relación con la retirada del producto añadió que, a la luz de los hechos del caso y el muy limitado conocimiento que de los riesgos tenía la Administración,

“c) Afirma la parte que la Administración tuvo conocimiento en 1.970 de los efectos nocivos del fármaco, pero nada hizo para retirarlo entonces del mercado ni adoptó medida cautelar alguna. No es exactamente eso lo que consta en el informe de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios (...) no puede, desde luego, imputarse a la Administración pasividad o dejación. En todo caso, la retirada tardía del medicamento por la Administración española, si es que esto puede considerarse así, podría dar lugar, en su caso, a otra u otras responsabilidades”.

*b. Responsabilidad civil subsidiaria por daños de la colza: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 1997, MP: Gregorio García Ancos*

Las Administraciones públicas también pueden ser declaradas responsables civiles de los daños derivados de los delitos que cometan los funcionarios cuando desempeñan funciones de autorización o control.

En la jurisprudencia española, el caso por antonomasia es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6366; MP: Gregorio García Ancos)<sup>381</sup> en relación con el síndrome tóxico o de la colza y, probablemente, la sentencia de responsabilidad civil con un mayor fallo indemnizatorio, aproximadamente, 3.000 millones de euros. La sentencia supuso, además, el reconocimiento jurisprudencial de las acciones colectivas indemnizatorias que más tarde serían reconocidas también por la legislación procesal.

Los hechos que dieron lugar a la tragedia son bien conocidos. El aceite de colza había sido desnaturalizado con anilina<sup>382</sup> para permitir su importación a España, pues durante los años setenta, no se permitía la importación de aceite de colza para consumo alimenticio, aunque sí para usos industriales. Sin embargo, algunos empresarios participaron en la manipulación del aceite y su posterior venta –generalmente ambulante– para el consumo alimenticio. Siguió una intoxicación alimenticia de proporciones insospechadas de la que se empezó a tener conocimiento a mediados de 1981 y que afectó a más de 30.000 personas. Sin embargo, todavía no se ha podido probar con certeza el agente causal del síndrome.

Sobre el síndrome, el Hecho Probado I de la sentencia señala lo siguiente: “La marca histopatológica del Síndrome Tóxico es la lesión de los vasos sanguíneos en cualquiera de sus vertientes, arterias, venas y capilares; y, aunque recibe el nombre de vasculitis, no se parece a las descritas científicamente con anterioridad. Tiene la enfermedad fases aguda, subaguda y crónica, en una peculiar historia natural, que se inicia bruscamente con enema pulmonar no cardiogénico y aumento anormal de los eosinófilos. Estos signos van siendo sustituidos por una esclerodermatosis, afecciones del sistema nervioso central y destrucción del periférico, lo que da lugar a la atrofia del músculo esquelético, con pérdida de masa y fuerza; y lesión de los vasos arteriales pulmonares, con aumento de presión en el sistema y la correspondiente alteración secundaria cardiológica. A ellos se van sumando otros signos; algunos, transformación o aumento de los iniciales. Y existe desde el principio pérdida de peso, que se transforma en la desnutrición y depauperación total. No hay órgano que no resulte afectado, salvo el riñón, y el nexos común a todas las fases es la vasculitis”.

En un primer proceso penal que concluyó con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783. MP: Enrique Bacigalupo Zapater) aquellos empresarios fueron condenados como responsables penales y civiles de los

---

<sup>381</sup> Un resumen de las sentencias puede leerse en SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad...”, *op. cit.*, pp. 2 y 3. Vid. también Emilio JIMÉNEZ APARICIO, “La ejecución de la sentencia de la colza I”, *InDret 1/2003* ([www.indret.com](http://www.indret.com)). JIMÉNEZ APARICIO señaló en la p. 12 que “[l]a condena penal del Estado está fundada, pues, en la solidaridad social, en la necesidad de atender a las múltiples víctimas. Con ello se unifican en la base las dos series de medidas en presencia, a saber, las prestaciones de asistencia social extra penales y las indemnizaciones ex delicto, dado que ambas tienen el mismo fundamento último y aun próximo”.

<sup>382</sup> Anilina es una “[a]mina aromática, oleosa, incolora, tóxica por ingestión, inhalación o absorción a través de la piel, que tiene muchas aplicaciones industriales, especialmente en la fabricación de colorantes”. Vid. [www.rae.es](http://www.rae.es).

daños, si bien eran insolventes para indemnizar a los miles de afectados, aspecto que puso de manifiesto las limitaciones de la responsabilidad civil como instrumento de compensación de daños masivos en escenarios de insolvencia, cuestión que se ha tratado suficientemente y que no reiteraré aquí.

En un segundo proceso que concluyó con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6366; MP: Gregorio García Ancos), la consultada para este trabajo, resulta condenados el director del Laboratorio Central de Aduanas y el Jefe de la Sección de Importación de los Productos Agrícolas y Transformados como autores de un delito de imprudencia temeraria por autorizar la desnaturalización del aceite de colza con anilina y se declaró al Estado responsable civil subsidiario. Más allá de los fundamentos pretendidamente legales, la sentencia tiene su verdadero fundamento en la “solidaridad social”. Así, lo deja entrever el FD X, Cuarto de la sentencia:

“[N]os hallamos ante un supuesto de catástrofe nacional (más de 30.000 afectados entre muertes, invalideces y lesiones de todo tipo) en que el Estado pudo y debió afrontar con las consecuencias indemnizatorias suficientes para compensar y resarcir a los afectados de sus consecuencias, como en múltiples ocasiones ha venido haciendo en supuestos, por ejemplo, de inundaciones, sequías, etc., sin esperar a que los Tribunales decidan sobre posibles responsabilidades penales. Es más, esta obligación del Estado se presenta con mayor evidencia en el supuesto de envenenamiento por consumo de aceite de colza si tenemos en cuenta y nos fijamos que la ‘catástrofe’ no tiene su raíz en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, sino que en realidad su causa primaria no fue otra que la política mercantil del propio Estado en orden a la importación de ese aceite que trató de proteger la producción y venta de los aceites nacionales evitando la importación del aceite de colza para fines comestibles debido a que tal aceite (o su semilla) aquí no se producía, y sólo aceptando su importación para usos industriales previa su desnaturalización, o, lo que es lo mismo, previo su envenenamiento. Por ello, más que nunca, el Estado, aparte su obligación jurídica, no puede evitar su obligación moral de indemnizar a los afectados en las cuantías señaladas en la sentencia, pero no en el cincuenta por ciento de las mismas, sino en su totalidad”.

La cuantía de cada una de las indemnizaciones se calculó de acuerdo con el baremo fijado originariamente por la SAN, Penal, Secc. 2<sup>a</sup>, 20.5.1989 y, en conjunto, sumaron casi 3.000 millones de euros:

**Tabla 2: Baremo indemnizatorio de daños derivados del síndrome tóxico (colza)**Fuente: JIMÉNEZ APARICIO, “La ejecución...(I)”, *op. cit.*, pp. 14 y 15

Beneficiario	Indemnización (€)
Herederos o perjudicados por la muerte de cada persona fallecida	90.151,82
Afectados con lesiones de duración entre 1 y 15 días	901,52
Afectados con lesiones de duración entre 16 y 30 días	1.803,04
Afectados con lesiones de duración entre 31 y 60 días	3.606,07
Afectados con lesiones de duración entre 61 y 90 días	5.409,11
Afectados con lesiones de más de 90 días	108.182,18
Afectados con incapacidad parcial permanente para su trabajo habitual	150.253,03
Afectados con incapacidad total permanente para el trabajo habitual	240.404,84
Afectados con incapacidad absoluta y permanente para todo tipo de trabajo	450.759,08

De las indemnizaciones reconocidas se descontaron, de acuerdo con el FD 6º de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en sustitución de la de instancia (Segunda Sentencia),

“las cantidades adelantadas por el Estado en ese concepto indemnizatorio, no debiéndose incluir en esas deducciones las cantidades correspondientes a gastos médicos, de Seguridad Social y otros semejantes a que tengan derecho los afectados por mandato legal”.

Diversos autos de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, tribunal de instancia encargado de la fase judicial del proceso de ejecución de la sentencia, aclararon algunos aspectos relacionados con el descuento de prestaciones<sup>383</sup>. Pero lo que aquí interesa es el fundamento de la regla de deducción establecida por el Tribunal Supremo y que se explicita en el FD 12º:

“[H]ay que tener en cuenta que esos ‘auxilios y subvenciones’ [satisfechos por el propio Estado] de que se habla suponen indiscutiblemente un pago a los afectados de parte de lo que en su día les pudiera corresponder como indemnización global, es decir, suponen un ‘adelanto’ de lo debido o de lo que ahora se declara debido por los Tribunales. Entender lo contrario supondría, en primer lugar, un trato no igualitario entre los afectados con derecho a indemnización, ya que los que recibieron subvenciones sumarían a éstas las indemnizaciones completas y, sobre todo, si se diera lugar a la pretensión estaríamos en presencia de un enriquecimiento injusto por parte de los acreedores y de un pago excesivo (o doble) por parte del

<sup>383</sup> Para un resumen de los mismos, vid. JIMÉNEZ APARICIO, “La ejecución...(I)”, *op. cit.*, pp. 17 y 18 y “La ejecución de la sentencia de la colza II”, *InDret 3/2003* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), *op. cit.*, pp. 3-11.

deudor obligado al abono de las indemnizaciones. Ello, como es lógico iría en contra de las más elementales reglas de la equidad y de las normas legales que rigen el campo crediticio.

Decimos, sin embargo, que todo ello hay que entenderlo con ciertos matices, a los que nos obliga la propia parquedad de la sentencia impugnada. Esto es, el descuento debe ser de las cantidades correspondientes o que se puedan restar de las indemnizaciones entendidas 'stricto sensu', pero no pueden alcanzar a aquellas ayudas a las que cualquier persona tiene derecho por razón de ser ciudadano dentro de esta sociedad; es decir, no pueden ser descontadas las ayudas que se refieren a los gastos médicos de Seguridad Social y otras semejantes, ya que esto no supone ningún concepto indemnizatorio, sino un derecho adquirido al margen de la cualidad de afectado por el hecho delictivo".

La ejecución de la sentencia de la colza tuvo dos fases: una judicial y otra administrativa<sup>384</sup>. En la primera se liquidaban cada uno de los créditos indemnizatorios mediante autos de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 798 LECr y los AAN a los que se ha hecho referencia. En la segunda, se tramitaban las propuestas de pago de acuerdo con el RDL 3/1999, de 26 de febrero, de pago de indemnizaciones derivadas de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1997, a los afectados del síndrome tóxico (BOE núm. 50, de 27.2.1999; en adelante RDL 1/1999): el Abogado del Estado comunicaba los autos a una oficina *ad hoc* adscrita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico) y ésta remitía las propuestas de pago a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para su abono a los beneficiarios<sup>385</sup>.

La insolvencia de los causantes del daño activó la responsabilidad del Estado como último garante de las víctimas de daños masivos cuando la responsabilidad civil no ofrece una respuesta suficiente. A su vez, la cuantía de la responsabilidad patrimonial obligó al establecimiento de un instrumento de administración del pago de la compensación.

Veinte años después de los hechos relevantes y tras dos procesos penales, ambos resueltos en última instancia por el Tribunal Supremo, se adoptó, a todos los efectos,

---

<sup>384</sup> Sobre la ejecución de la STS, 2ª, 26.9.1997, vid. los dos trabajos de JIMÉNEZ APARICIO citados en la nota anterior.

<sup>385</sup> Art. 2 RDL 1/1999. Tramitación de las propuestas de pago: "Una vez notificados y firmes los autos que, en fase de ejecución de sentencia, se dicten por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Abogado del Estado los comunicará a la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico. Para que se pueda efectuar el pago de la forma más inmediata posible, los interesados habrán debido aportar los datos precisos para realizar la transferencia bancaria o, en otro caso, haber indicado la forma alternativa de pago elegida dentro de las previstas en la normativa vigente.

Esa Oficina elaborará las relaciones de perceptores afectados, que incluirán los datos necesarios para la realización del pago a cada uno de ellos. El Subdirector general de la Oficina efectuará, de acuerdo con los procedimientos de gestión aplicables y previa la oportuna fiscalización las correspondientes propuestas de pago que, junto con las indicadas relaciones se remitirán a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para su pago a los interesados".

un fondo de compensación. La experiencia debería hacer reflexionar sobre la conveniencia de afrontar la compensación de daños masivos a través, únicamente, de la responsabilidad civil. Tal vez proceda establecer algún mecanismo de compensación sin culpa tan pronto como la litigación alcanza el punto de no retorno. Si las víctimas pudieran optar por una compensación rápida y en cuantía suficiente, los tribunales no se verían obligados a forzar las categorías tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual hasta límites insospechados con el objeto de no dejar a miles de personas sin compensación. Con todo, la vía de la litigación quedaría abierta para aquellas víctimas que prefirieran una compensación incierta pero tal vez mayor o que quisieran obtener justicia correctiva en uno de sus sentidos más tradicionales.

*c. Responsabilidad por el deficiente control de actividades autorizadas y por la no adopción de medidas preventivas en relación con los daños del amianto*

i. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2007, MP: Rafael Salvador Manzana Laguarda

En alguna ocasión las Administraciones públicas españolas han sido condenadas por inspección laboral y revisiones médicas deficientes. En este sentido, téngase en cuenta la STSJ Valencia, Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007\115706; MP: Rafael Salvador Manzana Laguarda) dictada en un caso de carcinoma de pulmón supuestamente derivado de la exposición al amianto.

El 4 de abril de 2001, D. Carlos Francisco falleció como consecuencia de un carcinoma de pulmón. D. Carlos Francisco había sido fumador crónico y durante su vida laboral había trabajado en diferentes empresas de fibrocemento con centros de trabajo en la Comunidad Valenciana. Entre 1986 y 1997 el Gabinete Técnico de Higiene y Seguridad de la *Conselleria* de Trabajo y Seguridad Social elaboró informes en los que apreciaba que las imágenes radiológicas y síntomas que presentaba Carlos Francisco eran compatibles con diversos diagnósticos benignos. Los informes no señalaban ninguna contraindicación para el trabajo habitual de Carlos Francisco y remitían a éste al médico de cabecera. Ni en los informes referidos ni en la necropsiæ hacía referencia a la presencia de fibras del amianto en los pulmones.

Luis Antonio, hijo del trabajador y demandante, formuló reclamación de 180.303,60 € en concepto de responsabilidad patrimonial frente a la *Conselleria* de Economía, Hacienda y Empleo de la *Generalitat Valenciana* por revisiones médicas e inspecciones laborales deficientes. La *Conselleria* desestimó la reclamación por Resolución de 6 de marzo de 2003.

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Luis Antonio, anuló la resolución de la *Conselleria* y reconoció el derecho de Luis Antonio a ser indemnizado, si bien apreció que el tabaquismo de la víctima contribuyó en un 60% al daño y tuvo en cuenta la contribución en el cálculo de la cuantía indemnizatoria que fijó en 72.121 € más los intereses desde la reclamación en vía administrativa. En los FFDD 3º y 4º puede leerse, respectivamente, que

- “[I]a Administración autonómica venía obligada, no sólo a adoptar por sí misma, sino igualmente, a ejercitar las medidas de inspección y de toda índole, precisas para imponer a las empresas vinculadas a actividades generadoras de riesgos para la salud de sus trabajadores, la adopción de los medios necesarios para suprimir o paliar las consecuencias de tales situaciones de riesgo, en los términos previstos por la normativa vigente”.

- “[a]unque (...) las imágenes radiológicas obtenidas de D. Carlos Francisco eran compatibles con una gran cantidad de diagnósticos, generalmente benignos, y que en la necropsia no se indica la aparición de fibras del amianto, lo cierto es que en el dictamen efectuado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Valencia, se afirma que (...) pueden encontrarse gran cantidad de fibras en el lavado broncoalveolar con una historia de exposición laboral corta pero intensa al amianto, o, por el contrario, bajo nivel de fibras, si ha habido una exposición laboral relevante. Debe, pues, concluirse que los síntomas detectados en las citadas exploraciones radiológicas no eran tan sólo propios de una enfermedad común, que justificara su remisión al médico de cabecera, sino que, cuanto menos, debieron considerarse como sospechosos de una posible patología derivada de la exposición al amianto, y pese a ello no se adoptó ninguna medida de protección, ni ninguna actuación de investigación o comprobación”.

## ii. Resoluciones del Consejo de Estado francés de 3 de marzo de 2004

La sentencia es el *pendant* español de las resoluciones del Consejo de Estado francés (*Conseil d'État*) de 3 de marzo de 2004 que resolvieron los siguientes casos: *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité (MES) c. Consorts Burdignon (nº 241150)*; *MES c. Consorts Botella (nº 241151)*; *MES c. Consorts Thomas (nº 241152)*; y, *MES c. Consorts Xueref (nº 241153)*<sup>386</sup>.

A los efectos que aquí interesan la cuestión que se planteaba en los casos era si el Ministerio de Salud y de Solidaridad francés debía responder por los daños derivados de la exposición ocupacional al amianto en empresas privadas.

Los antecedentes de hecho, iter procesal y fundamentos de derecho de todas las resoluciones son muy similares. Trabajadores de empresas privadas fallecieron como consecuencia de las enfermedades contraídas por exposición ocupacional al amianto. Las viudas demandaron al Ministerio de Salud y de Solidaridad francés. El caso llegó hasta el Consejo de Estado. En la Resolución núm. 241150, por ejemplo, puede leerse:

- “incumbe a las autoridades públicas encargadas de la prevención de riesgos profesionales estar informadas de los peligros que puedan correr los trabajadores en el marco de su actividad profesional (...) y adoptar, según el estado de los conocimientos

---

<sup>386</sup> Sobre las resoluciones Vid. LOVELLS, *Asbestos Litigation in France*, Lovells France, September 2009, p. 8. Disponible en <http://www.lovells.com/Lovells/Publications/Publications.htm> y AZAGRA, *La tragedia...*, *op. cit.*, p. 84.

científicos y con la ayuda de los estudios e investigaciones complementarias, las medidas más apropiadas para limitar y, si es posible, eliminar tales riesgos”<sup>387</sup>.

- “el carácter nocivo de los polvos de amianto se conocía desde principios del siglo XX y su carácter cancerígeno había sido puesto de manifiesto desde mediados de los años cincuenta (...) las autoridades incluyeron, progresivamente y a partir de 1945, las enfermedades invalidantes e incluso mortales derivadas de la exposición ocupacional al amianto en la lista de enfermedades profesionales, [sin embargo] antes de 1977 esas autoridades no llevaron a cabo ninguna investigación que tuviera por objeto evaluar los riesgos para los trabajadores expuestos al amianto, ni tomaron medidas adecuadas para eliminar o, al menos, limitar los peligros asociados a una exposición de ese tipo, (...)”<sup>388</sup>.

Si se generalizara la doctrina de las sentencias citadas en los párrafos precedentes, la Administración sería responsable por todo producto desnaturalizado y hasta defectuoso importado a España, así como por cualquier accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados de una actividad peligrosa, que el funcionamiento normal o anormal de la inspección laboral o del sistema público de salud no evitó. No puede ser ésta la finalidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y tal responsabilidad no debería nacer en supuestos en los que la relación causal con el daño es tan tenue que su consideración tiene difícil acomodo en la causalidad entendida como causalidad próxima y no meramente fáctica<sup>389</sup>.

Sentencias como las analizadas no parecen tener como objeto la adjudicación de controversias conforme a derecho, sino más bien la gestión de la compensación de daños masivos. En este sentido, llevan al extremo la erosión del principio clásico de *casum sentit dominus*<sup>390</sup> según el cual los daños deben ser asumidos por la propia víctima

<sup>387</sup> Vid. *Décision du Conseil d'État du 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité (MES) c. Consorts Burdignon (n° 241150)*: “[I]l incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle [...] et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers”.

<sup>388</sup> Vid. *Décision du Conseil d'État du 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité (MES) c. Consorts Burdignon (n° 241150)*: “Considérant qu'en relevant, d'une part, que la caractère nocif des poussières d'amiante était connu depuis le début du XXème siècle et que le caractère cancérigène de celles-ci avait été mis en évidence dès le milieu des années cinquante, d'autre part, que, si les autorités publiques avaient inscrit progressivement, à partir de 1945, sur la liste des maladies professionnelles, les diverses pathologies invalidantes voire mortelles, dues à l'exposition professionnelle à l'amiante, ces autorités publiques avaient inscrit progressivement, à partir de 1945, sur la liste des maladies professionnelles, les diverses pathologies, les diverses pathologies invalidantes voire mortelles, dues à l'exposition professionnelle à l'amiante, ces autorités n'avaient entrepris, avant 1977, aucune recherche afin d'évaluer les risques pesant sur les travailleurs exposés aux poussières d'amiante, ni pris de mesures aptes à éliminer ou, tout au moins, à limiter les dangers liés à une telle exposition, (...)”.

<sup>389</sup> Sobre cómo los criterios de imputación objetiva limitan la causalidad fáctica determinada mediante el criterio de *condicio sine qua non* o *but-for test*, vid. SALVADOR CODERCH Y FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad...”, *op. cit.*

<sup>390</sup> Sobre el principio *casum sentit dominus*, vid. SALVADOR Y CASTIÑEIRA, *Prevenir...*, pp. 103-107 y Konrad ZWIEGERT y Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. neubearbeitete Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 684 y 685, § 42 VI.

salvo que exista algún motivo para trasladar sus consecuencias a otra persona, generalmente, que ésta los haya causado mediando culpa.

En un primer momento, la erosión afectó a la pérdida de centralidad de la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual a favor del canon de responsabilidad objetiva. En la actualidad, va más allá y se manifiesta en una suerte de solidaridad o responsabilidad social (*community responsibility*) que obliga a repartir entre el conjunto de la sociedad los daños que sufren algunos individuos y que no les son imputables<sup>391</sup>.

## 2. LA ADMINISTRACIÓN COMO DEMANDANTE<sup>392</sup>

Las Administraciones públicas también interpretan el papel de demandantes en procesos por daños masivos. La causación de daños masivos activa las prestaciones asistenciales públicas y, en consecuencia, incrementa el gasto público. Con la doble finalidad de recuperar las cantidades invertidas y promover la seguridad y la salud de los administrados, la legislación puede prever acciones de reembolso a favor de las Administraciones públicas correspondientes.

### 2.1. Doble condición de las Administraciones en las acciones de reembolso: propietarias y reguladoras

Cuando ejercitan acciones de reembolso, NAGAREDA observó que las Administraciones actúan en una doble condición de propietarias y reguladoras. Como propietarias defienden un interés patrimonial propio sobre los recursos que han de invertir en la reparación de daños que no han causado. Como reguladoras persiguen la consecución de un interés público, señaladamente, prevenir el daño e incrementar el bienestar social.

El riesgo que subyace a esta doble condición es que el interés patrimonial propio pase por delante del interés público en aquellas situaciones en las que uno y otro no están alineados. En particular, se ha planteado si Administraciones públicas con un interés propio en juego pueden conducir la litigación hacia el mejor acuerdo posible para las víctimas o si, por el contrario, la priorización de sus propios intereses puede llevar a perjudicar a las víctimas<sup>393</sup>.

<sup>391</sup> Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "La responsabilidad civil hoy", *ADC*, Tomo XXXII, Fascículo IV, 1979, p. 738. En un sentido similar, vid. TREBILCOCK, "Incentive Issues...", *op. cit.*, p. 23: "accidents are viewed as relatively random, unavoidable consequences of life in an industrialized, interdependent society, just as society is the collective beneficiary of the economic activities carried on in it, so should it bear collective responsibility for the costs (...)"

<sup>392</sup> La expresión es también el título de uno de los capítulos de NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 183-216.

<sup>393</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 184 y 185: "government reimbursement litigation puts into play two dimensions of government: what one might dub its 'regulatory' and 'proprietary' dimensions. Broadly states, governments do two things. They act to advance the public welfare, with health and safety being the most salient components. In addition, governments have a legal existence in themselves as proprietors. They own property. They enter into contracts. They can sue and be sued in their own name, apart from the natural persons that run them".

## **2.2. Acción de reembolso de la Junta de Andalucía y el Servicio Andaluz de la Salud por los servicios sanitarios relacionados con el tabaquismo. Las Administraciones públicas como demandantes y demandadas: Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009, MP: Celsa Pico Lorenzo**

En España, una de las acciones de reembolso con más repercusión fue la iniciada en el año 2002 por la Junta de Andalucía y el Servicio Andaluz de Salud (SAS). Ambas demandaron en el orden civil a seis tabacaleras que operaban en Andalucía en reclamación de más de 1.750.000 €<sup>394</sup> por los servicios sanitarios requeridos por 135 pacientes víctimas del tabaquismo. Una de las compañías demandadas era “Altadis, S.A.”, sucesora de “Tabacalera, S.A.”, compañía que ostentó el monopolio estatal de la venta de tabaco hasta 1998<sup>395</sup>. En consecuencia, fue necesario llamar al proceso como parte demandada a la Administración del Estado y los tribunales del orden civil declararon su falta de jurisdicción.

La Junta de Andalucía y el SAS iniciaron acciones por la vía contencioso-administrativa. En concreto, interpusieron un requerimiento previo a la iniciación de un litigio entre administraciones previsto en la legislación procesal contencioso-administrativa, así como una reclamación de responsabilidad patrimonial. Los dos fueron desestimados y recurridos en vía judicial.

Obsérvese que las Administraciones públicas son demandantes (Junta de Andalucía y SAS) y demandada (Administración del Estado). Aunque la situación es excepcional, da razón de las posiciones que pueden llegar a ocupar las Administraciones públicas en las acciones de reembolso.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 30 de septiembre de 2009 (JUR 45892; MP: Celsa Pico Lorenzo), referida al requerimiento previo, es uno de los episodios más recientes de esta litigación.

---

*Id.*, p. 208 y 209: “The structure of government reimbursement litigation does not mark an improvement on the structure of representation that has proven problematic for mass torts. It actually replicates that structure. Rather than induce the selling out of future claimants through the payouts provided to present ones, defendants may induce the selling out of regulatory policy through the payouts to the plaintiff governments as proprietors”.

<sup>394</sup> Sobre la litigación en juzgados y tribunales del orden civil, vid SALVADOR *et al.*, “El Derecho Español...”, *op. cit.*, p. 23 y <http://www.junta.deandalucia.es/servicios/noticias/detalle/16058.html>.

<sup>395</sup> En <http://www.altadis.com/index.asp?pageid=17> puede consultarse un resumen de la historia de la compañía que se extracta a continuación: “La compañía Altadis nació en el año 1999, resultante de la fusión de las empresas Tabacalera y Seita (...).

Los antecedentes de Tabacalera se remontan a la fundación, el año 1636, de la Institución del Estanco del Tabaco en España. En 1887 se crea una sociedad, la Compañía Arrendataria de Tabacos (CAT), que se encarga de la gestión del monopolio de tabacos. En marzo de 1945 cambia su nombre por el de Tabacalera, S.A., empresa que sería privatizada en abril de 1998.

Por su parte, los antecedentes de Seita se remontan al año 1664, con la creación de la Hacienda de Tabacos. En 1926 se constituye el Servicio de Explotación Industrial de Tabacos (Seit), que pasa a convertirse en Seita en 1935. Su privatización tendría lugar en el año 1995. (...)

En enero 2008 Imperial Tobacco adquiere Altadis (...).

En el caso se planteaba, en lo fundamental, si el procedimiento elegido por las actoras era el adecuado o si debían seguir el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial. El primero, a diferencia del segundo, no exigía interposición de recurso en vía administrativa.

La Junta de Andalucía y el SAS solicitaron al Ministerio de Economía y Hacienda que reembolsara los gastos sanitarios ex art. 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, 29 de abril de 1986; en adelante LGS)<sup>396</sup>. Lo hicieron por el procedimiento de litigios entre administraciones públicas del art. 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, 14 de julio de 1998). El Ministerio desestimó la reclamación de forma presunta.

El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de noviembre de 2007 inadmitió el recurso contencioso-administrativo y otro auto posterior de 25 de enero de 2008 desestimó el recurso de súplica. En ambos autos, la Audiencia Nacional consideró que no existía acto administrativo impugnado a través de los cauces sustantivo y procesal elegidos por las actoras y que lo procedente era, en su caso, la reclamación de la responsabilidad patrimonial.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía. El Tribunal rechazó todos y cada uno de los motivos casacionales en los FFDD 8º a 12º. Así, en relación con la alegada infracción de la tutela judicial efectiva, el Tribunal señala en el FD 8º, Razón Cuarta:

“Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE implica la necesidad de que los ciudadanos obtengan de los órganos judiciales una satisfacción razonada y, a ser posible, «de fondo» de sus pretensiones. Mas dicha doctrina «no excluye la necesidad de que las partes deban cumplir escrupulosamente con los presupuestos y requisitos procesales que condicionan el enjuiciamiento de fondo de sus pretensiones, porque, en caso contrario, dicho incumplimiento faculta a los órganos judiciales para dictar una resolución absolutoria en la instancia o inadmisoria del recurso interpuesto» (FD 3º STC 27/1995, de 6 de febrero, con cita de otras muchas). La ausencia de utilización del procedimiento establecido, debido únicamente a la conducta de la administración recurrente, encaja en tal supuesto”.

---

<sup>396</sup> Vid. art. 83 LGS: “Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del servicio de salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.

### 2.3. Acciones de reembolso en la litigación estadounidense por daños del tabaquismo y armas de fuego

En Estados Unidos, ejercitaron acciones contra las tabacaleras, además de las víctimas del tabaquismo, muchos estados —a través de sus *state attorney general*<sup>397</sup>-, el gobierno federal y fondos de pensiones. Todos ellos hubieron de satisfacer los costes del tratamiento médico de aquellas. Uno de los principales argumentos que subyace a sus demandas es el del enriquecimiento injusto de la industria del tabaco<sup>398</sup>.

En relación con los *estados*, éstos alcanzaron diversas transacciones con compañías tabacaleras. Cuatro estados transigieron individualmente entre julio de 1997 y mayo de 1998, muchos otros lo hicieron conjuntamente el 23 de noviembre de 1998. Ertotal, el importe nominal de las transacciones ascendió a no menos de 246.000 millones de dólares, si bien buena parte del importe se había de satisfacer en veinticinco años y las aportaciones que habían de realizar las compañías que firmaron el acuerdo podían ser revisadas. Al parecer, las compañías tabacaleras firmantes del acuerdo consiguieron como contrapartida algunas excepciones muy controvertidas a la aplicación de reglas de derecho de la competencia, cuyo examen excede del objeto de este trabajo<sup>399</sup>.

<sup>397</sup> Muchos de ellos con la ayuda de abogados especialistas en daños masivos con quienes se llegó a acuerdos de *quota litis* que resultaron extraordinariamente lucrativos. Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>398</sup> Vid. James A. HENDERSON, "The Lawlessness of Aggregative Torts", 34 *Hofstra L. Rev.* 329 (2005), p. 333: "In essence, the federal government's claim, in similar fashion to the claims just described at the state and local levels is based on unjust enrichment".

HENDERSON es muy crítico de los *aggregative torts* con independencia de que los demandantes sean administraciones u organizaciones no gubernamentales. Los considera una vía de eludir los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil, una invasión de competencias regulatorias por parte de jueces y tribunales y advierte sobre los peligros de sustituir reglas bien establecidas por estándares que adolecen de una vaguedad muy marcada. Vid. HENDERSON, "The Lawlessness...", pp. 337 y 338: "Make no mistake about it, aggregative torts are inherently lawless and unprincipled (...)

(...) [T]he lawlessness of aggregative torts inhere in the remarkable degree to which they combine sleeping, social-engineering perspectives with vague, open-ended legal standards for determining liability and measuring damages (...) Of course, traditional tort law unavoidably involves economic regulation to some extent. But these new aggregative torts involve self-conscious judicial regulation on such a breathtaking scale, abstracted from any commitment to the individual rights of individual victims, that they clearly exceed the political boundaries of judicial authority.

(...) [V]ague standards leave it to the discretion of triers of fact to "do what is right" in factual contexts that juxtapose large numbers of putative victims against affluent groups of commercial actors (...) the litigants cannot work their way through linear chain of logic and insist on outcomes as a matter of right. Instead, the parties become supplicants, begging for enough of the tribunal's sympathy to cause it to bless them with a favorable exercise of its unreviewably boundless discretion".

<sup>399</sup> Sobre las transacciones, vid. las referencias al *Master Settlement Agreement (MSA)* en NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 183-216, HENDERSON, "The Lawlessness...", *op. cit.*, p. 333 y SALVADOR CODERCH *et al.*, "Tres transacciones...", *op. cit.*, pp. 3-8.

a. *United States v. Philip Morris USA Inc.*, 396 F.3d 1190 (D.C. Cir. 2005)

En relación con el *gobierno federal*, el caso de referencia es *United States v. Philip Morris USA Inc.*, 396 F.3d 1190 (D.C. Cir. 2005)<sup>400</sup>. En él se planteaban, entre otras cuestiones, si la Ley contra las organizaciones corruptas o bajo el influjo de la criminalidad organizada (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, codificada en 18 USC §§ 1961 y ss., en adelante RICO) permitía al gobierno federal obtener la devolución de las ganancias obtenidas ilícitamente (*disgorgement*) en un procedimiento civil.

Durante años, las tabacaleras ocultaron los riesgos derivados del tabaquismo y usaron técnicas de publicidad dirigidas a menores. El gobierno federal, por su parte, había financiado tratamientos médicos para daños del tabaquismo mediante el programa *Medicare*, que, en lo sustancial, cubría los costes de asistencia sanitaria a personas ancianas.

El 22 de septiembre de 1999 el gobierno federal demandó a diversas tabacaleras y a entidades relacionadas con aquellas en reclamación del reembolso del gasto en asistencia sanitaria, así como la cesación en las actividades ilícitas y la devolución de las ganancias obtenidas mediante sus actividades ilícitas de acuerdo con los remedios previstos en RICO.

Las demandadas solicitaron la inadmisión de las acciones de la demanda mediante expediente procesal de la *motion to dismiss*, que permite desestimar una demanda en todo o en parte, entre otros motivos, porque el relato fáctico no contiene elementos suficientes para sustentar una reclamación conforme a derecho<sup>401</sup>. El Tribunal de Distrito estimó parcialmente la *motion to dismiss*: desestimó las acciones de reembolso, pero no las de RICO.

El caso prosiguió en relación con las últimas y el gobierno federal cifró el enriquecimiento injusto en \$ 280.000 millones por las ventas, entre 1971 y 2001, de cigarrillos a jóvenes fumadores<sup>402</sup>. Después de la *discovery*, a la que ya se ha hecho referencia más arriba, las demandadas solicitaron que la acción de enriquecimiento injusto se desestimara mediante *summary judgment*, es decir, sin necesidad de que interviniera

<sup>400</sup> Sobre la litigación del gobierno federal contra las principales compañías tabacaleras y organizaciones afines, vid. <http://www.justice.gov/civil/cases/tobacco2/index.htm>, HENDERSON, "The Lawlessness...", *op. cit.*, p. 332 y 333 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 212-214.

<sup>401</sup> En el derecho federal procesal la *motion to dismiss for failure to state a legal claim* constituye una de las *pre-answer motions* y está recogida en la Regla 12 (b) (6) de las Reglas Federales del Proceso Civil: "[a] party may assert the following defenses by motion: (...) (6) failure to state a claim upon which relief can be granted (...)". Una presentación sucinta de ésta puede leer en YEAZELL, *Civil Procedure*, *op. cit.*, p. 21: "The defendant may say that, even if everything in the complaint is true, under the substantive law plaintiff has no right to relief. An obvious if unrealistic example is a complaint that alleges that the defendant made a face at the plaintiff or that the defendant drove a car of an offensive color. At common law, the defendant would demur to such claims; now we say that the complaint fails to state a claim upon which relief can be granted. See Rule 12 (b) (6) (...). Notice an important characteristic of these pre-answer motions: They take no position on the truth or falsity of plaintiff's allegations".

<sup>402</sup> Se incluían en el cómputo, aquéllos jóvenes menores de 21 años que fumaban al menos 5 cigarrillos al día. Vid. *United States v. Philip Morris USA Inc.*, 1193.

el órgano encargado de establecer los hechos probados –generalmente, el jurado–, por no existir controversia en relación con los hechos y plantearse únicamente una cuestión sobre el derecho aplicable y su interpretación. El Tribunal de Distrito no acogió la solicitud de *summary judgment*, pero permitió que las demandadas recurrieran en apelación el auto desestimatorio<sup>403</sup>.

La mayoría del Tribunal de Apelaciones, con ponencia del Juez Sentelle, dio la razón a las demandadas. Entre otros motivos, el Juez Sentelle señaló que los remedios del RICO en procedimientos civiles son prospectivos y tienen como objeto la prevención de nuevas infracciones, características que no se dan en la acción de devolución de las ganancias obtenidas solicitada por el gobierno federal:

“La devolución de las ganancias obtenidas ilícitamente constituye un ejemplo por antonomasia remedio retrospectivo y dirigido a remediar los efectos de las conductas pasadas con el fin de restablecer el *status quo* (...) Se mide en la cuantía de las ganancias ilícitas previas y se concede sin tener en cuenta si el demandado actuará ilícitamente en el futuro. Está pensada y se mide en relación con la conducta pasada”<sup>404</sup>.

*b. Laborers Local 17 Health and Benefit Fund v. Philip Morris, Inc., 191 F.3d 229 (2d Cir. 1999)*

En relación con los fondos, un caso importante es *Laborers Local 17 Health and Benefit Fund v. Philip Morris, Inc., 191 F.3d 229 (2d Cir. 1999)*<sup>405</sup>. En él se planteaba si la conducta del demandado era causa próxima del daño, en particular, si el fraude de la industria del tabaco a los consumidores había causado el incremento de los costes sanitarios de los fondos de pensiones demandantes. Asimismo, se planteaba si la acción quedaba excluida por la Ley de Etiquetado y Publicidad del Tabaco (*Cigarette Labeling and Advertising Act*).

Los demandantes eran fondos de pensiones organizados de acuerdo con la Ley sobre relaciones laborales (*Labor-Management Act o Taft-Hartley Act*) y la Ley sobre pensiones de jubilación (*Employee Retirement Income Security Act*, en adelante ERISA)

<sup>403</sup> Como regla general, únicamente las resoluciones judiciales que resuelven la controversia de modo final o definitivo pueden ser recurridos. La *final decision rule* está prevista en el derecho procesal federal en el § 28 USC 1291, aunque conoce algunas excepciones significativas establecidas judicial y legislativamente, por ejemplo, en el caso se aplicó la prevista en el 28 USC § 1292 (b). Sobre la *final decision rule* y sus excepciones, vid. YEAZELL, *Civil Procedure, op. cit.*, pp. 635-655. El lector interesado puede consultar el texto de los preceptos en la página web del *Legal Information Institute* de la *Cornell Law School*, en concreto, en la siguiente dirección: [http://www.law.cornell.edu/uscode/28/uscode\\_sec\\_28\\_00001292-000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/28/uscode_sec_28_00001292-000-.html). También puede consultarlo en un compendio de legislación procesal, por ejemplo, en el editado por Stephen C. YEAZELL y publicado por Wolters Kluwer. Para la redacción de este trabajo se ha consultado la edición de 2008.

<sup>404</sup> Vid. *United States v. Philip Morris USA Inc., 1198: “Disgorgement (...) is a quintessentially backward-looking remedy focused on remedying the effects of past conduct to restore the status quo (...). It is measured by the amount of prior unlawful gains and is awarded without respect to whether the defendant will act unlawfully in the future. Thus it is both aimed at and measured by past conduct”.*

<sup>405</sup> La sentencia extractada y con anotaciones puede consultarse en EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 1222 -1229. *Laborers Local* ha sido adoptado por, al menos, siete circuitos más.

y constituidos por sindicatos. Los fondos de pensiones consideraban que la industria tabacalera había conspirado para ocultar información sobre los riesgos para la salud derivados del tabaquismo y que ellos habían tenido que asumir los costes derivados de las enfermedades derivadas del tabaquismo. En consecuencia, demandaban en su propio nombre a compañías tabacaleras.

El Tribunal de Distrito desestimó parte de la demanda en la fase inicial del proceso mediante el expediente procesal de la *motion to dismiss*, que se ha explicado sucintamente en páginas precedentes. El resto fueron admitidos a trámite, en concreto, los siguientes: fraude, infracciones de la RICO e infracción de deberes de conducta especiales. Los demandados apelaron el auto que admitía a trámite parte de la demanda.

El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito revocó el auto y reenvió el caso al Tribunal de Distrito con instrucciones de desestimar la demanda. El Tribunal, con cita de *Holmes v. Securities Investor Protection Corp.*, 503 U.S. 258 (1992), consideró que la conducta de los demandados no podía ser considerada causa próxima del perjuicio económico sufrido por los demandantes. Con todo, señaló que los demandantes podían ejercitar una acción de subrogación para recuperar los costes médicos de fumadores concretos y que, a su vez, los fumadores podían reclamar por otros daños, singularmente, los morales:

“Los fondos pueden todavía interponer una acción para recuperar los costes médicos satisfechos para fumadores concretos y los propios fumadores tienen incentivos suficientes para interponer sus propias demandas en reclamación de daños adicionales como por ejemplo, los morales”<sup>406</sup>.

Las Administraciones públicas estadounidenses –generalmente, administraciones locales- también han demandado a los fabricantes de armas de fuego por el incremento de gasto público en asistencia sanitaria, seguridad, servicios legales y otros debido al uso ilegal de las mismas<sup>407</sup>. Sin embargo, no han conseguido un resultado equiparable al de la transacción con las compañías tabacaleras. Asimismo, en 2005 el legislador federal limitó la posibilidad de litigar contra los fabricantes de armas de fuego, si bien la ley contiene algunas excepciones<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Vid. *Laborers Local 17 Health and Benefit Fund v. Philip Morris, Inc.*, 191 F.3d 229 (2d Cir. 1999), 241: “The Funds may still bring a subrogation action to recover the medical costs paid out for the individual smokers, and the smokers themselves have sufficient independent incentives to pursue their own causes of action for such additional types of injuries as pain and suffering”.

<sup>407</sup> Algunas administraciones también se han dirigido contra otras industrias como las del amianto o la pintura con contenido de plomo. V id. HENDERSON, “The Lawlessness...”, *op. cit.*, pp. 331 y 332. Se trata de acciones judiciales en las que las administraciones solicitan una indemnización en su beneficio pero que se interponen, al menos teóricamente, para reivindicar el interés público.

<sup>408</sup> Vid. las referencias a la *firearms litigation* en NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 183-216. El autor cita la referencia de la ley federal en la nota 31: *Protection of Lawful Commerce in Arms Act, Pub. L. No. 109-92, 119 Stat. 2095 (2005)* codificada en 15 USC §§ 7901-7903 y 18 USC §§922, 924. El autor también cita la nota de legislación publicada en 119 *Harv. L. Rev.* 1939 (2006).

c. *Camden County Board of Chosen Freeholders v. Beretta, U.S.A. Corp.*, 273 F.3d 536 (3rd Cir. 2001)

En *Camden County Board of Chosen Freeholders v. Beretta, U.S.A. Corp.*, 273 F.3d 536 (3<sup>rd</sup> Cir. 2001)<sup>409</sup> se planteó si los fabricantes eran responsables por los *torts* de *negligence* y *public nuisance* y, en consecuencia, debían responder por los daños causados por el uso ilegal de pistolas.

El § 821B RST define *public nuisance* como “una interferencia no razonable con un derecho compartido por el público en general” e incluye entre tales interferencias, por ejemplo, aquellas que afectan a la paz y a la salud públicas<sup>410</sup>. Ésta es también la definición que adopta el tribunal en *Beretta* y que ya había sido adoptada por el tercer circuito anteriormente. Generalmente, las autoridades públicas son las encargadas de exigir la cesación o disminución de la actividad que genera el perjuicio público y los particulares no pueden reclamar daños por *public nuisance*. Sin embargo, la regla tiene una excepción para los afectados de un modo especial y diferenciado del resto de la comunidad.

En el caso, las compañías demandadas habían comercializado y distribuido pistolas que acabaron en las manos de personas que las usaron con fines criminales. El condado demandante hubo de incurrir en gastos policiales, legales y médicos para aplacar los efectos que los crímenes violentos tuvieron en la comunidad.

El Tribunal de Distrito desestimó la demanda. En relación con el *tort* de *negligence* señaló que no existía causalidad adecuada y en relación con el de *public nuisance* que no se había probado que los demandados ejercieran control alguno sobre las conductas relevantes.

El Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito federal confirmó la sentencia. En relación con la acción por *public nuisance* señaló:

“Si terceras partes independientes causan la interferencia, las partes que no tienen control o no crearon aquella no son responsables”<sup>411</sup>

<sup>409</sup> Puede consultarse el caso extractado y con notas en EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 717-722. Otros casos posteriores, resolvieron las cuestiones planteadas un sentido parecido. EPSTEIN cita, por ejemplo, *Johnson v. Bryco Arms*, 304 F. Supp. 2d 383 (E.D.N.Y. 2004) and *Ileto v. Glock Inc.* 349 F.3D. 1191 (9<sup>th</sup> Cir. 2003). Vid. EPSTEIN, *Cases and Material...*, *op. cit.*, p. 722.

<sup>410</sup> Vid. HENDERSON *et al.*, *The Torts Process*, 7<sup>th</sup> ed., Aspen, New York., pp. 387 y 388. Allí se extracta también el § 821B RST:

“(1) A public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public.

(2) Circumstances that may sustain a holding that an interference with a public right is unreasonable including the following:

(a) whether the conduct involves a significant interference with the public health, the public safety, the public peace, the public comfort or the public convenience, or

(b) whether the conduct is proscribed by a statute, ordinance or administrative regulation, or

(c) whether the conduct is of a continuing nature or has produced a permanent or long-lasting effect, and, as the actor knows or has reason to know, has a significant effect upon the public right”.

<sup>411</sup> Vid. *Camden County v. Beretta*, 541:“If independent third parties cause the nuisance, parties that have not controlled or created the nuisance are not liable.”

Obsérvese que en los casos comentados, la Administración ocupó la parte demandante porque asumió en un primer momento la gestión de los daños masivos y persigue luego el reembolso de los costes correspondientes. Esto es también lo que sucedería si se implementara un fondo de compensación y se le reconociera a éste una acción subrogatoria. Ahora bien, la cobertura del fondo iría más allá de los costes sanitarios y cubriría también el resto del daño patrimonial y con ciertos límites el daño moral. De este modo, la víctima podría obtener una compensación con una cuantía suficiente. Asimismo, el fondo podría recuperar parte de los costes de proveerla y únicamente litigaría en los casos en los que tuviera probabilidades de prevalecer, por lo que el volumen de litigación descendería previsiblemente.

## 5

# ACUERDOS Y CONTRATOS: TRANSACCIONES COLECTIVAS Y MERCADOS

### 1. TRANSACCIONES COLECTIVAS

Demandantes y demandados han intentado eludir la litigación mediante transacciones cuyo ámbito de aplicación subjetivo comprende cientos y hasta miles de víctimas. Sin embargo, estas transacciones adolecen de algunos inconvenientes que deben incorporarse al análisis sobre su idoneidad como instrumento de gestión global de la compensación de las víctimas de daños masivos. A continuación se estudian tales inconvenientes. Además, se constata que, en ocasiones, estas transacciones conducen a la constitución de un fondo de compensación, por lo que, al final, es este el instrumento que se escoge para la gestión de daños masivos.

#### 1.1. Acciones y transacciones de clase e incentivos a la transacción

La posibilidad de transigir colectivamente las acciones de más de un demandante —por ejemplo, en el marco de una acción de clase— permite a los abogados de los demandantes convertir la litigación en un mercado. En este mercado, los abogados —en representación de sus clientes y autorizados por ellos— venden a los demandados paquetes de decenas o centenares de acciones legales. Si los demandados los compran, se alcanza una transacción colectiva y, en su caso, se acuerda tomar los pasos procesales necesarios para dotarla de efectividad<sup>412</sup>.

Aunque la agregación permite reducir los costes de transacción que resultarían de la negociación individual con cada uno de los demandantes, también puede distorsionar los incentivos a la transacción de tal modo que no sea cierto que ésta favorezca a las dos partes que la acuerdan. Puede, incluso, que ninguna de ellas resulte beneficiada.

##### *a. Sesgo pro-demandante de las acciones de clase*

En las acciones de clase por daños masivos como los del amianto existe un sesgo pro-demandante muy marcado. Así, resolver en contra de los intereses de un enfermo de mesotelioma que fallecerá a los pocos meses es una decisión humanamente compleja

---

<sup>412</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 4: “It is simply to observe that, for mass torts, lawyers often make a market where no relationship previously existed among would-be plaintiffs. The legal claims brought in plaintiff’s names are the mass-marketed ‘product’ that entrepreneurial plaintiff’s lawyers sell to defendants in settlement”.

para cualquier juez o jurado, hacerlo en contra de los intereses de decenas o cientos de enfermos lo es, por razones obvias, todavía más.

Los demandados conocen el sesgo y saben, además, que una condena indemnizatoria en una acción de clase puede dejarlos en pésima situación financiera y reputacional, además de generar un efecto llamada de nuevas acciones de clase e individuales. Por todo ello, una vez ha sido admitida a trámite la acción de clase o ha superado determinadas fases procesales, los demandados pueden estar dispuestos a aceptar transacciones poco favorables, pues saben que estos sesgos disminuyen sus probabilidades de prevalecer en juicio<sup>413</sup>.

#### *b. “Efecto amplificación” de las imperfecciones de la adjudicación judicial*

Las acciones de clase pueden servir para multiplicar o amplificar las imperfecciones de la adjudicación judicial en relación con demandas que, de presentarse individualmente, tendrían una probabilidad moderadamente baja –aunque no excepcionalmente baja– de ser estimadas. Si esto es negativo o positivo desde el punto de vista normativo es difícil de determinar. La escasa probabilidad de éxito, puede deberse a que la evaluación de la prueba sea una cuestión controvertida, pero también puede deberse al influjo de sesgos cognitivos. En cualquier caso, el fenómeno no debería ser ignorado.

#### *i. ¿Procesos colectivos o individuales? Indemnización esperada y varianza*

NAGAREDA explica la consiguiente presión a la transacción con el siguiente ejemplo. Imaginemos que una compañía es parte demandada en 1.000 procesos y que con una probabilidad de 8% resultará condenada a pagar un millón de dólares. Los costes esperados para el demandado son, pues, de 80 millones (8% de 1.000.000 multiplicado por 1.000 ó 80 casos multiplicado por 1.000.000).

Si en lugar de 1.000 demandas individuales se interpone una única en el marco de una acción de clase y ésta obtiene la certificación, los costes esperados son los mismos, es decir, 80 millones. Sin embargo, la varianza cambia: existe una probabilidad de 92% de no pagar nada, frente a una probabilidad de 8% de pagar mil millones de dólares.

En este escenario, un demandado averso al riesgo puede estar dispuesto a pagar más de 80 millones para eludir la probabilidad de una condena que tal vez impida su continuidad empresarial. Aunque la probabilidad es moderadamente baja, no es extraordinariamente baja, por lo que un demandado averso al riesgo la tendrá en cuenta<sup>414</sup>.

<sup>413</sup> Por así decirlo, los demandados optan por la transacción como un mal menor.

<sup>414</sup> Vid. Richard NAGAREDA, “Aggregation and its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA”, *106 Columbia L. Rev.* 1872 (2006), pp. 1881-1882 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 48-52, p. 46: “The expected value of the classwide proceeding is the same as that for the no-class action world (\$80 million), but the variance in outcomes is much greater. Indeed, as a practical matter, there is no realistic possibility of an outcome in the class action world –aside from one generated by a class settlement short of trial– that would replicate the \$80 million expected total payout in individual litigation of the 1,000 claims (...) A risk-neutral defendant would not care about the greater variance (...) A risk-averse defendant, by contrast, cares about variance (...)”

- ii. ¿Certificación de acciones de clase o descentralización de procesos? La ponencia del Juez Posner en *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995)

*In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995) constituye una referencia ineludible a favor de la descentralización de procesos si las circunstancias lo requieren. La cuestión que se planteaba en *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.* era si podía certificarse una acción de clase de ámbito nacional en representación de hemofílicos que habían desarrollado SIDA como consecuencia de tratamientos con productos hemoderivados comercializados por los demandados que contenían sangre contaminada con el virus VIH.

Antes de analizar la sentencia, en los próximos párrafos se describe en lo esencial la certificación de las acciones de clase en el derecho federal estadounidense. La certificación vendría a ser algo así como la admisión a trámite definitiva de una acción de clase si se cumplen determinados requisitos. En el derecho federal procesal, la acción de clase está regulada en la Regla 23 de las Reglas Federales del Proceso Civil y, a diferencia de las acciones de clase españolas, las puede interponer un único miembro de la clase en nombre del resto<sup>415</sup>. Sin embargo, para que sea certificada, la acción de clase debe reunir cuatro prerequisites previstos en la Regla 23 (a):

- i. El número de demandados hace que la acumulación sea impracticable (numerosity). Cuando la clase tiene más de cuarenta miembros este requisito se suele entender como cumplido. Si tiene entre veinte y cuarenta la existencia de una clase dependerá de variables como la dispersión geográfica de los miembros o la escasa cuantía de las reclamaciones individuales.
- ii. Las cuestiones de hecho o de derecho que se plantean son comunes a la clase (commonality). Los tribunales acostumbran a interpretar este prerequisite de forma amplia, en ocasiones una única cuestión común puede cumplirlo.
- iii. Las demandas que se interponen por los demandantes que se erigen en representantes de la clase deben incluir las alegaciones típicas de la clase (typicality).
- iv. Los representantes protegerán de modo justo y adecuado los intereses de la clase y no únicamente los propios (adequacy of representation). Una de las sentencias más importantes dictadas en interpretación de este prerequisite es *Amchem Products, Inc.*

---

*As J.B. Heaton demonstrates (...) the settlement pressure exerted by the class action operates where plaintiff's probability of success on the merits, as perceived by the defendant, is only moderately low, not where that probability is extremely low*".

<sup>415</sup> Para una introducción al funcionamiento de las acciones de clase –de demandantes, también las hay de demandados- y a los casos y materiales más relevantes, vid. Jack H. FRIEDENTHAL *et al.*, *Civil Procedure: Cases and Materials*, 2008 Revised Ninth Edition, Thomson-West/American Casebook Series, St. Paul (MN), 2008, pp. 694-719, que ha sido la referencia básica para redactar la explicación que contiene este trabajo. En lengua española y con referencia también a la legislación española, vid. Alejandro FERRERES COMELLA, "Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* 11/2005, pp. 38-48.

v. Windsor, 512 U.S. 591 (1997), que se comenta en próximas páginas.

Si la acción de clase satisface los prerequisites, el juez deberá determinar, además, si responde a uno de los tres tipos que se prevén en la Regla 23 (b):

- i. Acción de clase para evitar los perjuicios que resultarían de una pluralidad de acciones tales como diversidad de estándares incompatibles o limitaciones en la capacidad de que otros miembros del grupo defendieran sus intereses (prejudice class actions o necessity class actions). Uno de los ejemplos más comunes es el de la solvencia parcial de los demandados (limited fund class action), del que también se verá un ejemplo en próximas páginas: Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 US 815 (1999).
- ii. Acción de clase para la imposición de obligaciones a los demandados o para la declaración de derechos (Injunctive and Declaratory Relief). Tiene especial incidencia en casos de infracción de derechos fundamentales –incluida la discriminación laboral–, protección del consumidor o casos medioambientales. No es necesario que la conducta de los demandados haya dañado u ofendido a todos y cada uno de los miembros de la clase.
- iii. Acción de clase en reclamación de daños y perjuicios (Damage Class Action). Esta acción de clase, tal vez la más utilizada en los casos de responsabilidad civil, tiene dos prerequisites especiales y dos garantías procesales adicionales para los miembros de la clase ausentes. Los dos prerequisites son la predominancia de cuestiones fácticas o jurídicas comunes y la idoneidad de la acción de clase en lugar de otras vías procesales, la cual se determina de acuerdo, entre otros, con los cuatro factores que recoge la Regla 23 (b) 3. Las dos garantías procesales adicionales son el deber de notificar a los miembros de la clase ausentes y el derecho a que los miembros de la clase decidan quedar excluidos de la acción de clase (opt-out). Amchem Products, Inc. v. Windsor, 512 U.S. 591 (1997) es un ejemplo de damage class action.

Obsérvese que en los dos primeros tipos de acciones de clase, a los que la jurisprudencia y la doctrina se refieren en ocasiones como *mandatory class actions*, no cabe el *opt-out* que, en cambio, es uno de los rasgos propio de las *damage class action*.

En *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, el Juez Grady del Tribunal de Distrito del Norte de Illinois, División Este, había certificado la acción de clase en primera instancia de forma innovadora: parcialmente y a los solos efectos de resolver algunas cuestiones comunes. En particular, para resolver si los demandados, laboratorios farmacéuticos que habían comercializado los productos hemoderivados, fueron negligentes de acuerdo con una de las dos teorías esgrimidas por los demandantes:

- i. Los demandados no habían adoptado las medidas de detección necesarias para evitar la contaminación después de conocer la posibilidad de que el VIH se transmitiera mediante transfusiones sanguíneas.

- ii. Cuando todavía no conocían esa posibilidad, tenían noticia de que la Hepatitis B podía transmitirse mediante transfusiones y tampoco adoptaron las medidas correspondientes. Esas medidas, además de evitar el contagio por Hepatitis B, podrían haber evitado el contagio por VIH e incluían, por ejemplo, la exclusión de los donantes remunerados, que constituyen una población de especial riesgo.

Los demandados recurrieron la certificación ante el Tribunal de Apelaciones mediante el recurso excepcional de *writ of mandamus* que permite a los Tribunales de Apelaciones invalidar autos procesales de los Tribunales de Distrito si concurren dos condiciones –en algún caso excepcional se permite la concurrencia de únicamente una-: (i) el auto en cuestión puede conducir a un daño irreparable y, por tanto, no será posible la revisión efectiva de aquellos cuando recaiga la sentencia de instancia; (ii) el auto excede las facultades jurisdiccionales hasta el punto de usurpar o vulnerar derechos incontestables de una de las partes o ser patentemente erróneo.

El Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal estimó el recurso y ordenó al Tribunal de Distrito que descertificara la acción de clase. En primer lugar, consideró que la presión a transigir el caso resultante de la certificación podía suponer un perjuicio irreparable. En segundo lugar, señaló que tres consideraciones permitían concluir que la certificación suponía una usurpación de los derechos de los demandados:

- i. “[N]os preocupa, en primer lugar, que las demandadas deban arriesgar sus empresas al resultado de un único proceso de jurado o que, ante el temor al riesgo de insolvencia, se vean obligadas a transigir incluso cuando hay responsabilidad (...) [E]l juez propone (...) [en lugar de una pluralidad de procesos], un único proceso frente a un único jurado que no sería instruido de acuerdo con ningún derecho concreto, sino que las instrucciones consistirían en una suerte de esperanto [legal] que amalgamara los estándares de negligencia de cincuenta estados y el Distrito de Columbia. Un jurado formado por seis personas (...) tendrá en la palma de su mano el destino de una industria (...) Pero esto no debe ser tolerado cuando existe la alternativa de someter la cuestión a múltiples jurados que constituyen agregadamente un cuerpo de toma de decisiones mucho mayor y más diverso (...)”<sup>416</sup>.

---

<sup>416</sup> Vid. *In Re Rhone-Poulenc*, 1300 –en ésta y sucesivas notas extracto las partes citadas de la sentencia y alguna adicional-: “*The first is a concern with forcing these defendants to stake their companies on the outcome of a single jury trial, or be forced by fear of the risk of bankruptcy to settle even if they have no legal liability (...) For this consensus or maturing judgment [en referencia a la pluralidad de procesos independientes] the district judge proposes to substitute a single trial before a single jury instructed in accordance with no actual law of any jurisdiction –a jury that will receive a kind of Esperanto instruction, merging the negligence standards of the 50 states and the District of Columbia. One jury, consisting of six persons (the standard federal civil jury nowadays consists of six regular jurors and two alternates), will hold the fate of an industry in the palm of its hand. (...) But it need not be tolerated when the alternative exists of submitting an issue to multiple juries constituting in the aggregate a much larger and more diverse sample of decision-makers (...)*”.

ii. “[El Juez Grady] propone que un jurado establezca la negligencia de los demandados con un estándar de responsabilidad que no existe en ningún lugar del mundo (...)”<sup>417</sup>.

“Tras Erie, la jurisdicción de los tribunales federales en procedimientos de *diversity*, únicamente está diseñada para proveer un foro alternativo para la litigación de pretensiones sujetas a un determinado derecho estatal, no un derecho sustantivo alternativo (...)”<sup>418</sup>.

iii. “El plan del Juez de Distrito en este caso es incompatible con el principio según el cual las cuestiones de hecho establecidas por el jurado no pueden ser reexaminadas por un segundo, un tercero, o *n* jurados. El primer jurado no determinará la responsabilidad [únicamente lo iba a hacer en relación con el representante de la clase, pues recuérdese que la acción de clase se certificó con efectos limitados] (...) A no ser que los demandados transijan, un segundo (y un tercero, y un cuarto, y un centésimo y hasta un milésimo) jurados decidirán individualmente y en relación con las subsiguientes demandas de los miembros de la clase, aspectos como la negligencia comparativa (...) y la causalidad próxima (...). Cómo se va a evitar la incoherencia resultante es algo que se nos escapa”<sup>419</sup>.

La sentencia contó con el voto particular disidente de la Juez Ilana Diamond Rovner. La juez señaló que en su escrito los recurrentes no habían hecho referencia a la presión a la transacción a la que alude el Juez Posner. Aunque se hiciera referencia a ella en la vista, ello no es suficiente y, en cualquier caso, no se probó adecuadamente que la presión supusiera un daño irreparable. Además, la certificación tenía un carácter limitado y no incluía la posibilidad de determinar la responsabilidad de los demandados en relación con todos los miembros de la clase, por lo que la presión a la transacción no era tan evidente como sugería la mayoría. En cualquier caso, la Juez señaló que la Regla 23 de las Reglas Federales del Proceso Civil no establece la probabilidad de que los demandantes prevalezcan como requisito de certificación de una acción de clase<sup>420</sup>.

Parte de la doctrina ha propuesto que tal probabilidad sea tenida en cuenta al decidir la certificación. Otros autores, han indicado que el mecanismo procesal del *summary judgment* al que se ha hecho referencia en otro lugar ya permite filtrar las demandas

<sup>417</sup> Vid. *In Re Rhone-Poulenc*, 1300: “He proposes to have a jury determine the negligence of the defendants under a legal standard that does not actually exist anywhere in the world”.

<sup>418</sup> Vid. *In Re Rhone-Poulenc*, 1302: “The diversity jurisdiction of the federal court is, after Erie, designed merely to provide an alternative forum for the litigation of state-law claims, not an alternative system of substantive law for diversity cases”.

<sup>419</sup> Vid. *In Re Rhone-Poulenc*, 1303: “The plan of the district judge in this case is inconsistent with the principle that the findings of one jury are not to be reexamined by a second, or third, or *n*<sup>th</sup> jury. The first jury will not determine liability (...) Unless the defendants settle, a second (and third, and fourth, and hundredth, and conceivably thousandth) jury will have to decide, in individual follow-on litigation by class members not named as plaintiffs in the Wadleigh case, such issues as comparative negligence (...) and proximate causation (...) How the resulting inconsistency between juries could be prevented escapes us”.

<sup>420</sup> Vid. *In Re Rhone-Poulenc*, 1306-1308.

con escasa probabilidad. Sin embargo, la cuestión es, entonces, si también permite filtrar demandas con una probabilidad moderadamente baja que son aquellas en las que la presión a transigir se manifiesta intensamente<sup>421</sup>.

*c. Ventajas e inconvenientes de la pluralidad de procesos: el Teorema del Jurado de Condorcet*

Parte del razonamiento del Juez Posner en *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.* recuerda, como señaló NAGAREDA, al teorema del jurado del Marqués de CONDORCET (1743-1794). Supóngase un órgano colegiado con dos alternativas -una correcta y otra incorrecta- y con una probabilidad de que cada miembro elija la correcta mayor que 0,5. Si concurren estas circunstancias, la probabilidad de que el órgano en su conjunto adopte la decisión correcta se aproxima más a 1 cuantos más sean los miembros del órgano. El riesgo de que prevalezca la opción incorrecta se difumina a medida que aumentan los miembros<sup>422</sup>.

De un modo similar, cuantos más sean los procesos independientes mayor la probabilidad de que agregadamente se alcance una respuesta adecuada en términos de responsabilidad civil. En cambio, si se certifica una acción de clase, existe el riesgo de que el jurado que deba resolver dicte un veredicto erróneo.

Las consecuencias de la certificación tendrían todavía mayor repercusión si se adoptara la propuesta de ROSENBERG, según la cual el uso de las acciones de clase debería ser obligatorio y sin posibilidad de *opt-out*. La idea que subyace a la propuesta es la siguiente: si las acciones de clase son obligatorias y se regulan de forma adecuada los honorarios de los abogados, se maximizará la prevención y compensación en beneficio de todos los miembros de la clase. En consecuencia, *ex ante* y en condiciones de “velo de ignorancia”, todos y cada uno de los demandantes individuales estarían dispuestos a quedar vinculados por la acción de clase<sup>423</sup>. Sin embargo, como señalaba, el riesgo de error y sus consecuencias son mayores.

Antes de extraer consecuencias normativas del riesgo de error apuntado, debe considerarse por qué la probabilidad es mayor que 0,5. Puede que tal probabilidad derive de que más de la mitad de tribunales o jurados del *pool* llamados a resolver los casos decidan correctamente o puede que cada uno de los tribunales o jurados decida correctamente con una probabilidad de 0,51. Asimismo, si resolvieran tirando una moneda al aire acertarían en la mitad de los casos<sup>424</sup>.

<sup>421</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts ...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>422</sup> Vid. NAGAREDA, “Aggregation...”, *op. cit.*, p. 1889 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 49-54.

<sup>423</sup> ROSENBERG ha desarrollado la propuesta de *mandatory class-action* en diversos artículos. Para una presentación sucinta y análisis crítico de algunas de las propuestas de ROSENBERG, vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 114-134.

<sup>424</sup> *Id.*, pp. 49-50 y la literatura allí citada.

De acuerdo con todo lo anterior, el análisis deberá descender a las circunstancias propias de cada constelación de casos. Según las circunstancias y según las ventajas en la negociación que quieran otorgarse a las víctimas, la pluralidad de procesos deberá ser considerada más o menos adecuada que las acciones de clase.

Asimismo, *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.* no debe entenderse como un rechazo general a las acciones de clase, de las que debe reconocerse su utilidad, por ejemplo, en relación con el problema de la dispersión de los costes sociales. El problema de la dispersión de los costes sociales es, resumidamente, el siguiente: si la indemnización esperada es menor a los costes individuales de litigar, las víctimas no demandarán al causante de los daños, a pesar de que los daños agregados de todas ellas hagan que litigar sea socialmente deseable. O, al menos y en ordenamientos como el español, únicamente demandarán cuando la condena en costas sea altamente probable y el demandante no tenga inconveniente en incurrir en unos gastos que le serán reembolsados.

En una situación como la descrita de dispersión de costes sociales, la litigación únicamente constituye una posibilidad real para las víctimas si éstas disponen de una acción de clase como sucede en Estados Unidos y, pese a las indudables diferencias, en España. De hecho, ésta fue históricamente la primera función de las acciones de clase. Más tarde cumplió otras, en particular, ayudar a la racionalización de la litigación por daños masivos<sup>425</sup>.

En derecho español, el marco normativo básico de las acciones de clase –o, mejoraciones colectivas indemnizatorias– se halla en diversos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000; en adelante LEC)<sup>426</sup>, en el art. 7.3. LOPJ y en el art. 24 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30.11.2007; en adelante TRLCU). Según el art. 11 LEC –y sin perjuicio de lo indicado en el 11 bis LEC–, existen tres tipos de legitimados para el ejercicio de acciones colectivas indemnizatorias: asociaciones de consumidores y usuarios, grupos de consumidores y usuarios constituidos con la mayoría de los afectados por un mismo hecho dañoso; y entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la protección de consumidores y usuarios. Únicamente el primer tipo está –si concurre algún requisito adicional– legitimado cuando los intereses son difusos, es decir, cuando “los perjudicados son una pluralidad de consumidores o usuarios de indeterminada o de difícil determinación”.

<sup>425</sup> Vid. WAGNER, “Neue Perspektiven...”, *op. cit.*, A-122 y MICELI, *The Economic Approach...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>426</sup> Vid. arts. 6.1.7º (capacidad para ser parte de los grupos y usuarios afectados por un hecho dañoso), 7.7 (capacidad procesal de aquellos), 11 (legitimación para el ejercicio de acciones de clase), 11 bis (legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres), 13.1 (intervención procesal de consumidores y usuarios), 15 (publicidad de la demanda, llamamiento e intervención), 78.4 (acumulación), 221 (contenido y eficacia de las sentencias con fallo indemnizatorio), 222.3 (extensión *ultra partes* de la cosa juzgada), 256.1.6º (diligencias preliminares para averiguar los integrantes de un grupo de afectados) y 519 (acción ejecutiva de sentencia condenatoria sin determinación individual de los perjudicados).

En cambio, cuando los perjudicados están “perfectamente determinados” o “son fácilmente determinables”, también están legitimados los otros dos<sup>427</sup>.

#### *d. Límites de la transacción de clase y representación de grupos no homogéneos de víctimas del amianto*

La litigación de daños del amianto estadounidense puso a prueba los límites de la transacción de clase en los años noventa, cuando se intentaron dos transacciones que de haber prosperado hubieran reducido la litigación por daños del amianto hasta convertirla en casi residual.

El Tribunal Supremo federal en *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) y en *Ortiz v. Fibreboard Corporation*, 527 U.S. 815 (1999) consideró que ninguna de ellas debía prosperar, entre otros motivos, porque no garantizaban suficientemente la representación de los intereses de algunas víctimas, en especial, de las futuras<sup>428</sup>.

Con independencia de los efectos prácticos que podrían haber tenido, los casos son importantes por diversos motivos. Así, el Tribunal Supremo federal entendió que le ofrecían algo más que una oportunidad de confrontar litigación individual y colectiva y que también permitían perfilar los contornos de litigación y legislación como mecanismos de gestión de daños masivos, algo que aquí interesa especialmente<sup>429</sup>.

Además, los casos mostraron a las claras que cuando la litigación alcanza ciertas dimensiones, los abogados de las partes controlan el proceso de transacción. En consecuencia y como apuntó NAGAREDA, pueden existir los problemas indicados o de buen gobierno en el proceso de obtención de compensación cuando los incentivos de los

---

<sup>427</sup> Sobre las acciones indemnizatorias en derecho español Vid., entre otros, GÓMEZ POMAR, AZAGRA y RUIZ GARCÍA, “Límites de responsabilidad...”, *op. cit.*, Eugenio LLAMAS POMBO, “Acciones colectivas contra daños”, *RPDD*, núm. 60, 2008, pp. 5-36, José María LÓPEZ JIMÉNEZ, “Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores”, *La Ley*, nº 6852, 2.1.2008, FERRERES, *Las acciones...*, *op. cit.*, Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES, “Comentario al art. 11 LEC”, en Faustino CORDÓN MORENO *et al.* (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 132-169 y Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Comentario al art. 222 LEC”, en Andrés DE LA OLIVA SANTOS *et al.* (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 392-421, Ángel CARRASCO PERERA y M<sup>a</sup> del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, “¿Acciones de clase en el proceso civil?”, *Actualidad Civil*, 2001-I y Juan José, MARÍN LÓPEZ, “Las acciones de clase en el derecho español”, *Indret* 3/2001, p. 4 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), en el que se listan muchos de los artículos de la LEC sobre acciones de clase citados en la nota anterior.

<sup>428</sup> *Amchem Products Inc. v. Windsor* y *Ortiz v. Fibreboard Corporation* son una de las citas recurrentes en NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, por ejemplo y especialmente, pp. 71-94. Una versión extractada de las sentencias puede consultarse en Richard H. FIELD *et al.*, *Civil Procedure: Material for a Basic Course*, 8th ed., Foundation Press-Thomson, New York, 2003, pp. 866-885. Los resúmenes de estas sentencias en AZAGRA, *La Tragedia...*, *op. cit.*, contenían algunas imprecisiones que he corregido en los resúmenes que ahora recoge esta monografía. Se ha hecho lo propio con otras citas de derecho comparado que también aparecían en aquel trabajo y por cuyas imprecisiones pido disculpas.

<sup>429</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 73: “The real lesson of the two cases concern the institutional position of the class action as a vehicle for governance –specifically, the degree to which the class action may serve as a means for law reform to rival public legislation (...) Seen in this light, the Court’s decisions police the boundary between litigation and legislation more so than between class action and individual litigation”.

abogados no están alineados con los de todos los miembros de la clase de demandantes. El mecanismo de la certificación —y el control judicial que conlleva— atenúa el riesgo hasta cierto punto, pero no lo hace desaparecer. El fundamento último de la certificación no es evitar problemas indicados, sino que guarda relación con la situación en la que se encuentra el demandado de un proceso de clase. Por así decirlo, se lo juega todo a una carta<sup>430</sup>.

#### i. Amchem Products Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997)

En *Amchem Products, Inc. v. Windsor* se planteaba la validez de la certificación de una acción de clase interpuesta a los efectos de cerrar una transacción previamente negociada por las partes.

Una veintena de compañías de las industrias del amianto acordaron con los principales abogados de las víctimas transigir los casos ya incoados y pendientes de resolución. Los términos del acuerdo eran muy favorables para los demandantes y, como contrapartida, las compañías exigieron que se llevara a cabo otra transacción aparte para casos futuros. Esta segunda transacción debía tener lugar en el marco de una acción de clase convenientemente certificada por un juez federal y su ámbito subjetivo comprendía, resumidamente, personas expuestas ocupacional o no ocupacionalmente al amianto, siempre que no hubieran interpuesto demandas contra alguna de las compañías en cuestión y que hubieran desarrollado enfermedades del amianto o que las desarrollaran en el futuro. La transacción había de poner, con algunas excepciones, punto y final al grueso de la litigación por daños del amianto en la que estaban inmersas aquellas compañías.

Para formalizar la transacción en el marco de una acción de clase, el 15 de enero de 1993 algunas víctimas interpusieron una acción de clase del tipo *damage class action* y prácticamente a la par se presentó la segunda transacción.

El Tribunal federal del Distrito Este de Pennsylvania consideró apropiada la certificación a los solos efectos de la transacción, que consideró justa<sup>431</sup>. A continuación, el Tribunal ordenó a los miembros de la clase que se abstuvieran de interponer demandas contra las compañías. El Tercer Circuito de Apelaciones descertificó la acción de clase y revocó la orden.

La mayoría del Tribunal Supremo, con ponencia de la Magistrada Ginsburg, confirmó la sentencia del Tercer Circuito de Apelaciones. La magistrada señaló que la certificación no podía depender exclusivamente del carácter justo del acuerdo. Tampoco bastaban las ventajas comparativas en términos de justicia y eficiencia que pudieran atribuírsele sensatamente a un fondo de administración de las demandas que tuviera un ámbito nacional. Debían concurrir los requisitos de la Regla 23 que resultaran aplicables y esto no

<sup>430</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., pp. 87 y ss.

<sup>431</sup> La Regla 23 (e) de las Reglas Federales del Proceso Civil prevé que la transacción en un proceso de clase puede ser aprobada judicialmente si, entre otras condiciones, el tribunal la considera justa. Vid. *Rule 23 (e) (1)*: “The claims (...) may be settled (...) (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate”.

sucedía en el caso. Entre los diferentes miembros de la clase las divergencias superaban a los aspectos comunes y, en consecuencia, los demandantes no podían proteger justa y adecuadamente los intereses de toda la clase. Así, los períodos y circunstancias de la exposición eran diferentes y, mientras en algunos miembros de la clase ya se habían manifestado las enfermedades del amianto, en los otros seguían, en su caso, latentes. Por todo lo anterior, la magistrada Ginsburg concluyó que,

“La Regla 23, que debe de ser (...) aplicada teniendo en cuenta de modo especial los intereses de los miembros de la clase ausentes, no soporta el peso que el CCR [*Center for Claims Resolution*, organización de las demandadas que promovió las transacciones] y los abogados de la clase cargan sobre ella”<sup>432</sup>.

La Magistrada O'Connor no participó en la deliberación y decisión del caso. El Magistrado Breyer formuló un voto particular concurrente con el fallo en parte y disidente en parte al que se adhirió el Magistrado Stevens. Según los magistrados, el Tribunal de Distrito estaba en mejor situación para evaluar las circunstancias relevantes para resolver el caso y el Tribunal de Apelaciones no había aplicado el estándar de revisión apropiado que únicamente le permitía considerar si el Tribunal de Distrito había incurrido en abuso de discreción<sup>433</sup>.

ii. *Ortiz v. Fibreboard Corporation*, 527 U.S. 815 (1999)

En *Ortiz v. Fibreboard Corporation*<sup>434</sup>, la demandada –fabricante de productos de fibrocemento para la construcción-, sus aseguradoras y un grupo de víctimas del amianto, acordaron la creación de un fondo dotado, principalmente, por las compañías aseguradoras. El fondo debía procesar cientos de miles de futuras solicitudes de indemnización. Como sucedió en *Amchem*, los demandados transigieron separadamente las demandas ya interpuestas.

La acción de clase interpuesta al efecto de transigir las demandas futuras fue certificada por el Tribunal de Distrito, que también consideró que el acuerdo era justo. El Quinto Circuito de Apelaciones lo confirmó.

El Tribunal Supremo federal revocó la sentencia del Quinto Circuito de Apelaciones y reenvió el caso para su reconsideración a la luz de *Amchem*. El Quinto Circuito de Apelaciones volvió a confirmar la sentencia de instancia al considerar, entre otros motivos, que *Amchem* se refería a una *damage class action* y no a las *limited fund class action* como la ejercitada en el caso.

---

<sup>432</sup> Vid. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 628-629: “The argument is sensibly made that a nationwide administrative claims processing regime would provide the most secure, fair and efficient means of compensating victims of asbestos exposure. Congress, however, has not adopted such a solution. And Rule 23, which must be interpreted with fidelity to the Rules Enabling Act and applied with the interests of absent class members in close view, cannot carry the large load CCR, class counsel, and the District Court heaped upon it”.

<sup>433</sup> Vid. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 629.

<sup>434</sup> Un resumen conciso de los hechos y del iter procesal puede leerse en FIELD *et al.*, *Civil Procedure...*, *op. cit.*, pp. 881-882.

El Tribunal Supremo federal, con ponencia del Magistrado Souter revocó la sentencia. Además de señalar que la crisis de litigación por daños del amianto requería la intervención del legislador federal<sup>435</sup>, la mayoría del Tribunal señaló que el acuerdo no cumplía los requisitos de una *limited fund class action*: no se había probado suficientemente la limitación de los recursos, era muy probable que los abogados no hubieran negociado la máxima cantidad posible, se había tratado mejor a los demandantes del acuerdo independiente y entre los incluidos en el ámbito subjetivo de la transacción de clase había desigualdades. El Magistrado Souter señaló que cuanto se hizo constar en la documentación del procedimiento de instancia

“[n]o demostró que los fondos disponibles fueran limitados, excepto en virtud del acuerdo de las partes, e hizo patentes exclusiones de la clase y asignaciones de activos extraños al concepto y al régimen de fondo limitado y a las protecciones estructurales que emanan de la Regla 23 (a) según se señaló en *Amchem*”<sup>436</sup>.

El Magistrado Rehnquist formuló un voto particular concurrente con el fallo, que incorporaba algunas matizaciones a la ponencia del Magistrado Souter, pero en el que también se solicitaba la intervención del legislador federal. Los Magistrados Scalia y Kennedy se adhirieron.<sup>437</sup>

El Magistrado Breyer formuló voto particular disidente al que se adhirió el magistrado Stevens y en el que, en buena medida, repetía los argumentos de su voto particular en *Amchem* y manifestaba la obligación de los jueces de hacer lo que estuviera en sus manos para buscar soluciones. Añadió además que discrepaba con la evaluación de la no concurrencia de los requisitos de la *limited fund class action*<sup>438</sup>.

### iii. Repercusión de *Amchem* y *Ortiz*: de los procesos de clase a los procesos concursales

*Amchem* y *Ortiz* tuvieron una repercusión notable para las industrias del amianto. De los 73 procesos concursales de aquellas entre 1976 y 2004, más de la mitad se iniciaron después de 1997. Además, las sentencias mostraron que si las víctimas no pertenecen a un grupo homogéneo, el acuerdo final rara vez dará a cada uno de los grupos lo que le corresponde.

### iv. Alineación de intereses de abogados y víctimas futuras

La mejor doctrina procesal estadounidense propuso generar incentivos para que los abogados de los demandantes que cierran este tipo de esquemas de acuerdos globales tengan en cuenta a las víctimas futuras al, por así decirlo, firmar la paz con los

<sup>435</sup> Vid. *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 821.

<sup>436</sup> Vid. *Ortiz v. Fibreboard Corporation*, 848: “It failed to demonstrate that the fund was limited except by the agreement of the parties, and it showed exclusions from the class and allocations of assets at odds with the concept of limited fund treatment and the structural protections of Rule 23 (a) explained in *Amchem*.”

<sup>437</sup> Vid. *Ortiz v. Fibreboard Corporation*, 865.

<sup>438</sup> Vid. *id.*, 865 y ss.

demandados. Por ejemplo, NAGAREDA sugirió -hasta donde alcanzó a entender- que se les obligara a constituir un depósito con los honorarios en forma de cuota litis por representación de víctimas presentes obtenidos como consecuencia del acuerdo que, generalmente, se pacta en forma de *cuota litis*. Durante unos pocos años, el abogado no podría disponer de esos fondos. Los honorarios finales del abogado se calcularían teniendo en cuenta la menor de las cantidades siguientes: la obtenida por la víctima presente en cuestión o las obtenidas en el futuro por otras víctimas con circunstancias similares como consecuencia del acuerdo original. El resto se daría a las víctimas más desfavorecidas por el acuerdo<sup>439</sup>.

El carácter heterogéneo de las víctimas no viene dado únicamente cuando unas son presentes y las otras futuras. La litigación por daños del amianto en Estados Unidos también demuestra que si se agrupan víctimas con enfermedades malignas, no malignas pero graves, benignas y asintomáticas, el resultado es transacciones en las que se infracompenza las víctimas más graves y sobrecompensa las menos graves<sup>440</sup>.

## 1.2. Transacciones colectivas no de clase

Más recientemente, las limitaciones de las transacciones de clase, han llevado a las partes a intentar poner punto y final a crisis de litigación mediante transacciones fuera de los procesos de clase. El ejemplo más relevante es el de la transacción de los casos por infartos de miocardio y episodios isquémicos supuestamente asociados al consumo de Vioxx (rofecoxib), un antiinflamatorio comercializado por “Merck”<sup>441</sup>.

### a. Transacción de los casos “Vioxx” en Estados Unidos

La transacción de los casos Vioxx tuvo lugar a finales de 2007. Propiamente, la transacción fue entre la farmacéutica y los principales abogados de las víctimas. Estos

<sup>439</sup> Para una presentación resumida de la *leveraging proposal*, vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp 237-238: “The proposal would link the rewards for plaintiffs’ lawyers from the representation of present claimants to the viability of the peace arrangement for future ones. Specifically, the contingency fee to be gained by a plaintiff’s lawyer from representation of a present claimant would involve application of the agreed-upon fee percentage to the lesser of what that claimant receives and what similarly situated claimants receive under the peace arrangement as of a specified number of years in the future (...) During the specified period of years, the fees to be garnered from the representation of present claimants under the terms of their contingency fee contracts would be placed in an interest-bearing escrow account.”.

<sup>440</sup> Vid., por ejemplo, HENSLER, “A Brief History...”, *op. cit.*, p. 28 y NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 25. Vid. también CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation...*, *op. cit.*, p. 23: “Often, defendants would agree to settle all of the claims that were so grouped, including weaker as well as stronger claims, to reduce their overall costs of litigation. By agreeing to pay weaker smaller-value claims in exchange for settling stronger and larger-value claims, defendants could also contain their financial risk. Some plaintiffs might receive lower values for claims that were settled as part of a group rather than litigated individually, but litigating claims en masse lowered the cost and risk per claim for plaintiff law firms”.

<sup>441</sup> Vid. el informe de prensa del acuerdo en la siguiente dirección electrónica <http://www.officialvioxxsettlement.com/documents/>. También allí se pueden consultar el texto del acuerdo y otros documentos relevantes. La lectura y análisis en profundidad de unos y otros exceden del objeto de este trabajo, para el que es suficiente el resumen que de ellos se hacen en las fuentes indicadas en ésta y sucesivas notas.

últimos se comprometieron a recomendar a sus clientes que participaran en el acuerdo alcanzado (*mandatory recommendation provision*), así como, en la medida que lo permitieran las normas de deontología profesional, a no representar ninguno de los clientes que decidiera seguir la vía de la litigación (*mandatory withdrawal provision*).

Si una y otra obligación pueden ser compatibles con las normas de deontología profesional es una cuestión controvertida. No faltan los autores que las han criticado muy duramente por considerar: (i) que el deber de recomendación a participar en el acuerdo es contrario al deber de los abogados de prestar asesoramiento legal independiente y en interés del cliente; y (ii) que el deber de no representar a los clientes que se negaran a participar en el acuerdo era contrario a las prohibiciones de restricciones al ejercicio del derecho, a las reglas sobre finalización de la relación abogado-cliente y a la regla según la cual la decisión sobre si transigir o no corresponde al cliente, no a su abogado<sup>442</sup>.

A su vez, la transacción se condicionaba a que participaran al menos el 85 % de las víctimas elegibles para obtener compensación del fondo de acuerdo con criterios médicos, criterios de umbral de consumo de Vioxx y cierta proximidad temporal entre la ingesta y el daño. En este trabajo la transacción interesa de un modo especial porque supuso la constitución de un fondo de compensación de las víctimas dotado con \$ 4.850 millones. Un administrador fue encargado de determinar la compensación procedente de acuerdo con un sistema de cálculo que tenía en cuenta la gravedad del daño, el período de consumo de Vioxx, la edad y los factores de riesgo preexistente. Durante el año siguiente al de la transacción: el 99,79% de demandantes elegibles participaron en el acuerdo<sup>443</sup>.

Transacciones como las del caso Vioxx son impensables en otras crisis de litigación. Rara vez concurren circunstancias tan favorables a la transacción. Entre otras, Vioxx se había retirado del mercado<sup>444</sup>, no se planteaban excesivos problemas de latencia,

<sup>442</sup> Vid. ERICHSON y ZIPURSKY, "Consent...", *op. cit.*, pp. 16 y ss. y la literatura allí citada. Los propios autores resumen su oposición a ambas provisiones en la p. 25: "*The mandatory recommendation provision is hard to square with the lawyer's duty to give independent and loyal advice to clients. The mandatory withdrawal provision violates the bar on practice restrictions, the constraints on terminating the lawyer-client relationship, and the principle that the decision to accept or reject a settlement belongs to the client*".

Sobre el debate doctrinal al que ha dado lugar la transacción del caso Vioxx, vid. también NAGAREDA, "Developments...", *op. cit.*

<sup>443</sup> Vid. ERICHSON y ZIPURSKY, "Consent...", *op. cit.*, pp. 3 y 10-25. El sistema de cálculo de la compensación se describe en la p. 14. Vid. también Richard A. NAGAREDA, "Developments in the Resolution of Mass Torts: The New Face of Client Consent", *TortsProf Blog*, March 22, 2010 (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspof/>).

<sup>444</sup> Sobre la retirada voluntaria de Vioxx, vid. también Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño", *InDret 2/2005* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 7 a 9. En páginas posteriores, la autora analiza la responsabilidad por defecto de diseño de Vioxx y Bextra de acuerdo con diferentes tests de defecto de diseño de medicamentos y concluye que el criterio de alternativa razonable es, con algunas correcciones –no en su formulación tradicional–, el preferible, *id.*, pp. 12-21. Además, señala que "[l]a compensación a la víctima, por su parte, debería buscarse en sistemas alternativos a la responsabilidad civil, tales como las ayudas públicas o los sistemas de compensación sin culpa", *id.*, p. 23. El lector interesado en la responsabilidad por medicamento defectuoso, en general, puede consultar también Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento...*, *op. cit.*

los casos no eran lo suficientemente homogéneos como para agregarlos en masa mediante instrumentos procesales como las acciones de clase, Merck había ganado más de dos terceras partes de los casos que se habían litigado y muchas de las acciones no ejercitadas podían estar prescritas<sup>445</sup>.

*b. Propuesta del American Law Institute en materia de consentimiento por adelantado a la transacción*

En 2009 el *American Law Institute (ALI)* aprobó los *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, que tuvieron como ponente-redactor a Samuel ISSACHAROFF, Profesor de la *New York University School of Law*, y uno de cuyos ponentes fue Richard A. NAGAREDA, Profesor de la *Vanderbilt University Law School*, autor de la principal referencia bibliográfica de este trabajo<sup>446</sup>.

Los Principios incluyeron algunos artículos dedicados a las transacciones colectivas no de clase (*non-class aggregate settlements*). A los efectos que aquí interesan, el § 3.17 (b) permite que los clientes presten su consentimiento a determinadas transacciones antes de que éstas se alcancen. En particular, establece que los demandantes pueden

“los demandantes individuales pueden, antes de recibir una propuesta de oferta de transacción, comprometerse por escrito con el abogado que los representa a todos ellos a quedar vinculados por el voto de una mayoría cualificada de demandantes en relación con una propuesta de transacción colectiva (o, si la transacción distingue de un modo significativo entre las diferentes categorías de demandantes, por el voto de una mayoría cualificada de cada una de las categorías)”<sup>447</sup>.

De este modo, el consentimiento por adelantado (*advanced consent*) facilitaría la adopción de acuerdos definitivos sin los requisitos propios de una transacción de clase y con un ámbito subjetivo muy amplio.

Además de obtener la mayoría necesaria, deberían darse otros requisitos, señaladamente, que el acuerdo fuera justo y razonable considerados los hechos y circunstancias<sup>448</sup> y que el abogado o grupo de abogados no pusiera fin a la relación abogado-cliente por la mera negativa del cliente a participar en la transacción<sup>449</sup>.

<sup>445</sup> Éstas y alguna otras circunstancias, pueden consultarse en Howard M. ERICHSON, “The Vioxx Settlement”, *Mass TortsProf Blog* (<http://lawprofessors.typepad.com>), November 10, 2007 y ERICHSON y ZIPURSKY, “Consent...”, *op. cit.*, pp. 10-25.

<sup>446</sup> NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.* El Profesor Nagareda falleció a los 47 años de edad el pasado 8 de octubre de 2010 (<http://law.vanderbilt.edu/article-search/article-detail/index.aspx?nid=353>).

<sup>447</sup> El extracto del § 3.17 en su versión de 2010 y algunas observaciones al mismo pueden consultarse en ERICHSON y ZIPURSKY, “Consent...”, *op. cit.*, p. 28. En lengua inglesa, el artículo tiene el siguiente tenor literal: “(...) individual claimants may, before the receipt of a proposed settlement offer, enter into an agreement in writing through shared counsel allowing each participating claimant to be bound by a substantial-majority vote of all claimants concerning an aggregate-settlement proposal (or, if the settlement significantly distinguishes among different categories of claimants, a separate substantial-majority vote of each category of claimants”.

<sup>448</sup> Vid. § 3.17 (b) (e), extractado en *id.* p. 29.

<sup>449</sup> Vid. § 3.17 (b) (4), extractado en *id.* p. 36.

La propuesta del ALI intenta armonizar la necesidad de consentimiento individual, por una parte, y la de dotar a la litigación por daños masivos de un instrumento para cerrar crisis de litigación de duración incierta. Sin embargo, el equilibrio es difícil y similares propuestas han sido rechazadas por tribunales y comités de ética.

Asimismo, parte de la doctrina ha sido muy crítica con este tipo de propuestas. ERICHSON y ZIPURSKY señalan, por ejemplo, que

“[u]na cosa es pedir a un cliente que preste su consentimiento en relación con un conflicto de intereses conocido y otra bien distinta pedirle que lo preste para un conflicto desconocido que puede darse en el futuro”<sup>450</sup>.

### **1.3. Transacción penal, acuerdos desfavorables y problema de acción colectiva: Sentencia de conformidad del Juzgado de lo Penal Número Dos de Valencia de 14 de septiembre de 2009 en el Caso Unión Naval (amiante)**

La transacción que ponga fin a la litigación o la reduzca de modo significativo también puede alcanzarse en el marco de un proceso penal por decenas o centenares de delitos, muy en especial, de delitos contra las personas o contra la salud de los trabajadores. Considérese, por ejemplo, la Sentencia de conformidad 420/2009 dictada por el Juzgado de lo Penal Número Dos de Valencia el 14 de septiembre de 2009 (MP: Juan Beneyto Mengo)<sup>451</sup>.

“Unión Naval de Valencia, S.A.” incumplió entre 1999 y 2004 la normativa de seguridad e higiene que regulaba la exposición ocupacional al amianto. Uno de los afectados lo denunció y se incoó un proceso penal contra once demandados, si bien en el trámite de calificación definitiva, el Ministerio fiscal dirigió la acusación únicamente contra tres personas que habían sido jefes de seguridad y contra la representante legal de la empresa. El Ministerio fiscal imputaba a los cuatro un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal con veinte faltas de muerte por imprudencia y cincuenta y una faltas de lesiones también por imprudencia y solicitaba que tanto ellos como la compañía respondieran solidariamente de los daños y perjuicios causados a las víctimas.

La sentencia condenó a las cuatro personas físicas acusadas en el trámite de calificación definitiva a penas de prisión reducidas y sustituibles por multas, así como a penas de multa con responsabilidad solidaria de la empresa. Declaró también la responsabilidad civil solidaria de acusados y compañía por un importe total –una vez sumadas todas las indemnizaciones individuales- de más de diez millones de euros. En otras palabras, es más que probable que nadie vaya a la cárcel y que sea la compañía la que asuma el grueso de multas e indemnizaciones.

---

<sup>450</sup> Vid. *id.* p. 37: (...) *It is one thing to ask a client to consent to a known conflict of interest; it is quite another to ask a client to consent to an unknown conflict that may arise in the future.*

<sup>451</sup> Sobre la sentencia vid. también AZAGRA, “Daños del amianto...”, *op. cit.* y “Trato hecho”, *Abogares*, 18.XII.2009 ([www.abogares.com](http://www.abogares.com)).

La sentencia es una de las más importantes dictadas hasta ahora en la litigación española por daños del amianto. No me consta ninguna otra con un fallo indemnizatorio que tenga un importe global semejante. Sin embargo, deja algunos interrogantes por responder. Así, la sentencia únicamente se refiere de forma expresa a exposiciones entre 1.999 y 2004 y desconocemos si los acusados ocuparon puestos de responsabilidad con anterioridad. Dados los períodos de latencia de los daños del amianto, los posibles casos de mesotelioma, cáncer de pulmón y hasta asbestosis difícilmente traigan causa en las exposiciones de aquel período. Asimismo, la sentencia no indica si también se compensan las placas pleurales ni prevé un cauce indemnizatorio concreto para las víctimas futuras. De hecho, tampoco concreta qué enfermedades contrajeron los trabajadores.

En cualquier caso, la evaluación de una transacción penal plantea, además de los problemas que suscita la transacción civil, otros que le son propios. En principio, si las partes alcanzaron el acuerdo, es de suponer que ambas mejoraron su posición inicial o, al menos, no la empeoraron. Sin embargo, y aquí empiezan las complicaciones, el argumento anterior asume que las partes adoptaron el acuerdo libres de coerción. Por ello, deberá valorarse caso por caso si concurre esta cuando en el horizonte está la posibilidad de una sentencia penal condenatoria.

Otra de las cuestiones que se discute en relación con las transacciones penales es su incidencia en el número de procesos y en el número de condenas. Es muy posible que la opción de transigir unida a la falta de coordinación entre los acusados en diferentes procesos penales tenga como consecuencia que la acusación pública —en aquellos países en los que desempeñe un papel protagonista en el proceso penal— logre más condenas que si tuviera que litigar todos los casos hasta el final.

Existe, pues, un problema de acción colectiva: si los acusados se pusieran de acuerdo en no transigir, la acusación pública no podría dirigirse contra todos ellos a no ser que se incrementaran los recursos de los que dispone o el proceso penal fuera menos costoso. Lo mismo sucedería si no existiera la transacción penal<sup>452</sup>.

Por lo demás, el proceso penal está diseñado con la vista puesta en la posible condena por delitos o faltas tipificados. La responsabilidad civil *ex delicto* se dirime en él pero no constituye su objeto principal. De hecho, los demandantes pueden reservársela para ejercitarla en un proceso civil <sup>453</sup>. En consecuencia, no parece que las transacciones alcanzadas en el marco del proceso penal constituyan la vía idónea para poner fin a la

<sup>452</sup> Sobre muchas de las cuestiones indicadas en los tres párrafos anteriores, vid. BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, "The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma", *1 Journal of Legal Analysis* 737 (2009), así como la literatura allí citada.

<sup>453</sup> Vid. art. 112 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr): "Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar (...)". Vid. también el art. 109.2 CP: "El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".

La reserva de acciones es, con todo, excepcional, vid. SALVADOR *et al.*, "El Derecho español de daños...", *op. cit.*, pp. 6 y 7.

litigación, ni puede descartarse que los demandantes hagan un uso interesado de la amenaza de una condena penal.

## **2. MERCADOS DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS Y DE RIESGOS INHERENTES A LA LITIGACIÓN**

### **2.1. Transmisión de créditos en derecho español y propuestas de la doctrina estadounidense**

#### *a. Transmisión de créditos dudosos y litigiosos en derecho español*

El art. 1112 CC prevé, como regla general y salvo previsión legal expresa o disposición negocial en otro sentido, la transmisibilidad de los derechos:

“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes”.

La cesión de créditos está, además, expresamente prevista en los artículos 1526 y ss. CC. Se permiten, incluso, las cesiones de créditos dudosos y hasta litigiosos, si bien en este último caso, y con las excepciones que se prevén en el art. 1536, el deudor podrá extinguir el crédito litigioso reembolsando al cesionario el precio que pagó al cedente más costas e intereses<sup>454</sup>. Transcribo a continuación algunos extractos de los artículos más relevantes:

Art. 1529 CC: “El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta a no ser que se haya vendido como dudoso (...)”.

Art. 1535 CC: “Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago”.

Art. 1536 CC: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión o venta hechas:

1º A un coheredero o condueño del derecho cedido.

2º A un acreedor en pago de su crédito.

3º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda.”

---

<sup>454</sup> Sobre los cambios de acreedor, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, *op. cit.*, pp. 969 y ss.

En consecuencia, la transmisión de créditos por responsabilidad civil parece admitida en nuestro ordenamiento. Cuestión distinta es que se trate de una opción todavía relativamente poco explorada en la práctica.

#### *b. Limitaciones a la transmisión de acciones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual en derecho estadounidense*

En la mayoría de jurisdicciones estadounidenses, en cambio, no es posible transmitir acciones por responsabilidad civil extracontractual, aunque algún estado lo permite con restricciones<sup>455</sup>. Las limitaciones tienen su origen en doctrinas históricas del *common law*, así como en legislación más reciente que las regulan. El lector interesado en conocer más sobre la materia puede consultar la literatura sobre *maintenance, champerty and barratry*, cuyo tratamiento excede del propósito de este trabajo.

#### *c. Mercados de acciones indemnizatorias*

SHUKAITIS criticó las limitaciones a la transmisión de acciones indemnizatorias por daños personales en tanto que impiden la implementación de un mercado de tales acciones. A su juicio, este mercado compensaría más rápido a las víctimas y en cuantías próximas a las indemnizaciones por daños y perjuicios fijadas judicialmente<sup>456</sup>.

Quienes apoyan este tipo de mercados señalan que también se reducirían los conflictos de interés que se asocian a los diferentes tipos de honorarios de los abogados. Generalmente –y sin perjuicio de que quepa un análisis más detallado–, un abogado que cobre por horas facturadas tiene incentivos a trabajar más horas que las necesarias y otro que cobre por el sistema de *quota litis* –sistema, por cierto, también admitido en España<sup>457</sup> tiene incentivos a trabajar menos horas. El cliente ignora si tiene lugar el exceso o el defecto apuntados, especialmente si desconoce la práctica jurídica y no tiene medios para controlar a los abogados. En cambio, si el comprador de la acción por responsabilidad civil extracontractual fuera un comprador especializado en litigios –tal vez un abogado–, tendría un conocimiento mayor de los servicios legales y mayor capacidad de control<sup>458</sup>.

Una apuesta todavía más decidida por los instrumentos de mercado consistiría en implementar, como propuso CHOCHARIS, además de un mercado primario de acciones indemnizatorias, otro secundario en el que se negociaran paquetes de acciones indemnizatorias mediante derivados financieros<sup>459</sup>.

<sup>455</sup> Vid. Marc SHUKAITIS, “A Market in Personal Injury Tort Claims”, 16 *J. Leg. Studies* 329 (1987), pp. 330-334. Vid. también EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 893-895 y FARNSWORTH, *The Legal Analyst ...*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>456</sup> Vid. SHUKAITIS, “A Market...”, *op. cit.*

<sup>457</sup> El sistema de *quota litis* también está permitido en España desde la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008\2800; MP: Eduardo Espín Templado). Para un comentario a la sentencia, vid. Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Carlos Alberto RUIZ GARCÍA, “Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*”, *Indret 1/2009* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>458</sup> Vid. SHUKAITIS, “A Market...”, *op. cit.* y Peter Charles CHOCHARIS, “A Comprehensive Market Strategy for Tort Reform”, 12 *Yale J. on Reg.* 435 (1995).

<sup>459</sup> Vid. CHOCHARIS, “A Comprehensive Market Strategy...”, *op. cit.*

Un mercado como el descrito debería superar, con todo, algunas dificultades. En particular, debería afrontar el riesgo de que una vez vendida la acción, la víctima cedente careciera de incentivos a cooperar con el cesionario para obtener un fallo favorable. Existen diversos instrumentos para afrontar el problema, por ejemplo, el pago del precio a plazos o que parte del pago se vincule a la cuantía de la indemnización que se obtuviera.

Sin embargo, incluso si estos instrumentos resultaran suficientes, todavía habría que afrontar el riesgo de que los cesionarios –o compradores si se quiere-, para maximizar sus inversiones, interpusieran demandas de dudoso mérito con el único objeto de presionar al demandado a transigir<sup>460</sup>.

#### *d. Mercados de acciones indemnizatorias futuras*

COOTER y SUGARMAN propusieron la implementación de un mercado de acciones indemnizatorias futuras. En este mercado, trabajadores suficientemente asegurados venderían sus acciones indemnizatorias futuras por prácticamente cualquier daño a sus empleadores. Éstos, a su vez, las venderían a aseguradores.

El mercado plantea algunas dudas sobre los incentivos a la prevención que transmite. Pueden usarse los instrumentos habituales para controlar el riesgo moral que se han explicado en otro lugar del trabajo, pero como también se indicaba allí, estos tienen efectos limitados. Asimismo, el mercado es contrario a los intereses de los abogados que perderían clientela, por lo que su implementación debería superar su oposición<sup>461</sup>.

#### *e. Incentivos legales a la transacción y ofertas indemnizatorias*

Una propuesta de carácter más general corrió a cargo de O'CONNELL y ROBINETTE. Tomando como referencia los trabajos del primero, los autores propusieron un sistema de ofertas indemnizatorias al inicio del proceso (*early offers*), que describo en líneas muy generales a continuación.

Estas ofertas incluirían cantidades referidas a lucro cesante, gastos médicos y honorarios de los abogados. Sin embargo, podrían excluir los daños morales y deducir lo percibido de otras fuentes.

Si el demandante rechazara las ofertas, entonces los estándares probatorios que se aplicarían serían más exigentes que los habituales y, en consecuencia, los demandantes tendrían más difícil prevalecer en juicio. Así, se incrementarían los incentivos a alcanzar transacciones en fases iniciales del proceso<sup>462</sup>. Por así decirlo, se conseguiría que un número mayor de demandantes transmitieran al demandado su crédito litigioso.

<sup>460</sup> Vid. SHUKAITIS, "A Market in Personal Injury Tort Claims...", *op. cit.*

<sup>461</sup> Sobre el mercado de acciones indemnizatorias futuras, vid. Robert COOTER and Stephen SUGARMAN, "A Regulated Market in Unmatured Tort Claims: Tort Reform by Contract", en Walter OLSON, *New Direction in Liability Law*, Academy of Political Science, New York, 1988, pp. 174 y ss. Posteriormente, los autores publicaron también *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, 75 VA. L. REV. 383 (1989). Para este trabajo se ha consultado el primero de ellos.

<sup>462</sup> Vid. Jeffrey O'CONNELL y Christopher J. ROBINETTE, *A Recipe for Balanced Tort Reform: Early Offers with Swift Settlements*, Carolina Academic Press, Durham (NC), 2008, pp. 123 y ss.

Aunque diferenciable, la propuesta recuerda en algunos puntos a la Regla 68 de la Reglas Federales del proceso civil<sup>463</sup>. Según esta regla procesal, si el demandante rechaza una oferta del demandado realizada de conformidad con una serie de requisitos y obtiene finalmente una sentencia más desfavorable que la oferta, deberá satisfacer los costes en los que el demandado hubiera incurrido con posterioridad a la formulación de la oferta. La aplicación de la Regla 68 es, por otra parte, más fácil de gestionar que un sistema de *early offers*, basta esperar a que recaiga el fallo y atender a la cuantía indemnizatoria. No requiere introducir nuevos estándares probatorios.

## 2.2. Asunción y delegación de deuda en derecho español y propuesta de transmisión de riesgos inherentes a la litigación

Las crisis de litigación de responsabilidad civil por daños masivos tienen un componente de incertidumbre muy marcado. Latencia de los daños, número de demandantes, dificultades probatorias y cuestiones jurídicas sin precedentes son algunas de las razones que lo explican. Cuando las demandadas son compañías, la incertidumbre afecta a su capacidad de obtener financiación y realizar inversiones, a su reputación y, en general, al conjunto de su actividad económica. Por ello, las compañías inmersas en crisis de litigación pueden tener interés en transmitir los riesgos inherentes a aquellas. En esta línea, en la doctrina estadounidense se ha propuesto un mercado para estos riesgos. Antes de analizarlo, se describen, en lo esencial, las posibilidades decambio de deudor sin extinción de la obligación previa que ofrece nuestro ordenamiento.

### a. Contrato de asunción de deuda y delegación de deuda en el derecho español<sup>464</sup>

El contrato de asunción de deuda y la delegación de deuda resultan de un acuerdo en el que, necesariamente, participan el deudor primitivo y el nuevo. En esto se diferencian de la expromisión, en la que el acuerdo es entre el acreedor y el nuevo deudor.

<sup>463</sup> Vid. Rule 68. Offer of Judgment: "(a) Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer. More than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 10 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.

(b) Unaccepted Offer. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs.

(c) Offer after liability is determined. When one party's liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time –but at least 10 days– before a hearing to determine the extent of liability.

(d) Paying costs after and unaccepted offer. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made."

<sup>464</sup> Para lo que se indicara en este subapartado, vid., por todos, Xabier BASOZABAL ARRUE, "El contrato de asunción de deuda", ADC, Núm. LIII-1, Enero 2000, pp. 83-160 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, pp. 1013 y ss. Las definiciones de las distintas figuras comentadas se basan en la de estos autores, en especial en las del segundo.

El contrato de asunción de deuda es un contrato atípico por el que el nuevo deudor asume la obligación del primitivo. Para que la asunción sea liberatoria es necesario que el acreedor preste su consentimiento, que puede ser tácito. En principio, pueden ser asumidas todo tipo de deudas, incluidas las futuras cuyo objeto sea determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo.

La delegación de deuda es, en una de sus modalidades, un mandato que el deudor primitivo (delegante) da al nuevo deudor (delegado) para que se declare frente al acreedor (delegatario) obligado a ejecutar la prestación debida. Si el acreedor acepta tal declaración, resultará un cambio de deudor.

Parece que el legislador tuvo en consideración la delegación de deuda en el art. 1206 CC: “La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda”.

#### *b. Mercado de riesgos inherentes a la litigación*

En Estados Unidos, MOLOT propuso recientemente un mercado de los riesgos inherentes a la litigación. En este mercado, las compañías demandadas transferirían buena parte del riesgo de los costes de litigar y de las condenas indemnizatorias a terceros dispuestos a ofrecerles cobertura, por ejemplos, fondos de inversión.

El demandado transferiría, como señalaba, buena parte del riesgo. No todo, pues retendría una fracción. De este modo, conservaría incentivos para colaborar con el inversor durante el proceso. Por motivos similares, los abogados de los demandados también soportarían parte del riesgo, por ejemplo, dejando de cobrar por horas, método de facturación más habitual entre los abogados de los demandados. En su lugar, cobrarían mediante una estructura de honorarios que combinaría una cantidad fija periódica que permitiera cubrir los costes de defensa jurídica, así como otra por objetivos que consistiría en un porcentaje de la diferencia entre el precio de transferencia y la indemnización final<sup>465</sup>.

El mercado operaría, sobre todo, en relación con las crisis de litigación, pues para los casos ordinarios no estarían justificados los costes de transacción que genera la transferencia de riesgo, entre ellos, la evaluación del mismo.

MOLOT resume el funcionamiento del mercado como sigue: “el hipotético demandado (...) no tendría que retener durante toda la duración del proceso el riesgo inherente a la litigación. En su lugar, podría elegir pagar el coste esperado de los litigios más una prima (...). Después de satisfacer ese pago, el litigante todavía retendría al menos una parte del riesgo con el objeto de alinear los incentivos y asegurar la cooperación [con el inversor]. Pero el riesgo de una litigación prolongada y cara y de una sentencia devastadora no estará únicamente concentrado en

<sup>465</sup> Vid. MOLOT, “A Market in Litigation Risk”, *op. cit.*, p. 404.

el demandado. En vez de esto, el riesgo y los costes se dispersarían en un *pool* de procesos”<sup>466</sup>.

La implementación del mercado necesitaría, según el autor, de algunos estímulos que vencieran la reticencia inicial de demandados, abogados e inversores<sup>467</sup>. En primer lugar, las reglas de *discovery* podrían aclarar que no existe una obligación de revelar a la contraparte los términos del acuerdo de transferencia de riesgos.

En segundo lugar, autoridades y organismos reguladores de mercados financieros y prácticas contables deberían confirmar que la compañía demandada puede reflejar en su contabilidad la transmisión del riesgo siempre que ésta sea efectiva.

En tercer lugar, la transferencia no debería considerarse como un seguro por las autoridades reguladoras. La transacción o la sentencia que resultarán durante el proceso no son un hecho aleatorio y el importe de la indemnización resultante depende, en parte, de las decisiones que tomen el demandado y su abogado durante el proceso. Además, la transferencia del riesgo surge después de que el evento relevante a efectos de un seguro de responsabilidad civil haya acaecido. Por tanto, no puede hablarse de un seguro y, en consecuencia, el inversor no debería estar sujeto a las obligaciones de solvencia correspondientes.

En cuarto lugar, deberían tenerse en cuenta consideraciones de deontología profesional. Por ejemplo, debería garantizarse a los abogados que pueden participar en este tipo de operaciones si recaban el consentimiento de sus clientes cuando puedan existir conflictos de intereses.

La propuesta de MOLOT tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. La transferencia de riesgos centra su atención en los demandados y no es seguro que incremente los recursos disponibles para la compensación de las víctimas. Por lo demás, como sucede con la práctica totalidad de las propuestas de mercados que se han presentado, la de MOLOT no supone un abandono de la litigación. En consecuencia, permanecerían las ineficiencias que se le asocian en contextos de crisis de litigación y las cuestiones sobre las categorías tradicionales de la responsabilidad civil que suscitan los daños masivos.

En otro orden de cosas, la complejidad de las operaciones puede dificultar su control y, en este sentido, no parece aconsejable que se exima a los inversores de las obligaciones de solvencia de las compañías de seguros y se permita a las demandadas reflejar la operación como una efectiva transferencia del riesgo inherente a la litigación.

---

<sup>466</sup> Vid. MOLOT, “A Market in Litigation Risk”, *op. cit.*, p. 375: “*the hypothetical defendant described above would not have to retain litigation risk for the duration of a lawsuit. Instead, it could choose to pay the ‘expected value’ of its lawsuits plus a premium. After making such a payment, the litigant would still retain at least some of the risk, so as to align incentives and ensure its cooperation going forward. But the risk of protracted, expensive litigation and of a devastating judgment would no longer be concentrated with the single defendant. Instead, the risk and expense would be spread over a larger pool of lawsuits.*”

<sup>467</sup> Vid. MOLOT, “A Market in Litigation Risk”, *op. cit.*, pp. 417 y ss.

Desde hace algún tiempo existen en Estados Unidos organizaciones empresariales que asumen los riesgos derivados de la litigación<sup>468</sup>. Su experiencia permitirá evaluar mejor hasta qué punto constituyen una respuesta efectiva a la gestión de la litigación por daños masivos. Por el momento, las razones apuntadas sugieren cautela en la aplicación y el análisis de este tipo de instrumentos.

---

<sup>468</sup> Vid. la página web de *Litigation Resolution Group*: <http://litigationresolutiongroup.com/product.html>. Así, al definir su producto señalan: “*LRG assists companies and estates with structuring financial transactions that allow our clients to eliminate or diversify their litigation risk. Whether we are structuring a transaction to assume a company’s defense-side litigation risk or providing funding or some other form of cash advance on a plaintiff-side claim, our product is extremely flexible and can be tailored to each of our client’s needs*”.

## FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA Y GESTIÓN DE RIESGOS

Los capítulos anteriores han dado razón de las ineficiencias de la responsabilidad civil y de su aseguramiento en relación con los daños masivos. Los próximos explican que los fondos, a los efectos de este trabajo entidades que administran dotaciones públicas o privadas destinadas a indemnizar grupos homogéneos de víctimas, surgen como reacción a la ineficiencia de otros mecanismos de compensación, singularmente la responsabilidad civil. También apuntan que los fondos, y en particular los fondos de compensación sin culpa, no dejan de ser formas de aseguramiento y, como tales, previenen nuevos daños más mal que bien. Por este motivo, pero también para no obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas que prefieran la litigación a la acción protectora de un fondo, la implementación de un fondo no debería prescindir de la responsabilidad civil. Fondos y responsabilidad civil se complementan y su coexistencia los puede mejorar mutuamente.

### 1. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LOS FONDOS Y SISTEMAS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA DE ACCIDENTES DE TRABAJO AL ASEGURAMIENTO PÚBLICO UNIVERSAL

#### 1.1. La Ley alemana del Seguro de Accidentes de 1889

Existen fondos de compensación sin culpa al menos desde finales del siglo XIX, en particular, desde la Ley alemana del Seguro de Accidentes de 6.7.1884<sup>469</sup> que previó la creación de *Berufsgenossenschaften* (BG), entidades encargadas de administrar dotaciones destinadas a la compensación de las víctimas de accidentes laborales<sup>470</sup>.

La opción por los fondos de compensación, que admiten las más variadas configuraciones y dimensiones y pueden darse conjuntamente con otras formas de aseguramiento, también encontró acogida en otros países, donde en la actualidad, son un

<sup>469</sup> *Unfallversicherungsgesetz vom 6.7.1884, RGBl. 69*. La ley es uno de los tres hitos legislativos del programa social del Canciller Otto von Bismarck. Los otros dos son la Ley del Seguro de Enfermedad de los trabajadores (*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*). Tomo la referencia e información de Markus KALTENBORN, "Die Sozialgesetzgebung des Reichskanzlers Fürst Otto von Bismarck", *JZ* 1998, Vol. 15/16, pp. 770 y ss. Vid. también AZAGRA, "Los fondos ...", *op. cit.*, pp. 3 y 4.

<sup>470</sup> Vid. KALTENBORN, "Die Sozialgesetzgebung..", *op. cit.* y WAGNER, "Asbestschaden ...", *op. cit.*, p. 1125. Las BG, distribuidas 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, generalmente, inmunidad frente a las reclamaciones de responsabilidad civil por accidentes laborales. En 1925, la cobertura se extendió a las enfermedades profesionales.

componente básico del aseguramiento público de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Sin embargo, la responsabilidad civil todavía sobrevive en aquellos estados que la conservan en relación con los empleadores dolosos o, al menos, gravemente negligentes, en aquellos que admiten la acción de regreso de los órganos gestores del sistema de Seguridad Social en determinadas circunstancias, o, por supuesto, en aquellos en los que, además, la reclamación judicial de daños y perjuicios es compatible con la percepción de prestaciones de la Seguridad Social.

## 1.2. Los sistemas de workers' compensation en Estados Unidos

Otros ordenamientos carecen de un sistema de compensación de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales como el que se ha descrito, pero prevén sistemas de compensación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que prescinden del requisito de la culpa y en los que el aseguramiento público o privado de riesgos interpreta un papel protagonista. Es el caso de los sistemas de *workers' compensation* establecidos por primera vez en 1897 en Inglaterra<sup>471</sup>, de donde fueron exportados a otros países, entre ellos a los Estados Unidos de América.

A pesar de algunos intentos anteriores fallidos y de sistemas precursores para empleados federales, el primer estado en implementar el sistema a todos los efectos fue Wisconsin en 1911<sup>472</sup>. Mississippi fue el último estado en adoptarlo en 1948. Con anterioridad a la implementación de este sistema, la mayoría de las demandas judiciales de los trabajadores por accidentes laborales eran desestimadas o compensadas en una cuantía muy reducida. El requisito de la culpa, las doctrinas de la asunción del riesgo y la negligencia contributiva, así como la *fellow servant rule*<sup>473</sup> suponían escollos muchas veces insalvables en los procesos contra los empleadores<sup>474</sup>.

---

<sup>471</sup> Vid. *Workmen's Compensation Act, 1897, 60 & 61 Vict. Ch. 37*, citado en EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 963.

<sup>472</sup> Las jurisdicciones de los Estados Unidos fueron de las jurisdicciones del *common law* que más tardaron en la adopción de sistemas de *workers' compensation*. Antes, aunque ciertamente con rasgos característicos propios, ya los habían adoptado Gran Bretaña (1897), Nueva Zelanda (1900), algunos estados y territorios de Australia [Australia Meridional (1900) fue el primero y el Territorio de la Capital Australiana el último (1951)], así como las provincias de Canadá [Ontario (1915) y tras ella el resto entre 1915 y 1931].

Una introducción histórica a los sistemas de *workers' compensation* puede leerse en Ken OLIPHANT, "Landmarks of No-Fault in the Common Law", en Willem H. VAN BOOM, y Michael FAURE, (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2007, pp. 44-46, Mg. 5-7. El autor señala que la implementación de estos sistemas fue consecuencia de dos intereses contrapuestos: los de los trabajadores por mejorar la compensación y la prevención de accidentes por una parte y los de los empresarios por controlar la litigación por accidentes de trabajo: "*It [workers' compensation] addressed the compensatory defects of the existing private law regime, whilst maintaining certain accident prevention objectives, at the same time as protecting employers from the unlimited and unpredictable financial burden that would result if reform were pursued through the common law*".

Vid. también HENDERSON *et al.*, *The Torts Process*, *op. cit.*, p. 648.

<sup>473</sup> Según la cual, el empleador no acostumbra a ser responsable por los daños que la negligencia de uno de sus trabajadores cause a otro de sus trabajadores.

<sup>474</sup> Vid. HENDERSON *et al.*, *The Torts Process*, *op. cit.*, p. 648 y EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials*, *op. cit.*, pp. 962-968.

Cada sistema estatal de *worker's compensation* tiene sus propias características, pero la mayoría comparten los siguientes rasgos comunes<sup>475</sup>:

- i. irrelevancia de la culpa como criterio delimitador de responsabilidad;
- ii. compensación parcial del lucro cesante;
- iii. compensación íntegra de los gastos médicos;
- iv. exclusión del daño no patrimonial;
- v. gestión de la compensación, al menos inicialmente, por medio de un proceso administrativo, no judicial.
- vi. limitación de las acciones de responsabilidad civil frente al empleador<sup>476</sup>, reservadas, en su caso, para supuestos de dolo y culpa grave.

Los daños cubiertos son los que “resulten de y en el curso del trabajo” (“*arising out of and in the course of employment*”) no causados por el propio trabajador de forma intencionada<sup>477</sup>. Algunas empresas y sectores de actividad pueden quedar excluidos de la obligación de participar en el sistema estatal correspondiente.

La cobertura la pueden ofrecer fondos estatales y/o compañías aseguradoras dependiendo del estado. En enero de 2005, y según REDJA, los estados podían clasificarse en tres grupos según su sistema de *workers's compensation*<sup>478</sup>:

- i. Cinco estados contaban con un fondo estatal operando en régimen de monopolio (monopoly state funds): North Dakota, Ohio, Washington, West Virginia y Wyoming.

A partir de julio de 2008, y después de un proceso de reconversión iniciado años antes, estaba previsto que se admitiera la participación de compañías aseguradoras privadas en West Virginia.

---

<sup>475</sup> Vid. HENDERSON *et al.*, *The Torts Process*, *op. cit.*, p. 648-649.

<sup>476</sup> GÓMEZ POMAR señala que “la opción se basa en un juicio empírico: la ganancia preventiva derivada de conservar la acción civil contra el causante no es bastante para compensar los costes sociales de mantener y gestionar el sistema de responsabilidad civil en este sector”. Vid. GÓMEZ POMAR, “Responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, p. 4 y la literatura allí citada.

<sup>477</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 968.

<sup>478</sup> Vid. George E. REDJA, *Principles of Risk Management and Insurance*, 10<sup>th</sup> edition, Pearson-Addison Wesley, Boston, 2008, pp. 408-409 y p. 414 Vid. también WILLIAMS *et al.*, *Risk management...*, *op. cit.*, pp. 200-201.

- ii. Diecinueve estados tenían fondos estatales que ofrecían cobertura en concurrencia con las compañías aseguradoras (competitive state funds): Arizona, California, Colorado, Hawaii, Idaho, Illinois, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Minnesota, Montana, New Mexico, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Texas y Utah.
- iii. Lo normal en el resto es que únicamente se contara con la cobertura ofrecida por compañías aseguradoras privadas y muchos de ellos autorizaban, bajo determinadas condiciones, el autoaseguramiento.

En relación con estos últimos, HENDERSON *et al.* resumieron el sistema de Massachusetts, que consideraban representativo de otros muchos:

“Un empresario que esté en el ámbito de aplicación [de la *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 152*] debe contratar un seguro de *worker's compensation* o ser elegible para autoasegurarse. Esta última vía es poco frecuente. Un trabajador que resulte dañado debe notificarlo a su empleador, quien a su vez lo notificará al asegurador. Después de una investigación y de exámenes médicos, el asegurador y el trabajador llegan a un acuerdo informal en relación con la mayoría de solicitudes de compensación. Originariamente el sistema estaba pensado con la esperanza de que el trabajador accidentado no necesitara ser representado por un abogado. Sin embargo, y aunque muchas solicitudes son resueltas directamente entre el trabajador y el asegurador, los abogados son una parte importante del proceso. De hecho, muchos abogados se especializan en solicitudes de *worker's compensation*.

Si no se llega a una transición en esta fase preliminar, el trabajador debe solicitar comparecer ante la Autoridad -Panel- de Accidentes Laborales, un órgano administrativo que funciona como una suerte de tribunal, aunque sus resoluciones no son directamente ejecutables. Las resoluciones pueden apelarse ante el Tribunal Superior. Al revisar la resolución, el Tribunal debe limitarse a decidir si la resolución del Panel está fundada en las pruebas o si resulta de una interpretación errónea de la ley; los hechos considerados como probados por la Autoridad tienen el mismo status que los considerados probados por un jurado en un caso civil<sup>479</sup>.

---

<sup>479</sup> Vid. HENDERSON *et al.*, *The Torts Process*, *op. cit.*, p. 649: “A covered employer must buy worker's compensation insurance, or qualify as a self-insurer. The latter is a course not often chosen. An injured employee must notify the employer, who in turn will notify the insurer. After investigation and medical examination, most claims are settled informally between the employee and the insurer. As workers' compensation was originally conceived, the hope was that an injured employee would not need to be represented by an attorney. While many claims are disposed of directly by the employee and the insurer, lawyers are an important part of the process. Indeed, many lawyers specialize in worker's compensation claims.

*If settlement is not reached at this preliminary stage, the employee must file a request for a hearing before the Industrial Accident Board. The Board Functions something like a court, although its orders are not self-executing. The party that loses before the Board can appeal the decision to the Superior Court. In reviewing the Board's decision, the court is limited to deciding whether the Board's decision is supported by the evidence or affected by an erroneous interpretation of the law; the Board's findings of fact are given the same status as those made by the jury in a civil case”.*

Los autores continúan la exposición con una relación de los daños compensables y la explicación del cómputo del daño. En relación con este último, se aplica la *collateral source rule*, es decir, no se deducen las compensaciones recibidas de otras fuentes. Si el daño resultó de una conducta grave e intencionada (“*serious and wilful misconduct*”) del trabajador, éste no tiene derecho a compensación, aunque en caso de fallecimiento, las personas que de él dependieran podrán percibir compensación. En cambio, si fue el empleador quien incurrió en una conducta grave e intencionada, entonces el trabajador tiene derecho al doble de la compensación<sup>480</sup>.

En el conjunto de los estados hay más de 128 millones de trabajadores cubiertos por sistemas de *workers’ compensation*. En el año 2005, el total de las primas pagadas por sus empleadores superaba los \$ 88.000 millones que representaba alrededor de 1,70% de la cuantía global de los sueldos. De esa cantidad \$ 55.000 millones ó 1.06 % de la cuantía global de los sueldos se destinaban a compensación: \$ 26.000 millones para gastos médicos y \$ 29.000 para prestaciones económicas. El resto de los \$ 33.000 millones cubren distintos costes de gestión del sistema<sup>481</sup>.

Al evaluar el impacto de los sistemas de *workers’ compensation* en la litigación debe tenerse en cuenta que, en algunos ámbitos, únicamente sirvieron para desplazar aquella de los empleadores a otros demandados. Quienes sufrían daños por el uso ocupacional de cualquier producto defectuoso podían todavía reclamar contra los fabricantes. Los desarrollos en sede de responsabilidad del fabricante –muy señaladamente el § 402A del *Restatement (Second) of Torts (1964)* y su recepción en la jurisprudencia- contribuyeron a la expansión de la litigación por producto defectuoso y a que algunas de las constelaciones de casos más relevantes en la historia procesal de aquel país tuviera un marcado carácter ocupacional, aunque los empleadores no resultaran demandados<sup>482</sup>.

Muchos de los sistemas de compensación sin culpa que se implementaron en Estados Unidos más recientemente tomaron como modelo en mayor o menor medida los *workers’ compensation*<sup>483</sup>.

### 1.3. Aseguramiento público universal: el modelo neozelandés

El aseguramiento público de accidentes mediante fondos de compensación sin culpa más amplio es el sistema neozelandés de compensación de daños personales

---

<sup>480</sup> *Id.*, pp. 649 y 650.

<sup>481</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 961.

<sup>482</sup> Vid., por ejemplo, STAPLETON, “The Two Explosive Proof-of-Causation Doctrines...”, *op. cit.*, p. 1015: “*Lawyers specializing in products liability are equally conscious of the fact that this denial of tort remedies against employers fuelled the explosion of products claims after the adoption of section 402A of the Restatement (Second) of Torts as employees sought tort damages for their personal injuries by pursuing those who had supplied to their employers products that had been instrumental in causing their injuries*”.

<sup>483</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 961 y 962.

derivados de accidentes<sup>484</sup>, concepto amplio que llega a incluir enfermedades ocupacionales<sup>485</sup>.

En 1972, el Parlamento neozelandés aprobó la Ley de Compensación de Accidentes<sup>486</sup>, cuya entrada en vigor el 1 de abril de 1974, supuso el abandono –salvo errelación con los daños punitivos- de la responsabilidad civil en sede de compensación de los daños personales derivados de accidentes. En su lugar, se implementó un sistema de seguridad social universal<sup>487</sup>. La administración corresponde a la Corporación para la Compensación de Accidentes (*Accident Compensation Corporation, ACC*), que tiene el monopolio del aseguramiento de accidentes. Al parecer, en julio de 1999 se permitió a las compañías aseguradoras participar en relación con el aseguramiento de accidentes laborales, pero en 2000 se restableció la situación de monopolio<sup>488</sup>.

Las principales funciones del ACC son las siguientes:

- i. prevención de accidentes, por ejemplo, estableciendo estándares de seguridad en determinados sectores y sancionando con multas a quienes los incumplan;
- ii. recaudación de cuotas y tasas destinadas a la financiación del fondo;
- iii. pago de pensiones;

---

<sup>484</sup> Sobre el sistema neozelandés Vid., por todos, FIORE, “No-fault...”, *op. cit.*, pp. 413-416, Peter SCHUCK, “Tort Reform, Kiwi-Style”, *Yale L. & Pol’y Rev.*, Vol. 27, No. 1 (2008); EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 1012-1018, SLOAN y CHEPKE, *Medical Malpractice...*, *op. cit.*, pp. 300-302; OLIPHANT, “Landmarks of No-Fault...”, *op. cit.*, pp. 68-75, Mg. 50-68; James C. HARRIS, “Why the September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund Proves the Case for a New Zealand-Style Comprehensive Social Insurance Plan in the United States”, *100 Nw. U. L. Rev.* 1367 (2006), pp. 1.373-1.376 y 1.386-1.407; Albert C. LIN, “Beyond Tort: Compensating Victims of Environmental Toxic Injury”, *78 S. Cal. L. Rev.* 1439 (2005), pp. 1.500-1.504, Geoffrey PALMER, “New Zealand’s Accident Compensation Scheme: Twenty Years On”, *44 U Toronto L.J.* 223 (1994) y la página web del ACC (<http://www.acc.co.nz/index.htm>). Sobre los efectos en la prevención de los sistemas de compensación sin culpa y la necesidad de tenerlos en cuenta, vid. TREBILCOCK, “Incentive issues...”, *op. cit.*

<sup>485</sup> El concepto de accidente es amplio y también comprende enfermedades ocupacionales, vid. los arts. 20 y ss. de la *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act of 2001*.

<sup>486</sup> *Accident Compensation Act, 1972*. Vid., más recientemente, la *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act of 2001* (No. 49, 19 September 2001).

<sup>487</sup> FIORE lista cada una de las cuentas a cargo de las cuales corre la compensación de los daños, así como las respectivas fuentes de financiación. Vid. FIORE, “No-fault ...”, *op. cit.*, p.414: “1. *Work-related injuries* are covered through a fund financed by employers on payrolls;

2. *Non-work related injuries* (sport, home, etc.) are covered through a fund financed by earners on their earnings;

3. *Non-earner’s injuries* are covered by general taxation on revenues and social security;

4. *Traffic accidents* are compensated from funds (the Motor Vehicle Account) composed of driver’s annual licensee fees and tax on oil sales;

5. *Subsequent work injuries* are funded from employers, earners, nonearners and the Motor Vehicle Account;

6. *Medical injuries* are compensated through taxation on earnings and revenues”.

<sup>488</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 1017.

- iv. prestación de servicios médicos o, en su caso, contratación de servicios médicos externos;
- v. asesoramiento al gobierno en los asuntos de su competencia.

El modelo neozelandés está basado, según el *Informe Woodhouse* que aconsejó su implementación, en los principios de solidaridad colectiva o social (*community responsibility*), universalidad (*comprehensive entitlement*), reparación integral (*complete rehabilitation*), reparación real (*real compensation*) y eficiencia administrativa (*administrative efficiency*)<sup>489</sup>.

Por “reparación real” se entiende la compensación que comprende el lucro cesante por todo el tiempo de incapacidad y cualquier daño personal con independencia de sus efectos en la capacidad de obtención de ingresos<sup>490</sup>.

En resumen, el sistema compensa los daños sufridos por cualquier persona en accidentes de prácticamente todo tipo y con independencia de su culpa<sup>491</sup>. Más de treinta y cinco años después de su implementación, todavía sigue la discusión sobre sus costes y efectos en la prevención y la compensación de accidentes. En cualquier caso, el sistema continúa operando y constituye una excepción en el derecho comparado de compensación de accidentes, en tanto que no ha sido implementado, a pesar de algún intento<sup>492</sup>, en otros países desarrollados<sup>493</sup>. En estos otros existen, con todo, fondos o, al menos, sistemas de compensación sin culpa que compensan los daños causados en ámbitos específicos, por ejemplo los accidentes de circulación<sup>494</sup> o los accidentes médicos<sup>495</sup>.

---

<sup>489</sup> Los principios fueron señalados por la Comisión encargada del diseño preliminar del sistema y dirigida por el Magistrado Owen Woodhouse (*Report Royal Commission of Inquiry, Compensation for Personal Injury in New Zealand (1967)*, también conocido como *Woodhouse Report*), vid. OLIPHANT, “Landmarks of No-Fault...”, *op. cit.*, p. 70, Mg. 54 y EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, pp. 1012-1018.

<sup>490</sup> Vid. OLIPHANT, “Landmarks of No-Fault...”, *op. cit.*, p. 70, Mg. 53.

<sup>491</sup> Vid. *Report Royal Commission of Inquiry, Compensation for Personal Injury in New Zealand (1967)*, p. 26 [extractado en EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, *op. cit.*, p. 1014]: “On the basis of the principles outlined, the scheme proposed – would provide immediate compensation without proof of fault for every injured person, regardless of his or her fault and whether the accident occurred in the factory, on the highway, or in the home (...)  
(...) If the scheme can be said to have a single purpose it is 24-hour insurance for every member of the work force, and for the housewives who sustain them”.

<sup>492</sup> Así, en Australia Edgard Gough William, Primer Ministro entre 1972 y 1975, impulsó un esquema similar que, sin embargo, no llegó a ser aprobado en sede parlamentaria, vid. OLIPHANT, “Landmarks of No-Fault...”, *op. cit.*, p. 75-76, Mg. 69-72.

<sup>493</sup> Vid. Gerhard WAGNER, “Tort Liability and Insurance: Comparative Report and Final Conclusions”, en Gerhard WAGNER (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 309-352, p. 348, Mg. 105: “With the exception of New Zealand no country has implemented a comprehensive scheme of first-party insurance for personal injury”.

<sup>494</sup> Por ejemplo, muchos estados de los Estados Unidos, algún territorio australiano o el Quebec los adoptaron en los años setenta. Vid. FIORE, “No-fault...”, *op. cit.*, pp. 412 y 413.

<sup>495</sup> Por ejemplo, Suecia o Finlandia, vid. FIORE, “No-fault...”, *op. cit.*, pp. 411.

## 2. CLASES DE FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA SEGÚN LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑAN

Sistemas de compensación de accidentes laborales y enfermedades profesionales aparte, los fondos de compensación sin culpa más comunes pueden incluirse en alguna de las siguientes cuatro categorías según cuál sea su función<sup>496</sup>: (1) fondo de limitación de la responsabilidad (*limitation fund*); (2) fondo de garantía (*guarantee fund*); (3) fondo de pagos adelantados (*advancement fund*); (4) fondo de compensación general o fondo de compensación propiamente dicho (*general fund*).

Se podrían establecer otras clasificaciones que, a diferencia de las anteriores, no dan razón de la función que desempeñan los fondos, sino que se fijan en aspectos prácticos de su gestión (pública, privada o mixta), financiación (de nuevo, pública, privada o mixta), ámbito de aplicación (estatal o internacional), constitución o suscripción (voluntaria u obligatoria) o tipo de daños compensados (medioambientales, personales, a la propiedad u otros).

En relación con los fondos de ámbito internacional, puede citarse como ejemplo el previsto por el “Convenio de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación por Hidrocarburos, 1971”, enmendado en 1992 y dotado, esencialmente, por la industria petrolífera. La acción protectora del fondo complementa el régimen de responsabilidad objetiva del propietario del buque previsto en el “Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1967”, también enmendado en 1992. Desde hace algunos años existe otro fondo opcional que amplía la cobertura<sup>497</sup>.

A continuación se presentan cada una de las cuatro clases de fondos. Una aclaración previa es necesaria: nada impide que convivan dos o más de estos fondos en relación con un mismo daño o, incluso, que un único fondo pueda ser incluido en más de una categoría. La exposición se acompaña de algún ejemplo de fondo que se presenta sucintamente, sin perjuicio de que alguno de ellos pueda ser tratado más por extenso en próximos capítulos o que ya hayan sido objeto de análisis.

---

<sup>496</sup> La clasificación toma como principal referencia la elaborada por FAURE y HARTLIEF en relación con los fondos para daños medioambientales, vid. Michael G. FAURE y Ton HARTLIEF, “Compensation Funds versus Liability Insurance for Remedying Environmental Damage”, 5 *RECIEL* 312 (1996). No obstante, el artículo tiene un ámbito muy específico. Esto explica que el trabajo que el lector tiene en sus manos –o en su pantalla- pueda contener variaciones y adaptaciones.

<sup>497</sup> Sobre la compensación de los daños causados por hidrocarburos, vid. Pedro DEL OLMO GARCÍA y Jesús PINTOS AGER, “Responsabilidad civil por vertido de hidrocarburos. ¿Quiénes deberían pagar los daños causados por el Prestige?”, *InDret* 1/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)). Sobre los convenios internacionales en esta sede a los que se ha adherido España, vid. también M. Paz GARCÍA RUBIO, “Los daños causados por el Prestige. Un largo y tortuoso camino en el logro de su reparación”, *RPDD*, núm. 50, 2005, pp. 9-13. Vid. también el apartado dedicado a “Compensation for marine oil pollution accidents” en FIORE, “No-fault...”, *op. cit.*, p. 425.

## 2.1. Fondos de limitación de responsabilidad

### *a. Cierre de crisis de litigación y fondos de limitación de responsabilidad*

Generalmente, un fondo de limitación de responsabilidad se establece en el contexto de crisis de litigación con el objeto de limitar la responsabilidad de los demandados. Éstos se comprometen a dotar un fondo y a destinarlo a la compensación de las víctimas. La cuantía de las compensaciones o los criterios para determinarlas están preestablecidos. A su vez, la percepción de las compensaciones, exige que las víctimas renuncien a las acciones legales contra el responsable.

Aunque es menos frecuente, cabe pensar que también puede establecerse el fondo antes de que el daño se produzca y en contextos en que el riesgo de su concreción es muy elevado. En estos últimos casos, es probable, que el fondo se establezca por vía de la regulación y que las Administraciones públicas participen en su gestión o, incluso, en su financiación.

Los fondos de limitación de responsabilidad se pueden utilizar para permitir la continuidad de profesiones o industrias que, aunque peligrosas, son socialmente beneficiosas. Si el nivel de actividad socialmente óptimo no se alcanza como consecuencia del desincentivo que genera la excesiva responsabilidad civil, existe un argumento de peso para adoptar este tipo de fondos.

Sin embargo, cuando no existe tal amenaza, la adopción de fondos de limitación de responsabilidad tiene efectos negativos en la prevención. Incluso cuando estos fondos están financiados por el causante del daño, rara vez compensan el daño íntegramente, por lo que aquel no internaliza el total del daño que causa y, en consecuencia, no lo tiene en cuenta.

### *b. Compensación de las víctimas de “Vioxx” en Estados Unidos*

Son fondos de limitación de responsabilidad, por ejemplo, los establecidos como resultado de una transacción en el contexto de una litigación por daños masivos. Así, las cantidades destinadas a la compensación de los daños derivados de los infartos de miocardio y episodios isquémicos supuestamente asociados al consumo de Vioxx (rofecoxib), un antiinflamatorio comercializado por “Merck”. A ellas se ha aludido en un capítulo anterior.

## 2.2. Fondos de garantía

### *a. Responsabilidad civil, aseguramiento de riesgos y fondos de garantía*

Los fondos de garantía constituyen el último resorte de protección cuando otros mecanismos de gestión de riesgos –singularmente, aseguramiento y responsabilidad civil- no alcanzan a compensar un determinado daño. Constituyen, pues, un instrumento cuyo

uso se restringe a situaciones de carácter excepcional. En consecuencia, los fondos de garantía mantienen el resto de mecanismos y conservan los efectos positivos que a éstos se vinculan, por ejemplo, los efectos preventivos de la responsabilidad civil<sup>498</sup>.

*b. Consorcio de Compensación de Seguros: asegurador directo o fondo de garantía dependiendo del riesgo*

En derecho español, el Consorcio de Compensación de Seguros, una entidad empresarial del Ministerio de Economía y Hacienda<sup>499</sup> que se financia en una parte sustancial con recargos sobre los contratos de seguro, funciona como un fondo de garantía en relación con algunos de los riesgos que cubre. En relación con otros riesgos, opera como asegurador directo, si bien lo hace, precisamente, porque el mercado de seguros no ofrece cobertura.

El estatuto legal del Consorcio se encuentra en el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004). Ténganse en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 6/2009, de 3 de julio, por la que se modifica el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, para suprimir las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros en relación con los seguros obligatorios de viajeros y del cazador y reducir el recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2009). Téngase en cuenta también el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

El Consorcio cubre o cubrió, bien como asegurador directo bien como fondo de garantía, riesgos tan diversos como los siguientes:

- i. Riesgos extraordinarios o catastróficos, es decir, catástrofes naturales; terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular; hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.

La relación de riesgos extraordinarios cubiertos puede consultarse en el art. 1 del Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios (BOE núm. 47, de 24 de febrero 2004). Cuando el

<sup>498</sup> Vid. FAURE y HARTLIEF, "Compensation Funds ...", *op. cit.*, p. 325

<sup>499</sup> Vid. art. 1 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004): "1. El Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, el Consorcio) se constituye como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, dotada de patrimonio distinto al del Estado, que ajustará su actividad al ordenamiento jurídico privado.

2. El Consorcio está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda."

Consortio fue establecido en 1954 únicamente cubría los riesgos extraordinarios o catastróficos.

En caso de catástrofe grave, España también puede solicitar la ayuda financiera del Fondo de Solidaridad Europeo creado por el Reglamento (CE) nº 2012/2002, del Consejo, de 11 de noviembre de 2002, por el que se crea el Fondo de Solidaridad de la Unión Europea (DOCE L 311, de 14 de noviembre de 2002)<sup>500</sup>.

- ii. Responsabilidad civil en la circulación de vehículos en supuestos especiales, señaladamente, cuando los daños hubieran sido causados por vehículos robados o desconocidos, así como por vehículos no asegurados o asegurados por una entidad aseguradora en situación concursal o de liquidación.

El art. 11 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 267, 5 de noviembre de 2004; en adelante LRCSCVM) prevé las funciones del Consorcio en relación con la satisfacción de la indemnización.

- iii. Hasta agosto de 2009, daños corporales ocasionados en el marco de un contrato de transporte sujeto al seguro obligatorio de viajeros en los casos en que el transportista no estaba asegurado –salvo cuando el viajero conocía esta circunstancia- o, pese a estarlo, su entidad aseguradora estaba en situación concursal o de liquidación, así como cuando el transportista no contaba con las autorizaciones correspondientes.

El art. 25 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de viajeros (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1989) preveía la función del Consorcio en relación a estos riesgos. Sin embargo, fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/2009.

- iv. Hasta agosto de 2009, responsabilidad del cazador cuando no estaba asegurado o su entidad aseguradora se encontraba en situación concursal o de liquidación, cuando la identidad de aquel no era conocida y cuando no pudiera hacerse efectiva la prestación económica por daños corporales producidos por arma de caza por los medios previstos en la legislación sobre seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador.

---

<sup>500</sup> Sobre el fondo y su normativa, vid. la información disponible en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/funds/solidar/solid\\_es.htm](http://ec.europa.eu/regional_policy/funds/solidar/solid_es.htm). Sobre fondos nacionales europeos y estadounidenses para daños catastróficos, vid. Michael FAURE, "Comparative and Policy Conclusions", en Michael FAURE y Ton HARTLIEF, *Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Comparative Legal Approach*, Springer, Wien-New York, 2006, pp. 389-449, p. 416.

El lector interesado en los instrumentos legales para hacer frente a riesgos catastróficos podrá consultar en los próximos meses Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Rosa MILÀ RAFEL, "Catastrophic Harms: Insurance and Liability", en Karen B. BROWN y David V. SNYDER (eds.), *General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, [www.springerlink.com](http://www.springerlink.com) (forthcoming).

El art. 7 del Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, que aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1994), que preveía las funciones del Consorcio en relación con estos riesgos, también fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/2009.

v. Accidentes sufridos por personas que colaboren en la extinción de incendios<sup>501</sup>.

El Consorcio de Compensación de Seguro también es el encargado de administrar y gestionar, de forma independiente financiera y contablemente, otro fondo que puede considerarse de garantía. Se trata de un fondo financiado con recargos sobre los seguros obligatorios de garantía de responsabilidad medioambiental y que, según el art. 33 LRM, compensa las responsabilidades por daños medioambientales que surjan con posterioridad al vencimiento de las garantías financieras, así como las responsabilidades aseguradas con póliza vigente, cuando la aseguradora resulte insolvente.

El fondo, al que ya se ha hecho alguna referencia con anterioridad, guarda algunas similitudes con el creado por la Ley federal estadounidense de Respuesta Integral y Responsabilidad Medioambientales de 1980 (CERCLA)<sup>502</sup>, ley que tiene como finalidad facilitar la limpieza de suelos contaminados y, en la medida de lo posible, hacer que quien contamine, pague. En este sentido, la ley federal prevé reglas de responsabilidad objetiva, de solidaridad en casos de múltiples causantes y de responsabilidad del comprador de suelos contaminados.

Una aclaración terminológica es necesaria en este punto. El término *Superfund* se ha utilizado en alguna ocasión para designar el fondo creado por CERCLA. Sin embargo, lo habitual es que se refiera a todo el programa medioambiental de responsabilidad y descontaminación de CERCLA.

El fondo del CERCLA está financiado mediante aportaciones empresariales, sobre todo, mediante un impuesto cuyos sujetos pasivos son las industrias petroquímicas. En menor medida, también se financia mediante alguna otra fuente como indemnizaciones que resulten de las acciones judiciales incoadas por las autoridades federales contra los causantes del daño. La intervención del fondo cuando el causante de la contaminación es insolvente o el operador no está identificado es crucial para responder eficazmente a los daños medioambientales<sup>503</sup>.

<sup>501</sup> Vid. Art. 49 Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003): "La Administración General del Estado, a través del Consorcio de Compensación de Seguros, garantizará la cobertura de indemnizaciones por accidente exclusivamente para las personas que colaboren en la extinción de incendios". Vid. también la Orden del Ministerio de Economía, de 3 de agosto de 2001, de incendios forestales (BOE núm. 221, 14 de septiembre de 2001).

<sup>502</sup> *Comprehensive Environmental Response and Liability Act- CERCLA*, codificada en el 42 USC §§ 9601 *et seq.*

<sup>503</sup> Sobre el *Superfund*, vid. la información institucional disponible en <http://www.epa.gov/superfund/>. En lengua española, vid. Blanca LOZANO CUTANDA, "La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE, *Medio Ambiente & Derecho*, núm. 12 y 13, Diciembre 2005, III. 3. Sobre los orígenes del CERCLA y sus primeros años de aplicación Vid. Peter MENELL y Richard B. STEWART, *Environmental Law and Policy*, Little Brown and Co., Boston-

### *c. Ámbitos de cobertura y desigualdad horizontal*

Cabe preguntarse si existen razones que justifiquen que las víctimas de determinados ámbitos de la responsabilidad civil reciban el trato de favor consistente en la posibilidad de ser compensadas por un fondo de garantía. Un argumento a favor de que así sea es la peligrosidad intrínseca a esos ámbitos. En el caso de la circulación de vehículos a motor, podría traerse a colación también que se trata de una actividad que afecta, directa o indirectamente, a la práctica totalidad de ciudadanos: muchos conducimos y casi todos estamos expuestos a los riesgos que entrañan los accidentes de circulación.

Por lo demás, las reglas de responsabilidad civil extracontractual siempre han discriminado a algunas categorías de víctimas. De entrada, aquellas que no pueden probar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, por ejemplo, no reciben indemnización. Del mismo modo, las víctimas de accidentes acostumbran a tener más facilidad para probar tales presupuestos que las víctimas de enfermedades causadas por la acción u omisión de otro<sup>504</sup>.

En cualquier caso, el argumento de la discriminación positiva de determinadas víctimas no es necesariamente un argumento en contra de los fondos de garantía, también puede serlo a favor de su extensión a más víctimas. Cuando esto último no sea posible por razones de orden práctico, parece razonable establecerlos, al menos, para las clases de víctimas que se consideren más necesitadas de ellos. Si se impide el establecimiento de los fondos en cualquier ámbito, las ineficiencias compensatorias de la responsabilidad civil se perpetúan para todas las víctimas.

### *d. Fondos de garantía españoles no administrados por el Consorcio de Compensación de Seguros*

Los fondos de garantía no están necesariamente vinculados a ámbitos de la responsabilidad civil extracontractual. Asimismo pueden no estar gestionados por el Consorcio de Compensación de Seguros. En derecho español, ténganse en cuenta los siguientes fondos:

- i. El Fondo de garantía salarial del art. 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995) y normas conexas, financiado mediante cotizaciones empresariales y adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- ii. Los Fondos de garantía de depósitos del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, de Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE núm. 307, de 21 de diciembre de 1996), financiados principalmente mediante aportaciones de las entidades participantes y administrados por una comisión gestora formada

---

New York-Toronto-London, 1994, pp. 612 y ss. Para un análisis económico de las reglas de responsabilidad objetiva y solidaria del CERCLA, vid. MICELI, *The Economic Approach...*, op. cit., pp. 78-80.

<sup>504</sup> Sobre lo indicado en este párrafo, vid. lo indicado más arriba al tratar la demarcación de responsabilidad.

por ocho miembros nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda: cuatro en representación del Banco de España y cuatro en representación de las entidades de crédito adheridas a los fondos.

- iii. Los Fondos de garantía de inversiones de los arts. 2 y 15 del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, que regula los sistemas de indemnización de los inversores (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2001), financiados por sociedades y agencias de valores y administrados por una sociedad anónima gestora cuyos socios son las empresas de servicios de inversión adheridas.
- iv. El Fondo de garantía del pago de alimentos. Véase Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007) o el de alguna norma autonómica como, en Cataluña, el *Decret 123/2010, de 7 de setembre, del Fons de Garantía de pensions i prestacions* (DOGC núm. 5711, de 9 de septiembre de 2010). El fondo estatal está financiado, principalmente, con cargo al Presupuesto General del Estado y está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.

#### *e. Fondo de garantía de daños causados por productos defectuosos: art. 131 TRLCU*

El art. 131 TRLCU faculta al Gobierno para la constitución de un fondo de garantía en relación con daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales causados por productos defectuosos. Sin embargo, hasta la fecha tal facultad no ha sido ejercitada<sup>505</sup>.

### **2.3. Fondos de pagos adelantados**

#### *a. Duración de los procesos judiciales y necesidad de compensación rápida*

Los fondos de pagos adelantados responden a la necesidad de compensar con celeridad a víctimas con derecho a indemnización que, de otro modo, no recibirían ninguna cantidad hasta haber recorrido el largo y sinuoso iter procesal. En este sentido, los fondos de pagos adelantados otorgan una provisión a la víctima en el ínterin entre

---

<sup>505</sup> Vid. art 131 TRLCU: “El Gobierno, previa audiencia de los interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por bienes o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales”. Sobre el precepto y su contenido, vid. Ignacio MARÍN GARCÍA y Víctor Manuel SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Seguro obligatorio*, en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Eds.), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante en derecho español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 895-928.

Sobre la implementación de fondos semi-públicos para la compensación de daños causados por productos defectuosos en supuestos de riesgos de desarrollo, vid. Mario CALDERINI *et al.* (coord.), *Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products: Final Report*, Rosselli Foundation, Torino, 2004, pp. 125-128.

demanda y efectiva compensación que se producirá, en su caso, una vez recaída y ejecutada la sentencia.

#### *b. Pagos adelantados para las víctimas del amianto en algunos ordenamientos europeos*

Algunos de los fondos adoptados en relación con los daños del amianto tienen esta naturaleza. Un enfermo de mesotelioma fallece poco después del diagnóstico. La mediana de supervivencia se situaba entre 6 y 14 meses<sup>506</sup>, aunque algunos tratamientos recientes pueden incrementarla<sup>507</sup>. En consecuencia, hay víctimas que fallecen antes de que se inicie la acción y otras lo hacen durante el proceso<sup>508</sup>. Para solventarlo, algunos ordenamientos han optado por fondos que otorguen una cantidad a cuenta a las víctimas de mesotelioma. Las cuantías distan mucho de la compensación íntegra, pero permiten a las víctimas disponer de algunos recursos económicos de forma relativamente rápida.

En Francia, por ejemplo, una de las compensaciones que ofrece el *Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA)* es una provisión en determinadas circunstancias. Más sobre el FIVA en la parte final del trabajo.

## **2.4. Fondos de compensación**

Los fondos de compensación propiamente dichos sustituyen -o desplazan a un papel secundario- a la responsabilidad civil e, incluso, al aseguramiento de riesgos. Compensan un conjunto de daños homogéneos directamente y con cargo a dotaciones públicas o privadas.

#### *a. Fondos que sustituyen a la responsabilidad civil: compensación de algunos daños iatrogénicos en Virginia y Florida*

Son fondos de compensación general, por ejemplo, los asociados a los programas o planes que en los estados de Virginia y Florida compensan algunos daños iatrogénicos<sup>509</sup>.

<sup>506</sup> Vid. AGUDO, *Mesotelioma...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>507</sup> Vid. la información disponible en <http://www.nice.org.uk/nicemedia/pdf/MesotheliomaPemetrexedFAD.pdf>.

<sup>508</sup> Vid. FAURE y HARTLIEF, "Compensation Funds ...", *op. cit.*, p. 322.

<sup>509</sup> En Virginia, opera el Programa de Compensación de los daños neurológicos causados al feto durante el parto (*Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program - Code of Virginia, §§ 38.2-5000 a 5021*). El Programa compensa los daños cerebrales o a la columna vertebral de tal naturaleza que "causen que el niño esté permanente necesitado de la ayuda de terceros para todas las actividades de la vida diaria", *vid. Code of Virginia § 38.2-5001*.

En Florida, opera el Plan de Florida para la compensación de los daños neurológicos causados al feto durante el parto (*Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan - The 2007 Florida Statutes, §§ 766.301 a 316*; en adelante "Plan"), que compensa los daños que dejan "al niño permanente y sustancialmente incapacitado mental y físicamente", *vid. The 2007, Florida Statutes, § 766.302*.

Ambos fondos están dotados, fundamentalmente, por médicos tocólogos, hospitales y aseguradoras que decidan participar. Según los datos disponibles, la participación a principios de la pasada década era alta: en Florida, por ejemplo y de acuerdo con un artículo publicado en el año 2 000, comprendía más de 80% de los médicos tocólogos, mientras que en Virginia y en Julio de 2002, 500 facultativos y 27 hospitales participaban

Los daños cubiertos únicamente pueden ser compensados por los respectivos fondos. Hay alguna excepción, por ejemplo, las previstas en el Code of Virginia, § 38.2-5002 en casos de dolo y en algún que otro caso más<sup>510</sup>.

Ambos fondos fueron establecidos, y así lo reconoce la propia legislación en Florida, como respuesta a la creciente litigación por daños causados durante la prestación de servicios médicos de asistencia al parto y el consiguiente encarecimiento de las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional<sup>511</sup>.

Con todo, SLOAN y CHEPKE señalan que los daños cubiertos tienen una definición tan restrictiva que los fondos han compensado a un número reducido de familias<sup>512</sup>. La vía de la litigación sigue interpretando un papel relevante y, únicamente, se ha constatado una reducción moderada del número de procesos judiciales en Virginia<sup>513</sup>. En Florida, no se ha constatado ninguna reducción reseñable y el Plan tampoco ha servido para frenar la tendencia alcista de las primas de seguros<sup>514</sup>.

#### *b. Fondos que ofrecen a la víctima la elección entre la acción protectora del fondo y la litigación por responsabilidad civil*

##### *i. Compensación de los daños causados por vacunas infantiles en Estados Unidos*

También son fondos de compensación general aquellos cuya creación no elimina la responsabilidad civil del causante pero la desplaza en mayor o menor medida. Por ejemplo, aquellos fondos que únicamente permiten a la víctima ejercer la acción de

---

en el programa. Vid. David M. STUDDERT *et al.*, “The Jury Is Still in: Florida’s Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan After a Decade”, 25 *J. Health Polit Policy Law* 499 (2000), p. 502 y THE JOINT LEGISLATIVE AUDIT AND REVIEW COMMISSION (JLARC), *Review of the Virginia Birth-Related Injury Compensation Program*, JLARC, Richmond, Virginia, 2003. Disponible en [http://jlarc.state.va.us/pubs\\_dat00.htm](http://jlarc.state.va.us/pubs_dat00.htm).

<sup>510</sup> Vid. *Code of Virginia*, § 38.2-5002 y, todavía con más claridad en relación con la exclusión de cualquier otro remedio para los daños compensados por el fondo, *The 2007 Florida Statutes*, § 766.303.

En Virginia, también cabe la posibilidad de prescindir de la acción protectora del fondo si el responsable no participa en su financiación y concurren algunos requisitos adicionales, *Code of Virginia*, § 38.2-5002, D.

<sup>511</sup> Vid. *The 2007, Florida Statutes*, § 766.301. Vid. también Willem A. VAN BOOM y Andrea PINNA, “Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation for Birth Defects”, en Willem H. VAN BOOM y Michael FAURE (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2007.

<sup>512</sup> Vid., por ejemplo y para el fondo de Virginia, SLOAN y CHEPKE, *Medical Malpractice ...*, *op. cit.*, p. 282: “In Virginia, the first payment to a claimant did not occur until five years after the establishment of the BIF. In BIF’s first fifteen years (1987-2002), only seventy-two claimants received payment”.

<sup>513</sup> Vid. SLOAN y CHEPKE *Medical Malpractice ...*, *op. cit.*, p. 287: “The assertion that no-fault would reduce tort claims frequency for those injuries covered is not supported by the Florida experience, although there is some support for this in Virginia”. Para información sobre datos del funcionamiento del fondo, vid. JLARC, *Review...*, *op. cit.*, p. iii.

<sup>514</sup> Vid. VAN BOOM y PINNA, “Shifts from Liability to Solidarity...”, *op. cit.*, pp. 150-151, Mg. 27: “Remarkably, the number of liability claims has not dropped and in fact the NICA seems to fulfil a filter function: claims denied under NICA, and subsequently filed in a civil court –for example because the injuries were of a congenital nature and therefore rejected under NICA –had an increased success rate. Indeed, NICA has not stopped liability insurance premiums for obstetricians and gynaecologist from soaring”.

responsabilidad civil tras un proceso administrativo previo y siempre que no acepte la compensación que resulte de este último. Así sucede, salvo en los supuestos en los que siempre se excluye la litigación<sup>515</sup>, en relación con el fondo de compensación de daños causados por determinadas vacunas en Estados Unidos. El fondo, financiado principalmente mediante un impuesto que grava las dosis de vacunas, está previsto en la Ley federal estadounidense sobre daños causados por vacunas infantiles de 1986 (*The National Childhood Vaccine Injury Act of 1986; Public Law 99-660*, codificada en 42 USC §§ 300aa-10 a -34.) y entró en funcionamiento en octubre de 1988. Como sucedía con los fondos para daños iatrogénicos, su establecimiento está muy relacionado con el incremento de la litigación, la dificultad de aseguramiento y la necesidad de proteger una actividad que se considera socialmente beneficiosa<sup>516</sup>.

ii. Compensación de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos

Parecidamente, son fondos de compensación general aquellos que permiten a la víctima elegir, desde el primer momento, entre la acción protectora del fondo y la litigación, aunque no ambas. Así sucede, por ejemplo, con el Fondo de compensación de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, financiado por el gobierno federal estadounidense y gestionado por Kenneth Feinberg, un *Special Master* nombrado por el Fiscal General de los Estados Unidos (*US Attorney General*)<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> Por ejemplo, las demandas por defecto de diseño de vacunas cuyos efectos secundarios resultaron en daños personales o muerte por los que se reclama. El 22 de febrero la mayoría del Tribunal Supremo Federal se pronunció en este sentido al resolver *Bruesewitz et al. v. Wyeth LLC, fka Wyeth, Inc., et al.*, 562 US (2011). Cuando se dictó la sentencia, quien esto escribe completaba la revisión de las pruebas de imprenta y sólo pudo tener en cuenta la información contenida en el Syllabus.

<sup>516</sup> Sobre el programa de compensación de los daños causados por vacunas infantiles en Estados Unidos, vid. SLOAN y CHEPKE *Medical Malpractice...*, *op. cit.*, pp. 287-291. Robert L. RABIN, "Some thoughts on the efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme", 52 *Md. L. Rev.* 951 (1993) incluye alguna referencia al fondo para las víctimas de vacunas infantiles. Vid. también las webs oficiales [http://www.hrsa.gov/vaccinecompensation/VIC\\_Trust\\_Fund.htm](http://www.hrsa.gov/vaccinecompensation/VIC_Trust_Fund.htm) y <http://www.usdoj.gov/civil/torts/const/vicp/index.htm>.

La lista de vacunas y el período de tiempo en el que deben manifestarse los efectos adversos son los recogidos en el 42 USC § 300aa-14. La lista está integrada, en buena medida, por aquellas vacunas cuyo suministro a niños se recomienda por los Centros de control y prevención de enfermedades (*Centers for Diseases Control and Prevention*) del Departamento federal de Sanidad (*US Department of Health and Human Services*). Sobre los centros públicos de control y prevención de enfermedades, vid. la información disponible en <http://www.cdc.gov/about/organization/cio.htm>.

<sup>517</sup> *September 11th Victim Compensation Fund*, creado por el Título IV de la Ley federal de seguridad aérea y estabilización del sistema de 2001 (*Air Transportation Safety and System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230 (2001)*), codificado en 49 USC §§ 40101. Vid. los números monográficos de las revistas *Connecticut Insurance Law Journal* (Vol. 9, 2002) y *DePaul L. Rev.* (Vol. 53, 2003). Para este trabajo se ha tenido en cuenta, Linda S. MULLENIX y Kristen B. STEWART, "The September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund: Fund Approaches to Resolving Mass Tort Litigation", 9 *Conn. Ins. L.J.* 121 (2002), Kenneth S. ABRAHAM y Kyle D. LOGUE, "The Genie and the Bottle: Collateral Sources Under the 9/11 Victims Compensation Fund", 53 *DePaul L. Rev.* 591 (2003) y Anthony J. SEBOK, "What's Law Got to Do with It? Designing Compensation Schemes in the Shadow of the Tort System", 53 *DePaul L. Rev.* 501 (2003). También se han tenido en cuenta Gillian K. HADFIELD, "Framing the Choice between Cash and the Courthouse: Experiences with the 9/11 Victim Compensation Fund", *USC Center in Law, Economics and Organization*, Research Paper No. C08-8, 2008, disponible

A diferencia de otros fondos implementados en los Estados Unidos, los potenciales beneficiarios del Fondo de compensación de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 podían prescindir de la vía que ofrecía el fondo y recorrer directamente la de la litigación, si bien con algunas limitaciones en cuanto a la indemnización que podían percibir. Si, en cambio, preferían la acción protectora del fondo, debían renunciar a las acciones judiciales que pudieran corresponderles contra aerolíneas, fabricantes de aviones, titulares o concesionarios de la gestión de aeropuertos, propietarios del *World Trade Center* y otros demandados<sup>518</sup>.

La mayoría de las víctimas y perjudicados prefirieron la opción que ofrecía el fondo<sup>519</sup>, que fijaba la compensación de acuerdo con un baremo orientativo o bien de acuerdo con una evaluación individual para quienes discreparan de la cantidad resultante. De la cuantía indemnizatoria se deducían, generalmente, los pagos procedentes de otras fuentes. En total se pagaron más de \$ 7.000 millones de dólares y el 97 % de las familias que solicitaron indemnización recibieron una compensación media de \$ 1,8 millones<sup>520</sup>.

En relación con el Fondo de compensación de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 deben hacerse las siguientes consideraciones<sup>521</sup>:

- En primer lugar, los siniestros que explican su creación pueden considerarse accidentes masivos, es decir, carentes de la nota de latencia propia de los daños masivos *strictu sensu*. De hecho, el fondo concluyó su actividad a mediados de 2004.

La caracterización de los atentados como accidentes masivos no sería adecuada, en cambio, en relación con las enfermedades que puedan resultar de la exposición a los materiales tóxicos instalados en las Torres Gemelas y desprendidos tras los atentados. A la compensación de los vecinos y miembros de los equipos de rescate se alude más abajo.

- En segundo lugar, los atentados conmocionaron a la opinión pública estadounidense y generaron un sentimiento de solidaridad social muy pronunciado. Asimismo, las contingencias de responsabilidad civil podrían haber afectado a las compañías aéreas hasta el punto de comprometer sus operaciones y hasta su continuidad.

- En tercer lugar, la reserva federal dotó el fondo por lo que no se plantearon los problemas de financiación habituales en las transacciones judiciales que establecen un fondo de compensación dotado por la parte demandada.

---

en <http://works.bepress.com/ghadfield/28/> y Richard LEMPERT, "Low Probability/High Consequences Events: Dilemmas of Damages Compensation", *U. Mich. Legal Working Papers – The John M. Olin Center for L. & Econ. Working Papers*, w.p. 97 (2009), pp. 26-35, disponible en <http://law.bepress.com/umichlwps/olin/art97>, EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., pp. 1009-1012, Gillian y la información disponible en <http://www.usdoj.gov/archive/victimcompensation/index.html>.

<sup>518</sup> En relación con otros demandados, vid. la cita de jurisprudencia en EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., pp. 1011-1012.

<sup>519</sup> Vid. LEMPERT, "Low Probability/High Consequences Events...", op. cit., pp. 26-35.

<sup>520</sup> Vid. EPSTEIN, *Torts: Cases and Materials...*, op. cit., p. 1010.

<sup>521</sup> Para las cinco primeras, vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., pp. 102-103.

- En cuarto lugar, la financiación pública del fondo permitió implantar también una administración igualmente pública, si bien se otorgó al *Special Master* una amplia capacidad de gestión.
- En quinto lugar, en el caso de los atentados terroristas no concurren las cuestiones de prevención que son habituales en otros ámbitos de la responsabilidad civil. No, al menos, en el mismo modo.
- En sexto lugar, no debe confundirse este fondo con el sistema de compensación para bomberos, policías, profesionales del sector de la construcción y de servicios de emergencia que trabajaron en la Zona Cero después de los atentados. Estas personas demandaron a decenas de compañías y entidades alegando que la exposición a las sustancias tóxicas que quedaron en suspensión les habían causado o podían causarles enfermedades en el futuro, en particular, enfermedades respiratorias. La lista de demandados incluía la ciudad de Nueva York y las compañías contratadas para la retirada de escombros<sup>522</sup>. Finalmente, se alcanzó un acuerdo y las víctimas se adhirieron a él en un porcentaje suficiente para dotarlo de efectividad. Como se indicaba más arriba, el acuerdo resultante no debe confundirse con el fondo que se comenta en este epígrafe, pero tampoco con las prestaciones médicas reconocidas por la legislación federal.

### iii. Compensación de los daños del amianto en Francia

El FIVA francés, que se estudia en la parte final del trabajo, es un fondo de compensación que también ofrece a la víctima la elección entre recorrer la vía de la litigación o aceptar la oferta indemnizatoria del fondo.

## 3. FUNDACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE COMPENSACIÓN DE VÍCTIMAS DE DAÑOS MASIVOS: COMPENSACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA Y DE LA SANGRE CONTAMINADA EN ALEMANIA

En ocasiones y, en los ordenamientos en los que esto sea posible, la compensación de víctimas de daños masivos se vehicula a través de fundaciones de derecho público. A ellas me referiré para simplificar como fundaciones públicas. De hecho, cualquier fundación es, esencialmente, un conjunto de bienes destinados a un fin<sup>523</sup> o, por así

<sup>522</sup> Sobre el acuerdo se dispone de poca información y procedente de fuentes periodísticas y algún blog especializado en responsabilidad civil por daños masivos. Vid. "Ground Zero Workers Reach Deal Over Health Claims", *NYTimes.com*, March 11, 2010 y "9/11 First Responders Settlement – «Fairness Hearing» April 12", *Mass Tort Litigation Blog*, March 15, 2010. Vid. También "9/11 Settlements Bring Moment of Reckoning", *NYTimes.com*, August 9, 2010; "Deadline Extended for 9/11 Settlement", *NYTimes.com*, November 10, 2010; "9/11 Health Settlement Accepted by Workers", *WSJ.com*, November 19, 2010 y "9/11 Payments Must Start Next Month", *NYTimes.com*, December 22, 2010.

<sup>523</sup> Vid. José Luis LACRUZ BERMEJO *et al.*, *Elementos de derecho civil*, Vol. I-2: Parte General, Dykinson, Madrid, 2008, p. 317: "En esencia, la fundación consiste en un conjunto de bienes vinculados, en beneficio de un colectivo determinado, a una finalidad altruista y de interés general". Vid. también el art. 2.1. de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27.12.2002) y el art. 331-1 de la Ley del Parlamento de Cataluña de 4/2008 de 2 de mayo, por la que se aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, 2.5.2008).

decirlo, un fondo cuyo patrimonio está afecto a una finalidad de interés general.

La opción por la fundación pública es bien conocida en el derecho alemán, pues se adoptó para compensar a las víctimas del Contergan, un medicamento sin receta indicado para combatir las náuseas durante el embarazo que resultó contener una molécula teratogénica conocida como talidomida<sup>524</sup>. Más tarde también se adoptó para compensar a las víctimas de la sangre contaminada.

Ambas fundaciones públicas tienen una finalidad a medio camino entre la de los fondos de limitación de responsabilidad y los de compensación, excluyen –con alguna excepción– la responsabilidad civil y combinan financiación pública y privada.

La primera de las fundaciones públicas citadas fue prevista por la Ley para la constitución de la Fundación “Obra social de ayuda a los niños con minusvalías” (*Gesetz über die Errichtung einer Stiftung “Hilfswerk für behinderte Kinder” - Stiftungsgesetz vom 17.12.1971, BGBl. 1971 II, S. 2018, abreviada StiftungsG*), pero en la actualidad está regulada por la Ley sobre la Fundación “Contergan” para personas minusválidas (*Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen - Conterganstiftungsgesetz vom 19.10.2005, BGBl. 2005 I, S. 2967; neugefasst durch Bek. vom 25.6.2009, BGBl. I, S. 1537; abreviada ContStifG*)<sup>525</sup>.

La segunda de las fundaciones públicas citadas está regulada por la Ley de ayuda humanitaria a las víctimas infectadas con VIH por productos sanguíneos (*Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen, HIV-Hilfegesetz vom 24.7.1995, BGBl. I S. 972; zuletzt geändert durch Art. 79 V vom 31.10.2006, BGBl. I S. 2407; abreviada HIVHG*)<sup>526</sup>.

#### 4. AYUDAS PÚBLICAS: CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y EJEMPLOS

Las ayudas públicas son prestaciones que se satisfacen con cargo a dotaciones presupuestarias mediante un procedimiento singular y que resarcan los daños causados en ámbitos muy específicos. Así definidas, apenas se distinguen de los fondos y, en la mayoría de los casos, nada impide el análisis conjunto de unos y otras.

Algunos fondos tienen personalidad jurídica y autonomía organizativa, mientras que la tramitación, concesión y pago de las ayudas suele corresponder a una Administración

<sup>524</sup> Sobre el escándalo del “Contergan” en Alemania, vid. SALVADOR CODERCH y RUBÍ, “Capítulo VIII. Causas de exoneración...”, *op. cit.*, pp. 585-656, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8.7.1976, *BVerfG, Urteil vom 8.7.1976 -1 BvL 19, 20/75, 1 BvR 148/75 (NJW 1976, 1783)* y la información disponible en la página web de la fundación: <http://www.conterganstiftung.de>.

<sup>525</sup> Sobre la ley, vid. Stefan BREUER y Louis ANKE-KATRIN, “Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz- ContStifG)”, *MedR (2007)*, 25: 223-228. Los estatutos (*Satzung*) de la *Conterganstiftung* pueden consultarse en <http://www.conterganstiftung.de>.

<sup>526</sup> Sobre la ley, vid. Erwin DEUTSCH, “Das Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-Infizierte”, *NJW 1996*, Heft 12. Sobre el derecho de transfusiones alemán y las cuestiones de responsabilidad civil y penal, vid. Erwin DEUTSCH y Andreas SPICKHOFF, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, Berlin-New York, 2008, pp. 958 - § 1710 y p. 966 - §§ 1728-1729.

pública preexistente, en la que, a lo sumo, se ha creado una unidad especializada. Sin embargo, personalidad jurídica propia y autonomía no son características esenciales al concepto de fondo. De hecho, no todos los fondos tienen esas características y no por ello dejan de serlo. Son tan fondo el FIV A francés como el *Asbestfonds-Fonds d'Amiante* belga, que compensan los daños del amianto en Francia y Bélgica, respectivamente. Sin embargo, únicamente el primero tiene personalidad jurídica.

Generalmente, las ayudas públicas se caracterizan por encontrar su fundamento principal en la solidaridad colectiva o social. En este sentido, las disposiciones normativas que las establecen pueden entenderse como una manifestación del estado social<sup>527</sup>. Ahora bien, como se ha tenido oportunidad de comprobar algunos fondos también tienen un fundamento similar. Y, como se comprobará, algunas ayudas públicas carecen de él.

Así, en derecho español, son ayudas públicas las que se reconocen a víctimas de delitos violentos, contra la libertad sexual, de terrorismo o de violencia doméstica, pero también otras en las que tal fundamento -manifestación del estado social- debe ser puesto en entredicho o, al menos, no era o no es el principal. Por ejemplo y como se verá, las reconocidas a las víctimas de sangre contaminada o del accidente del Prestige.

La misma clasificación cuatripartita de los fondos de compensación es aplicable también a las ayudas. De este modo, las ayudas pueden limitar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ofrecer una garantía de pago a las víctimas que no pueden identificar a un responsable solvente, conceder crédito a demandantes en previsión de futuras condenas de responsabilidad civil o, finalmente, otorgar a las víctimas una compensación final.

#### **4.1. Ayudas públicas de limitación de responsabilidad en España: sangre contaminada y accidente del Prestige**

Son ayudas públicas de limitación de responsabilidad las que se previeron en España para las víctimas de la sangre contaminada, por ejemplo y entre otras<sup>528</sup>, las de la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias (BOE núm.

<sup>527</sup> En sentido parecido, y en relación con las ayudas a las víctimas de delitos violentos, vid. Francisco SOTO NIETO, "Ayudas a las víctimas de los delitos violentos. Su relación con el proceso penal", *La Ley*, Año 1998, Ref. D-86, Tomo 2. En relación con aquellas ayudas, así como con el sistema de ayudas públicas a las víctimas de delitos de terrorismo, vid., entre otros, Ricardo ROBLES PLANAS, "Notas sobre el sistema de indemnizaciones y ayudas públicas a las víctimas de delitos", *Boletín Aranzadi Penal*, Julio 2001, I.

<sup>528</sup> Señaladamente, las del Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público (BOE núm. 130, de 1 de junio de 1993) y Disposición Adicional 37ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2000, de 19 de mayo, de presupuestos de la Generalitat de Cataluña (DOGC núm. 3144, de 22 de mayo de 2000).

135, de 6 de junio de 2002) <sup>529</sup>. También las ayudas a los damnificados por la marea negra derivada del accidente del petrolero monocasco Prestige previstas por el Real Decreto Ley 4/2003, de 20 de junio, de actuaciones para el abono de indemnizaciones en relación con los daños ocasionados por el accidente del buque Prestige (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2003) y normas conexas.

La percepción de unas y otras ayudas presuponía -directa o indirectamente- la renuncia al ejercicio de acciones judiciales contra las propias Administraciones públicas o sus funcionarios. Por ello, SEUBA señaló, en relación con las ayudas para las víctimas de la sangre contaminada, su naturaleza de “transacción encubierta”<sup>530</sup>. Parecidamente, RUBÍ y PIÑEIRO indicaron que las ayudas por el accidente del Prestige suponían el “blindaje” del Gobierno frente a posibles demandas de responsabilidad civil en su contra <sup>531</sup>. En relación a ambos tipos de ayudas, BUSTO LAGO también consideró que la principal función de las mismas era “blindar” al Gobierno y, en relación con las ayudas por el accidente del Prestige, advirtió que constituían una transacción<sup>532</sup>.

#### 4.2. Ayudas públicas de garantía: delitos violentos y contra la libertad sexual

En cierta medida, las ayudas públicas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual pueden ser consideradas ayudas de garantía. Según el art. 5 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995; en

---

<sup>529</sup> Vid. Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Ayudas a los contagiados por el VHC en el sistema sanitario público”, *InDret 3/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), *Sangre contaminada...*, *op. cit.* y “La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a los hemofílicos contagiados con el VHC”, *InDret 3/2002* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>530</sup> En relación con la naturaleza de las ayudas a las víctimas españolas de sangre contaminada Vid. SEUBA, *Sangre...*, *op. cit.*, p. 411: “las ayudas estatales y catalana no son ‘auténticas’ ayudas fundamentadas en la solidaridad social, sino que se trata de transacciones encubiertas, mediante las cuales el gobierno fija *ex ante* la cuantía indemnizatoria sin tener que negociarla y obtiene a cambio la renuncia al ejercicio de una acción que, caso de prosperar, seguramente establecería una indemnización superior”. Vid. también Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “La Ley 14/2002...”, *op. cit.*, p. 5: “el texto es el marco legal para una transacción barata para la Administración Pública”.

<sup>531</sup> En relación con las ayudas a los damnificados por el caso Prestige, vid. Antoni RUBÍ I PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, José, “El blindaje del Gobierno en la crisis del *Prestige*”, *InDret 3/2003* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 1: “la norma se revela como la estrategia del Gobierno para blindarse frente a posibles acciones de responsabilidad civil de los afectados”.

<sup>532</sup> Vid. José Manuel BUSTO LAGO, “Pago de *indemnizaciones* por el Estado español a los afectados por el siniestro del *Prestige* y renuncia de acciones (Algunos aciertos del legislador y algunas dudas de constitucionalidad)”, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 18, 2004, pp. 6-14, p. 7): la “finalidad última [de estas normas] no es otra que la constituida por el objetivo de blindar a las Administraciones públicas frente a posibles reclamaciones ejercitadas a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual”. Y, más adelante, en la p. 9 y relación con el RDL 4/2003: “Substancialmente los perjudicados que opten por la percepción de las indemnizaciones al amparo de la vía habilitada por el Real Decreto-Ley 4/2003 conciertan una transacción con la Administración Pública concedente de aquellas(...)”.

adelante LVDV)<sup>533</sup>, estas ayudas son incompatibles con, entre otras fuentes de compensación, las indemnizaciones por responsabilidad civil *ex delicto* salvo que

“el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial”.

#### **4.3. Ayudas públicas consistentes en pagos adelantados: delitos violentos y contra la libertad sexual y solidaridad con las víctimas del terrorismo**

Son ayudas de pagos adelantados, en algunas ocasiones, las ayudas provisionales del art. 10 de la LVDV que se conceden antes de que recaiga sentencia si se acredita la situación de precariedad económica de la víctima o de sus beneficiarios.

También las ayudas e indemnizaciones previstas en el art. 5 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1999; en adelante LSVT)<sup>534</sup> que, además de percibirse en virtud de sentencia firme, pueden percibirse cuando

“sin mediar tal sentencia [firme], se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos”<sup>535</sup>.

#### **4.4. Ayudas públicas de compensación: solidaridad con las víctimas del terrorismo**

Las indemnizaciones de la LSVT también pueden considerarse como ayudas de compensación propiamente dicha. Por una parte, presuponen la renuncia a las acciones civiles y la subrogación del Estado en los derechos de los beneficiarios en los términos del art. 8.1. LSVT. Por otra parte, las cuantías son de las más generosas entre las prestaciones públicas, por ejemplo y de acuerdo con el Anexo de la LSVT, 138.232,78 € por fallecimiento y 390.657,87 € por gran invalidez<sup>536</sup>. Si la sentencia fija una indemnización por responsabilidad civil superior a la del Anexo, el Estado abona al interesado

<sup>533</sup> La ley ha sido desarrollada reglamentaria. Vid. Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE núm. 126, de 27.5.1997; en adelante RD 738/1997). Sobre las ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, vid. Francisco Javier PUYOL MONTERO, “Noticia de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *La Ley*, Año 1996, Tomo 3, D-188, SOTO, “Ayudas...”, *op. cit.* y ROBLES, “Notas...”, *op. cit.* Las ayudas son compatibles con las previstas por el art. 27 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de violencia doméstica (BOE núm. 313, de 29 de diciembre) para mujeres víctimas de violencia de género en situación de necesidad económica. Posteriormente, el precepto fue desarrollado por el RD 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 (BOE núm. 301, de 17.12.2004).

<sup>534</sup> Sobre la LSVT, vid. Ángela FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo”, *RdP 4/2000*, pp. 457-465 y Oriol MIR PUIGPELAT, “Indemnización a las víctimas del terrorismo”, *InDret 1/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)). Vid. también ROBLES, “Notas...”, *op. cit.*, IV.2

<sup>535</sup> Vid. art. 5 LSVT.

<sup>536</sup> Sobre la mayor protección de las víctimas del terrorismo, vid. ROBLES, “Notas...”, *op. cit.*, IV.

la diferencia<sup>537</sup> y, en cualquier caso, las prestaciones son acumulables con otras que puedan percibir las víctimas<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> Vid. art. 9.3. LSVT.

<sup>538</sup> Vid. art. 6.5. LSVT. Entre otras prestaciones, considérense, por ejemplo, las ayudas y resarcimientos ordinarios para daños corporales que prevé el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, que aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos del terrorismo (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003) en desarrollo de la normativa en la materia que habían aprobado diversas leyes de acompañamiento o de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

## CRÍTICAS A LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA

A los fondos de compensación, y en particular a los fondos de compensación sin culpa, se les reconoce la capacidad de compensar a más víctimas, más rápido y en cuantía suficiente. Si, además, el número de víctimas y la frecuencia de las demandas son elevados, los fondos de compensación sin culpa pueden tener menos costes de gestión que la responsabilidad civil basada en la litigación y en la prueba de los presupuestos de aquella.

Sin embargo, los fondos de compensación sin culpa no son ajenos a las críticas. A continuación se analizan las más recurrentes. Muchas de ellas son acertadas, aunque es habitual que sus críticos las amplifiquen o descontextualicen y hasta que ignoren –o quieran ignorar– que las mismas críticas se pueden dirigir a la responsabilidad civil extracontractual. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los fondos no excluyen necesariamente la responsabilidad civil, por lo que ésta podría seguir cumpliéndose, al menos hasta cierto punto, sus funciones tradicionales.

A decir de algunos autores, las críticas contra los sistemas de compensación sin culpa se pueden dividir en dos grupos. El primer grupo incluiría aquellas críticas que hacen referencia a las disfunciones en términos distributivos y tendría una marcada perspectiva *ex post*. Son ejemplos de este grupo de críticas las que ponen el acento en las limitaciones de las cuantías compensatorias. El segundo grupo incluiría aquellas críticas que hacen referencia a las disfunciones en términos de prevención y adoptaría una perspectiva *ex ante*. Son ejemplos de este grupo de críticas las que señalan la incidencia del fenómeno del riesgo moral<sup>539</sup>.

### 1. EFECTOS EN LA PREVENCIÓN DE DAÑOS: RIESGO MORAL

Como se ha indicado, un fondo de compensación sin culpa es una forma de aseguramiento y, como tal, sujeto a la posible incidencia del riesgo moral. Los potenciales causantes de un daño pueden disminuir su nivel de precaución o incrementar su nivel

<sup>539</sup> Vid. FIORE, "No-fault...", *op. cit.*, p. 411: "In spite of their qualities, no-fault schemes also display shortcomings which may restrain their development. These defaults are of two types: one concerns their distributive (ex post) dimension and the other concerns their preventive (ex ante) dimension.

As far as compensation (distribution) (...) They (...) don't include (...) an important share of the damages suffered by victims, such as pain and suffering or revenue losses and medical fees (...) As the negligence system compensates for these types of damages, it can be considered more distributive in this respect (...)

As regards their preventive dimension (...) compensation is (...) not risk-related and neither is its financing. Contrary to the traditional tort system, there is no legal or systematic link between the tortfeasor and the damage payment since liability is not a criterion in compensation".

de actividad si conocen que no serán ellos quienes pecharán con las consecuencias de sus actos<sup>540</sup>.

El riesgo moral actuará tanto en el causante del daño como en la víctima. Como consecuencia de la acción protectora del fondo, el causante dispondrá de cobertura de responsabilidad civil, que será limitada si existe acción subrogatoria-. A su vez, la víctima dispondrá de una suerte de cobertura de daños, que, de nuevo, será limitada, pues, generalmente, recibirá una compensación menor que la que obtendría de una indemnización de responsabilidad civil. Es decir, soportará una parte mayor del daño y tendrá más incentivos para evitarlo<sup>541</sup>.

El riesgo moral puede atenuarse si la financiación del fondo depende de aportaciones calculadas según la siniestralidad previa de cada contribuyente. Sin embargo, para que estos sistemas de tarificación *a posteriori* o *experience-rating* funcionaran, deberían dar respuestas a cuestiones de causalidad parecidas a las que se plantean en la responsabilidad civil. También podrían implementarse mecanismos de control de los asegurados –en este caso los potenciales causantes– para garantizar que ajustaran sus niveles de precaución y actividad a los óptimos sociales. Pero los costes de estos mecanismos, probablemente lo desaconsejarían.

La regulación administrativa y las sanciones penales pueden ayudar a que los contribuyentes al fondo se conduzcan con más cuidado y reduzcan, en su caso, su nivel de actividad, pero no anulan los efectos preventivos adicionales que pueda tener la responsabilidad civil. La crítica a los fondos es, pues, acertada en este punto: su adopción conlleva una pérdida de efectos preventivos<sup>542</sup>. Otra cosa es que, con frecuencia, se le atribuya a la crítica mayor relevancia de la que en realidad tiene.

Así, la crítica casi pasa por alto que la responsabilidad civil es un instrumento de prevención con limitaciones evidentes. En este sentido, me remito a lo indicado en otro lugar de este trabajo al analizar la responsabilidad civil como instrumento de prevención de accidentes y enfermedades del tipo *man-made*.

Parecidamente, la crítica omite señalar que el diseño del fondo puede minimizar el fenómeno del riesgo moral, por ejemplo, reconociendo al fondo la capacidad de subrogarse en las pretensiones de los beneficiarios de sus prestaciones. Con esto se logra –como indicaba– minimizar el riesgo moral, si bien no erradicarlo, pues el fondo únicamente incoará una acción subrogatoria cuando lo aconseje la valoración conjunta de las expectativas de prevalecer, la indemnización esperada y los costes de la litigación.

<sup>540</sup> Vid. WAGNER, "Tort Liability and Insurance...", *op. cit.*, p. 350, Mg. 109: "If every victim of personal injury is compensated out of public funds with the person responsible going scot-free why should anybody take costly measures of precaution aimed at avoiding the harm?". Vid. también ZWEIGERT y KÖTZ, *Einführung...*, *op. cit.*, p. 690, § 42 VI: "Die Präventionswirkungen des Haftungsrechts mögen unvollkommen sein, aber entbehrlich sind sie nicht. Wer das Haftungsrecht abschaffen will, muß deshalb dafür Sorge tragen, daß die von ihm vermittelten Anreize zur Unfallverhütung auf andere Weise erhalten bleiben".

<sup>541</sup> Vid., en relación con el sistema de *worker's compensation*, POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 257, § 8.3 y la literatura allí citada.

<sup>542</sup> Para un estudio de los sistemas de compensación sin culpa que incluye el análisis de los efectos en términos de prevención derivados de su implementación, vid. TREBILCOCK, "Incentive issues...", *op. cit.*

Muchas víctimas, en cambio, están dispuestas a litigar incluso cuando esa valoración lo desaconseja porque añaden al cálculo la obtención de justicia correctiva. Asimismo, algunos fondos únicamente se subrogan en los derechos del beneficiario de una prestación hasta el límite de la cuantía de las prestaciones satisfechas, mientras que la prevención perfecta exigiría, al menos, la indemnización íntegra del daño. Ahora bien, se puede reconocer al fondo la capacidad de litigar por el exceso a condición de que sea el beneficiario quien lo reciba. Aunque así se reproduzcan en vía de subrogación los problemas asociados a la litigación, téngase en cuenta que el volumen de litigación se reduce, por lo que tales problemas tienen una incidencia menor.

Otra respuesta parcial al riesgo moral consiste en permitir que la víctima opte por el fondo o por la litigación. De este modo, si algunas víctimas optan por la segunda y el fondo se subroga en un número suficiente de acciones, se alcanza un punto en el que la pérdida en términos de prevención es poco relevante comparada con la mejora en términos de compensación. Es difícil conocer la proporción del total de acciones de responsabilidad civil interpuestas por las víctimas y por el fondo que son necesarias para que esto ocurra. Pero la experiencia del funcionamiento de los fondos debería permitir aproximarse cada vez más a la proporción adecuada.

## 2. IGUALDAD Y CLASES PRIVILEGIADAS DE VÍCTIMAS

Un fondo de compensación sin culpa puede crear una clase privilegiada -aunque, a veces, también perjudicada-, de víctimas<sup>543</sup>. Así sucede, de hecho, en relación con muchos de los fondos que se han implementado hasta la fecha y que proyectan su ámbito de protección sobre colectivos de víctimas bien definidos. Sin embargo, esas desigualdades no son consustanciales al fondo, sino más bien el resultado de las circunstancias socio-económicas que rodean su implementación. Un fondo puede, potencialmente, ofrecer cobertura universal y tratar de modo razonablemente similar a todas las víctimas.

En otro orden de cosas, cabría justificar el trato diferenciado si el fondo no ofreciera cobertura universal, pero operara en un ámbito con características específicas. La responsabilidad civil por daños masivos presenta suficientes características propias como para que nos planteemos la conveniencia de aplicar este argumento<sup>544</sup>. Además, recuérdense los problemas que planteaba en relación con las categorías tradicionales de la responsabilidad civil y del aseguramiento de riesgos.

En derecho español, esto no supondría una vulneración del art. 14 CE si se atiende al FD 11º de la STC, Pleno, 181/2000, de 29 de junio (MP: Pablo García Manzano; sobre la constitucionalidad del baremo de daños personales derivados de accidentes de circulación)<sup>545</sup>:

<sup>543</sup> O, al menos, que –para bien o para mal- trata diferente a determinadas víctimas. Vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*, pp. 106 y 108 y ss.

<sup>544</sup> Con todo, no faltan los autores que entienden que la causa de incapacidad no debería ser relevante. V. *id.*, p. 179.

<sup>545</sup> En próximas páginas se comenta la sentencia más por extenso.

“[D]e la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma Fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales. (...)”

[L]a concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños”.

En cualquier caso, la responsabilidad civil también trata de modo diferente daños idénticos. Causalidad y negligencia e institutos como el de la prescripción separan los daños que merecen compensación de aquellos que, pese a ser esencialmente idénticos, no la merecen<sup>546</sup>.

La prueba de causalidad y negligencia plantea cuestiones todavía por resolver en sede de responsabilidad civil por daños masivos. A ellas me he referido suficientemente en páginas precedentes. La prescripción y su cómputo no les van a la zaga. Son muchas las víctimas cuyas pretensiones están prescritas cuando se ejercitan. Los breves plazos de prescripción<sup>547</sup> y la compleja determinación del *dies a quo* para el cómputo de los plazos agravan el problema.

Añádanse que en algunos ámbitos de la responsabilidad civil se aplica una regla de negligencia y, en otros, una regla de responsabilidad objetiva. Parecidamente, las víctimas de daños causados por varias personas están más protegidas si resulta de aplicación una regla de solidaridad. Las obligaciones de aseguramiento en determinados sectores mitigan esta última desigualdad entre las víctimas de daños causados por más de una persona y las de los causados por una única persona. Asimismo, existen razones preventivas para hacer responder a todos los causantes de un daño<sup>548</sup>. Sin embargo, mientras el aseguramiento obligatorio no alcance a todos los ámbitos, la desigualdad, más o menos motivada, existirá.

<sup>546</sup> Vid. TREBILCOCK, “Incentive Issues...”, *op. cit.*, p. 20. Más arriba se ha extractado la página indicada.

<sup>547</sup> Considérese, por ejemplo, el plazo anual del art. 59 ET y 1968 CC. Para una crítica al plazo de prescripción previsto en este último, vid., LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 247. En este sentido, parecen más acertados los plazos de prescripción trienales del art. 121-21 d) CCCat o del art. 143 TRLGDCU.

<sup>548</sup> Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad...*, *op. cit.*, p. 215: “Las críticas dirigidas a la responsabilidad solidaria por algunos de nuestros autores parten de la que consideran la injusticia de proteger en mayor medida a la víctima de daños causados por varias personas que a la víctima de daños de los que sólo una persona es responsable (...)”

El argumento, sin embargo, es falaz. En primer lugar, olvida que (...) nuestro derecho de daños está plagado, cada vez más, de obligaciones de aseguramiento, límites máximos de responsabilidad e indemnizaciones tasadas (...) En segundo lugar, la crítica parte de una concepción de la responsabilidad civil exclusivamente compensatoria (...) Si se tiene en cuenta la eficacia preventiva de toda regla de responsabilidad, habrá que admitir que si fueron varios los causantes, todos deben responder del daño (...)”.

En otro orden de cosas, la estructura de la responsabilidad civil dificulta sobremanera la compensación de los daños derivados de enfermedades latentes causadas por una acción u omisión negligentes. En cambio, compensa razonablemente bien a las víctimas de accidentes. Esto se explica, entre otros motivos y como ya se ha apuntado, porque la prueba de causalidad y negligencia es, con alguna excepción, más sencilla cuando el daño sucede sin solución de continuidad a la acción u omisión enjuiciada<sup>549</sup>.

Un fondo de compensación, pone fin a estas desigualdades en el seno de un grupo homogéneo de víctimas, cuyos daños proceden de una misma fuente de peligro. Su acción protectora depende de la existencia y magnitud de un daño, no de la identificación del causante, ni de la prueba de su negligencia, por lo que, idealmente, puede llegar a compensar a todas las víctimas de su ámbito de aplicación sin exclusiones.

### **3. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Otra de las críticas recurrentes a la opción por un fondo de compensación es que éste suele limitar el derecho a la tutela judicial efectiva bien porque se prohíben las acciones civiles bien porque la aceptación de las prestaciones del fondo supone la renuncia a ellas y, en ocasiones, subrogación del fondo en las acciones contra el responsable.

En realidad, únicamente lo primero –prohibición de acciones- supone una infracción de la tutela judicial efectiva. En cambio, el resto de posibilidades dejan abierta la vía de la litigación y serán las víctimas las que decidan si la prefieren al fondo de compensación.

#### **3.1. Prohibición de acciones civiles**

##### *a. Prohibición y excepciones*

Como se ha indicado, en ocasiones, la prohibición de las acciones civiles es la contraprestación al establecimiento de un fondo. Cuando esto ocurre, suele existir una excepción para algunos casos, por ejemplo, aquellos en los que concurra dolo. En este sentido, me permito remitir al lector a lo indicado en relación con los fondos estadounidenses para la compensación de algunos daños iatrogénicos. Pero, más allá de estas excepciones, las acciones civiles quedan excluidas.

##### *b. Exclusión de la responsabilidad civil extracontractual y discontinuidad entre el derecho de contratos y el derecho penal*

Como explicó CALABRESI, la responsabilidad civil extracontractual ocupa un lugar intermedio entre el derecho de contratos y el derecho penal. El derecho de contratos es la máxima expresión de la libertad de los individuos para transmitir sus derechos a un precio pactado. El derecho penal prohíbe ciertas transacciones involuntarias. La

---

<sup>549</sup> Vid. STAPLETON, *Disease...*, *op. cit.*,

responsabilidad civil extracontractual, en cambio, permite ciertas transacciones involuntarias, pero impone el pago de una indemnización fijada por el Estado a través de sus órganos judiciales, algo así como un precio fijado colectivamente<sup>550</sup>.

En consecuencia, si se elimina la responsabilidad civil extracontractual se produce una discontinuidad entre el derecho de contratos y el derecho penal. Ahora bien, si el establecimiento de un fondo de compensación únicamente supone que las víctimas puedan escoger entre su acción protectora o la responsabilidad civil, no puede decirse que se produzca tal discontinuidad.

### *c. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de julio de 1976 en relación con la StiftungsG*

Como se ha indicado, la StiftungsG preveía la creación de una fundación de derecho público de ayuda a niños víctimas del medicamento “Contergan”. Además de dotaciones públicas, se debían transferir a la Fundación 100 millones de marcos alemanes que, en una transacción previa, la fabricante de “Contergan” había acordado destinar a la compensación de pretensiones derivadas de los daños.

La transferencia de los 100 millones de marcos alemanes a la Fundación y la aparente transformación de las pretensiones contractuales de quienes habían transigido con el fabricante en derechos legales a prestaciones de la Fundación plantearon algunas dudas de constitucionalidad. Así, a los efectos que aquí interesan, se discutía si se había infringido el derecho a la propiedad privada, que en la Ley Fundamental de Bonn de 1949<sup>551</sup> tiene rango de derecho fundamental.

La cuestión llegó al Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) que se pronunció sobre la misma en Sentencia de 8 de julio de 1976 (*BVerfG, Urteil vom 8.7.1976 - 1 BvL 19, 20/75, 1 BvR 148/75, NJW 1976, 1783*)<sup>552</sup> y no apreció vulneración del derecho a la propiedad privada.

Según el Tribunal, pretensiones de derecho privado como las que se discutían en el caso constituían una forma de propiedad y, por tanto, estaban comprendidas en el ámbito de protección de aquel derecho. Sin embargo, ello no obstaba a que el legislador pudiera modificar su configuración, siempre y cuando, preservara su esencia y existieran razones que justificaran la medida o ésta no fuera desproporcionada<sup>553</sup>.

<sup>550</sup> Vid. CALABRESI, “Toward a Unified Theory...”, *op. cit.*, pp. 1 y 2. La tripartición recuerda -en cierta medida- a la de Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *85 Harv. L. Rev. 1089 (1972)*. La traducción al español del artículo corrió a cargo de Pedro DEL OLMO GARCÍA [“Propiedad, Responsabilidad e Inalienabilidad. Una perspectiva de la catedral”, *ADC*, 1997-I, pp. 187-235].

<sup>551</sup> Vid. § 14 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. I, S. 1*, en adelante GG).

<sup>552</sup> Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional y sus posibles efectos en relación con la Ley que establece la Fundación de ayuda humanitaria a las víctimas infectadas con VIH por productos sanguíneos, vid. DEUTSCH, “Das Gesetz...”, *op. cit.*, pp. 756-758.

<sup>553</sup> Vid. *BVerfG, Urteil vom 8.7.1976, D.I.6.*: “Die Gewährleistung der privatrechtlich zugeordneten Ansprüche nach Maßgabe des Art. 14 I 1 GG bedeutet aber nicht schlechthin ihre Unantastbarkeit; sie besagt auch nicht,

Las circunstancias legitimadoras de la intervención del legislador concurrían en el caso de la StiftungsG: las víctimas se contaban por miles, los daños por centenares de millones de marcos –tal vez miles de millones-, la cuantía por la que se había transigido podía resultar insuficiente y la determinación de la compensación individual planteaba problemas jurídicos insolubles de causalidad, previsibilidad del daño y culpabilidad. Además, la constitución de la Fundación aumentaba los recursos destinados a la compensación de las víctimas y las prestaciones de la Fundación no tenían un valor inferior a las pretensiones privadas derivadas de la transacción.

### 3.2. Renuncia a las acciones civiles

La aceptación de la acción protectora de los fondos puede venir condicionada a la renuncia por la víctima a las acciones indemnizatorias y, en ocasiones, la subrogación del fondo o entidad de la que dependa en aquellas. Si el fondo es de financiación pública y ninguna Administración pública es responsable exclusiva del daño, esto último será lo más habitual, pues la Administración pública financiadora tendrá un interés en recuperar costes. Así sucede, en relación con las prestaciones por la catástrofe del Prestige (art. 5 RDL 4/2003)<sup>554</sup> o, en relación con el coste de las prestaciones sanitarias de Seguridad Social satisfechas por el Instituto Nacional de la Salud, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o, en su caso, el empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria (art. 127.3 II TRLGSS)<sup>555</sup>.

La regla de la subrogación es necesaria para que los potenciales causantes de daños no operen en la confianza de que será el fondo el que correrá con los costes de compensarlos y que, en todo caso, la amenaza de la litigación vendrá de una víctima parcial o totalmente compensada y por tanto, dispuesta a transigir por mucho menos

---

*daß jede inhaltliche Veränderung unzulässig wäre. Art. 14 I 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber vielmehr –unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen-, in bereits begründete Rechte einzugreifen und diesen einen neuen Inhalt zu geben. (...)*”.

<sup>554</sup> Vid. art. 5 del RDL 4/2003: “1. La Administración General del Estado se subrogará en cualesquiera derechos o acciones que pudieran corresponder a quienes suscriban los acuerdos o convenios a los que se refiere este Real Decreto-Ley contra organismos o entidades nacionales o internacionales, o contra terceros.

A tales efectos, los damnificados que reciban el importe de la indemnización por disposición de fondos conforme a lo establecido en este Real Decreto-ley desisten de forma irrevocable e incondicional a cualquier acción, recurso o instancia pendiente de resolución, y renuncian, asimismo, a entablar en el futuro cualquier acción, procedimiento o reclamación, cualquiera que sea su naturaleza, carácter o denominación, judicial o extrajudicial, relativos al siniestro del buque *Prestige*.

2. Asimismo, la Administración General del Estado se subrogará en los derechos que puedan corresponder por razón del siniestro a sus organismos públicos y sociedades mercantiles estatales, a los efectos de ejercitar las acciones que procedan para hacerlos efectivos”.

<sup>555</sup> Vid. art. 127.3 II TRLGSS: “[E]l Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme con lo previsto en la presente Ley”. Para un comentario al precepto, vid. Juan LÓPEZ GANDÍA, “Comentario al art. 127 TRLGSS”, en Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL (ed.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 845-846.

que el coste total de los daños. Asimismo, desde el punto de vista de quienes financian el fondo, la regla de subrogación permite recuperar costes y, en consecuencia, disminuir los costes globales del sistema<sup>556</sup>.

En tanto que se permita a la víctima “renunciar a renunciar”, es decir, prescindir de la acción protectora del fondo e interponer una demanda judicial en su lugar, no puede hablarse de afectación de derechos procesales. No, al menos, si la prestación del fondo es suficiente y la víctima dispone de la posibilidad efectiva de optar por una u otra vía de compensación. En un sentido parecido y en relación con la renuncia requerida para la percepción de ayudas por sangre contaminada con VIH, SEUBA sostuvo que el límite entre la admisibilidad o no de la renuncia se encontraba

“en las condiciones que se exigen para la renuncia, en si la cuantía reconocida por la ayuda permite o no dar cumplimiento al principio de reparación íntegra del daño sufrido y en la existencia de medios alternativos de resarcimiento”<sup>557</sup>.

La renuncia de acciones civiles no alcanza a las que sean de naturaleza penal, aunque sí a la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, pues tiene naturaleza civil. Si las víctimas habían ejercitado acciones civiles y desisten de ellas, no por ello procederá, necesariamente, una condena en costas<sup>558</sup>.

#### 4. SELECCIÓN ADVERSA

Cuando la víctima puede optar por la acción protectora del fondo o por la litigación, existe el riesgo de que el fondo únicamente consiga atraer a las víctimas con menos probabilidades de prevalecer en juicio. El peligro de esta selección adversa es real, pero puede mitigarse ofreciendo una compensación mayor a las víctimas con mejores pretensiones en el supuesto de que el fondo obtenga una indemnización mayor que la de la prestación satisfecha en vía de subrogación.

Una opción similar es la adoptada en Francia por el FIVA en relación con los daños del amianto, como se verá más por extenso en la parte final de este trabajo<sup>559</sup>. Además, dos factores pueden inclinar el fiel de la balanza a favor del fondo. En primer lugar, la

<sup>556</sup> Para una presentación sucinta de los beneficios de la regla de subrogación en relación con el seguro, vid., además de la literatura general allí citada, ULEN, “The View from Abroad...”, *op. cit.*, p. 220, Mg. 43 y 44: “at least from and economic point of view, subrogation is a good thing. By allowing for the insurer to proceed against the defendant for indemnification, two efficient things happen. First, the defendant-injurer bears the full cost of his wrongdoing (...). Second, everyone who purchases first-party insurance benefits from the subrogation clause because, by allowing the insurer to seek indemnification from the injurer or his insurer, the clause keeps the total cost of insurance lower than it would otherwise be”.

<sup>557</sup> Vid. SEUBA, *Sangre...*, *op. cit.*, p. 386.

<sup>558</sup> Art. 396.2 LEC: “Si el desistimiento que pusiere fin al proceso fuere consentido por el demandado o demandados, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.”

Art. 74.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14.7.1998): “El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”.

<sup>559</sup> Vid. art. 53 VI *Loi n° 2000-1257, du 23 décembre 2000, de financement de la sécurité sociale pour 2001* (JORF n° 298, 24 décembre 2000; en adelante, *Loi n° 2000-1257*).

aversión al riesgo de las víctimas, en este caso, la aversión al riesgo de no prevalecer en juicio. En segundo lugar, la rápida evolución de algunas enfermedades frente a la lentitud de los procesos judiciales. Recuérdese que una víctima de mesotelioma rara vez sobrevive dos años después del diagnóstico, aunque algunos tratamientos desarrollados recientemente puedan incrementar la supervivencia.

## 5. BAREMACIÓN DEL DAÑO, REPARACIÓN INTEGRAL Y CONSTITUCIONALIDAD

### 5.1. Techos indemnizatorios y baremos

Los fondos de compensación suelen limitar cuantitativamente su acción protectora mediante el establecimiento de techos o de baremos indemnizatorios. Los primeros son límites máximos de responsabilidad, los segundos son cuadros graduales que asignan un valor monetario, una horquilla de valores posibles o una fórmula de cálculo a las partidas indemnizatorias a las que se refiere.

Según LUNA, RAMOS y MARÍN,

“[n]o existe una definición legal ni jurisprudencial del concepto ‘baremo’, pero bien podría definirse como un ‘cuadro gradual establecido convencionalmente (...) para evaluar los (...) daños derivados de accidentes’ (www.rae.es). El baremo 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.

Todo baremo presenta tres características básicas: 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”<sup>560</sup>.

La utilización de la baremación en determinados ámbitos de la responsabilidad civil fue augurada por el Juez Oliver Wendell HOLMES, Jr.:

“El valor económico –incluso el de una vida para la comunidad– puede ser estimado y ninguna compensación, podría decirse, debería superar esa cantidad. Es concebible que algún día y para ciertos casos acabemos imitando las tarifas para vida y miembros de las *Leges Barbarorum*”<sup>561</sup>.

<sup>560</sup> Vid. Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA, “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”, *Indret* 3/2006 (www.indret.com), p. 4.

<sup>561</sup> Vid. Oliver W. HOLMES, “The Path of Law”, *8 Harv. L. Rev.* 457 (1897), p. 467: “[T]he economic value even of a life to the community can be estimated, and no recovery, it may be said, ought to go beyond that amount. It is

Más recientemente, ROSENBERG señalaba que ese momento había llegado para los casos de daños masivos, pues urgía reducir los costes de la litigación y de la variabilidad indemnizatoria<sup>562</sup>.

Aunque tanto techos como baremos limitan la responsabilidad, no son equivalentes. Los techos o límites indemnizatorios remedian la escalada de las cuantías indemnizatorias, de las indemnizaciones, los baremos reducen, además, la variabilidad indemnizatoria. Los techos no logran esto último, pues nada impide que la variabilidad siga existiendo por debajo del límite<sup>563</sup>. Ello explica que algunos fondos opten por los baremos, pues facilitan la previsión de gastos, la gestión de la compensación y el aseguramiento en mayor medida que los límites indemnizatorios.

En contra de una opinión muy generalizada, los límites indemnizatorios fijados legalmente no tienen todos los efectos positivos que se les ha querido atribuir en más de una ocasión. Por una parte, las compañías de seguros pueden establecer límites indemnizatorios en el clausulado sin necesidad de que haya una previsión legal de limitación. Por otra parte, los límites apenas reducen la variabilidad de las cuantías indemnizatorias, que constituye una de las dificultades principales para el aseguramiento<sup>564</sup>.

## 5.2. Baremos vinculantes y baremos orientativos

Si se apuesta por la baremación –opción que, como se explica algunas páginas más adelante, debería limitarse al daño no patrimonial-, es más adecuado que los baremos sean vinculantes. En este sentido, téngase en cuenta que 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 discrecionalidad –más orientada, pero discrecionalidad al fin y al cabo- se traslada de un juez a un órgano administrativo, con la consiguiente pérdida de derechos procesales.

Aplican o aplicaron baremos orientativos, por ejemplo, el FIVA francés que se analiza más abajo o el fondo estadounidense de compensación de las víctimas del 11 de septiembre. En cambio, en España, la baremación de los daños personales derivados de accidentes de tráfico es vinculante.

## 5.3. Reparación íntegra del daño

La baremación sólo está justificada para las partidas indemnizatorias cuya evaluación no es posible, y en concreto, para el daño no patrimonial, incalculable por definición. En

---

*conceivable that some day in certain cases we may find ourselves imitating on a higher plane, the tariff for life and limb which we see in the Leges Barbarorum”.*

<sup>562</sup> Vid. ROSENBERG, “Damage Scheduling...”, *op. cit.*, p. 340: “That day has arrived in mass exposure cases. Damage scheduling is required in these cases to reduce the costs and inequitable inconsistency of loss individuation”.

<sup>563</sup> Vid. PINTOS, *Baremos...*, *op. cit.*, pp. 184-189.

<sup>564</sup> *Id.*, pp. 184-189 y GÓMEZ POMAR, AZAGRA y RUIZ GARCÍA, “Límites indemnizatorios...”, *op. cit.*, p. 721, nota 5.

cambio, la baremación del daño patrimonial es incompatible con el principio de reparación íntegra del daño, pues, comúnmente y tal vez con alguna excepción, se pueden y deben calcular mediante la combinación de un análisis atento del relato fáctico y la aplicación de métodos actuariales.

Una de las críticas recurrentes que la doctrina ha hecho al sistema español de valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación es, precisamente, que incorpora una baremación exhaustiva y detallada que impide la compensación completa de daños que se podría alcanzar mediante la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil.

PINTOS subraya que

*“[I]a necesidad de baremar está limitada a los supuestos y partidas más problemáticos. La presencia de éstos y otros problemas es la que en su caso puede justificar la adopción de baremos, pero solamente para la o las partidas indemnizatorias afectadas por ellos. El baremo es un remedio al que se recurre subsidiariamente cuando los mencionados problemas de incertidumbre que suscita la aplicación del criterio de la restitución plena al daño moral imposibilitan la evaluación abierta.*

La justificación para baremar no es, por tanto, extensible a los demás tipos de daño. En particular, no existen dificultades serias, en la mayor parte de los supuestos, para la valoración del daño personal patrimonial que justifiquen su sujeción al baremo –al menos en los supuestos en los que no hay incertidumbre en cuanto al nivel de ingresos de la víctima-. En aquellos supuestos en los que se desconoce el nivel de ingresos de la víctima, la solución está en la subsunción en categorías dentro de las que se pueden aplicar aproximaciones obtenidas de niveles medios de renta de grupos en los que pueda encuadrarse a la víctima. La estimación del otro parámetro necesario para el cálculo del lucro cesante, el tiempo, puede obviarse recurriendo a las indemnizaciones en forma de renta periódica; y en los casos en que ésta no sea viable, puede recurrirse, de nuevo, a aproximaciones basadas en el empleo del cálculo probabilístico comúnmente aceptado”<sup>565</sup>.

Con todo, si se deja a un lado el principio de reparación íntegra y se atiende a argumentos de prevención y costes de administración, la baremación tanto del daño patrimonial como del daño no patrimonial podría tener sentido en algunos supuestos. Así, por ejemplo, en aquellos en los que el causante no pudo anticipar *ex ante* la magnitud del daño y su determinación *ex post* en el proceso judicial entraña costes elevados. En este tipo de supuestos, la prueba de los daños reporta escasa utilidad en términos de prevención. Si se lleva a cabo y se invierten recursos excesivos en

<sup>565</sup> Vid. PINTOS, *Baremos...*, *op. cit.*, p. 451-452. La doctrina extranjera también ha sido crítica con el baremo español de daños personales de accidentes de circulación. Vid. Miquel MARTÍN CASALS, “Una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Baremo”, *La Ley*, Ref. D-192, 2000, según el autor la propuesta sobre *La racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos*, dirigida por los Profesores Busnelli y Lucas y presentada en la Academia Europea de Derecho (Tréveris) el 8 y 9 de junio de 2000, se muestra contraria –con referencia expresa a la experiencia española- a la indemnización del daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*) por considerarlos indemnizables según las reglas generales.

ellas es por el interés de demandantes o demandados en, respectivamente, obtener una indemnización mayor o pagarla menor. También por otros motivos que poco tienen que ver con la prevención, por ejemplo, porque el ordenamiento impone el cálculo al juez. En consecuencia, la baremación ahorra costes y es aconsejable en supuestos como los indicados y según esta forma de ver las cosas que, por cierto, es difícilmente compatible con el principio de reparación íntegra del daño propio de nuestro derecho. Es cierto, con todo, la infracompensación que sufrirán algunas víctimas es menos relevante en ámbitos en los que el aseguramiento está generalizado y, en cualquier caso, puede justificarse la necesidad de contrarrestar los incentivos excesivos que tienen las partes a invertir en establecer un cálculo favorable del daño<sup>566</sup>.

#### **5.4. Constitucionalidad de la baremación en derecho español: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 y discusión doctrinal**

La constitucionalidad de la baremación fue objeto de controversia con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE nº 268, de 9.11.1995). La ley introdujo un sistema de baremación vinculante para el cálculo de los daños personales causados a las personas en accidentes de circulación<sup>567</sup> que, con algunas modificaciones, pasó al vigente Anexo de la LRCSCVM.

Con anterioridad a la Ley 30/1995, existió un baremo con el mismo objeto, de aplicación orientativa y aprobado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5.3.1991 (BOE nº 60, de 9.3.1991).

La disposición normativa dio lugar a una discusión académica sobre la constitucionalidad del nuevo sistema de valoración de daños personales que ocupó a privatistas y publicistas españoles<sup>568</sup>. En el marco de aquella discusión, se planteó la posibilidad

<sup>566</sup> En un sentido parecido, vid. KAPLOW y SHAVELL, "Accuracy...", *op. cit.*

<sup>567</sup> En concreto, la Ley 30/1995, añadía un Anexo al Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. El Anexo contenía un "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación".

<sup>568</sup> *En contra* de la constitucionalidad de la baremación de los daños personales derivados de accidentes de circulación, vid. Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", *AJA*, núm. 245, Año VI, 9 de mayo de 1996 y "De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", *La Ley*, núm. 4241, 1997, pp. 2080-2084. Vid. también Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, "Terciando en la inconstitucionalidad del sistema de valoración de los daños personales", *AJA*, núm. 306, Año VII, 28 de agosto de 1997 y Jesús PINTOS AGER, "Notas sobre la conveniencia y constitucionalidad del sistema de valoración judicial de daños personales", *La Ley*, Tomo 1, Ref. D-15, 1998.

*A favor* de la constitucionalidad del sistema y, en concreto, de su compatibilidad con los arts. 14, 15, 24 y 117 CE, vid. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños a las personas", *La Ley*, 12 de febrero de 1997, pp. 1-4.

de que la baremación infringiera los siguientes artículos de la Constitución Española:

- Art. 9: derecho de igualdad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos.
- Art. 14: principio de igualdad.
- Art. 15: derecho a la vida y a la integridad física.
- Art. 24.1: tutela judicial efectiva.
- Art. 33: derecho a la propiedad privada.
- Art. 39: derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia.
- Art. 43: derecho a la protección de la salud.
- Art. 117.3: reserva de jurisdicción, esto es, reserva del “ejercicio de la potestad jurisdiccional” a juzgados y tribunales.

El Anexo de la LRCSCVM también suscitó dudas de constitucionalidad a los jueces y tribunales que habían de aplicar el nuevo sistema y que elevaron diez cuestiones de constitucionalidad<sup>569</sup> ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal resolvió acumuladamente ocho de ellas –las otras dos decayeron- en la STC, Pleno, 181/2000, de 29 de junio (MP: Pablo García Manzano; Votos particulares: Vicente Conde Martín de Hijas, Fernando Garrido Falla, Rafael de Mendizábal y, adhiriéndose al de este último, Manuel Jiménez de Parga)<sup>570</sup>.

La sentencia mantuvo, en lo esencial, la constitucionalidad del baremo, si bien estimó parcialmente las cuestiones acumuladas y declaró inconstitucional un aspecto concreto de aquel: la aplicación de los factores de corrección de las indemnizaciones por incapacidad temporal a la partida de lucro cesante cuando el daño tuviera

“su exclusiva causa en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada imputable al agente causante del hecho lesivo”, FDº 21.

LUNA, RAMOS y MARÍN señalan que el mismo reproche de inconstitucionalidad podía haberse hecho extensivo a los factores de corrección para las indemnizaciones por muerte y por incapacidad permanente. Asimismo, añaden que el grado de culpa del causante no debería ser un criterio para incrementar la indemnización, pues, en nuestro

---

Un resumen de los distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad puede consultarse en PINTOS, *Baremos...*, *op. cit.*

<sup>569</sup> Cuestiones de inconstitucionalidad núm. 1115/1997, 2823/1997, 3249/1997, 3297/1997, 3536/1996, 3556/1997, 3949/1997, 402/1998, 47/1997 y 5175/1997.

<sup>570</sup> Vid. MARTÍN CASALS, “Una lectura...”, *op. cit.* y Jesús PINTOS AGER, “STC 29.6.2000 sobre el baremo”, *InDret 3/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)). El primero subraya que la sentencia únicamente supone un “retoque cosmético” del baremo y, más adelante, añade “que nadie se piense que esta sentencia ni otras que puedan seguir sus razonamientos supone un regreso a la valoración discrecional del daño psicofísico: *la baremación del daño psicofísico –que es el gran logro del baremo- resta incólume*”.

ordenamiento jurídico, esto únicamente debe depender de la gravedad del daño y de la culpa de la víctima<sup>571</sup>. Llevan razón, cuesta encontrar algún argumento que justifique suficientemente el trato diferenciado de la incapacidad temporal. Por lo demás, y como apuntan, la culpa no debería ser un criterio para incrementar la cuantía indemnizatoria. No, al menos, en relación con los daños patrimoniales en un ordenamiento que no admite, teóricamente, partidas de daños punitivos.

A continuación, se resumen las posiciones doctrinales y la respuesta final del Tribunal Constitucional en relación con las dudas de mayor calado a los efectos que aquí interesan:

- ¿Vulnera la baremación el principio de igualdad? (apdo. b.)
- ¿Vulnera la baremación el derecho a la vida y a la integridad física? (apdo. c.)

#### *a. Constitucionalidad de la baremación en un sistema de opción*

Antes de entrar en materia procede una aclaración. Las dudas de constitucionalidad se reducirían en gran medida si las víctimas pudieran optar entre una indemnización baremada y otra sin baremar. Señaladamente, si pudieran optar entre la acción protectora de un fondo que calculara la compensación de acuerdo con un baremo y la indemnización de daños y perjuicios según libre apreciación del juez.

#### *b. Baremación y principio de igualdad*

La baremación trata de manera desigual a las víctimas del determinado sector de riesgo al que se refiere frente a las víctimas de daños similares ocasionados en otros sectores. Asimismo, PANTALEÓN advirtió que si la baremación incluye el lucro cesante, aunque existan factores de corrección por ingresos, las víctimas con mayores rentas salen perjudicadas, pues la indemnización sólo alcanzará a compensar una fracción del total del lucro cesante.

“El sistema legal de valoración analizado –indicó PANTALEÓN– vulnera el art. 14 CE ya que, sin asomo de justificación razonable –pues no se trata de SS ni del funcionamiento de un Fondo de Garantía: ni directo, ni indirecto a través del mecanismo de seguro obligatorio– trata igual casos desiguales. Se prescriben indemnizaciones iguales para quienes sufren daños patrimoniales de diferente entidad cuantitativa. Con menor justificación todavía, discrimina también a quienes sufren daños en sus cosas: daños estos, para los que, para mi asombro, nadie ha propuesto baremos

---

<sup>571</sup> Vid. LUNA, RAMOS y MARÍN, “Guía de baremos...”, *op. cit.*, p. 14: “El fallo de inconstitucionalidad de la STC 181/2000 (...) es criticable, fundamentalmente, por dos motivos:

En primer lugar, tiene difícil justificación que no se hiciera extensivo al perjuicio económico previsto en las Tablas II y IV, y a los restantes conceptos indemnizatorios cubiertos por el sistema. (...)

En segundo lugar, el fallo confunde los criterios de imputación de la responsabilidad civil con los de cuantificación de daños. En responsabilidad civil, la cuantificación del daño atiende exclusivamente a su gravedad y, en su caso, a la contribución negligente de la víctima a efectos de moderarla”.

legales análogos; por no mencionar la discriminación entre las víctimas de los accidentes de circulación y las de accidentes de otras clases”<sup>572</sup>.

Además, en el sistema español de valoración de daños personales derivados de los accidentes de circulación, las indemnizaciones básicas incorporan el daño moral y se aplican a aquellas los factores de corrección por ingresos. Como vio bien PINTOS, esto supone que las víctimas con mayores ingresos tienen derecho a una indemnización por daño moral mayor que la de las víctimas con menos. Ello a pesar de que, según el inciso Primero, número 7 del Anexo,

“[l]a cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas”<sup>573</sup>.

Esta desigualdad no puede encontrar justificación en la litigiosidad o la tendencia al alza de las indemnizaciones y los problemas con que se encuentran las aseguradoras para dotar sus reservas técnicas. Estos objetivos son legítimos, pero el medio para conseguirlo es desproporcionado, salvo que la baremación se limite al daño moral. Existen alternativas más adecuadas y menos invasivas del derecho de las víctimas a una compensación íntegra.

De nuevo, PINTOS señaló: que “[e]l problema de la litigiosidad puede ser tratado con políticas judiciales de demanda –de fomento de acuerdos- y de oferta –aumentos de la productividad en la administración de Justicia (...); [l]a aducida ‘acentuada tendencia al alza de las indemnizaciones’, ni tiene por qué ser censurable en principio, ni constituir un problema para una industria que vive de unas primas fijadas libremente, en función de la cobertura ofrecida. Este es un problema propio del debate acerca de la conveniencia del establecimiento de techos; las dificultades de diversificación del riesgo que alegan las aseguradoras son un problema compartido por todas ellas, pero que sólo algunas han sabido superar. No parece de recibo asignar al legislador el papel de suprimir las diferencias naturales entre las víctimas de accidentes, para así facilitar la labor a los aseguradores. En todo caso, la aplicación del baremo debe limitarse estrictamente a la partida de daño moral, que está generando los problemas de variabilidad e incertidumbre asociados a las dificultades surgidas en su evaluación; no a otras más manejables –como el lucro cesante- cuya evaluación es generalmente posible”<sup>574</sup>.

Sin embargo, la STC 181/2000 salió al paso de los argumentos que subrayaban las desigualdades del baremo e indicó, como ya se adelantó más arriba, que

<sup>572</sup> Vid. PANTALEÓN, “Sobre la inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>573</sup> Vid. PINTOS, “Notas...”, *op. cit.* Vid. también ROSENBERG, “Damage Scheduling...”, *op. cit.*, p. 344, quien señala la necesidad de que los baremos indemnicen en la misma cuantía el daño moral a quienes sufren daños personales idénticos con independencia de los factores personales, por ejemplo, status social o económico: “*It is quite doubtful that any other factor, especially income and wealth differentials, legitimately and in fact accounts for variations in mental anguish, unhappiness from loss of consortium and companionship, deprivation of the ‘joy’ of life, or even the psychological value of a vocational replacements*”.

<sup>574</sup> Vid. PINTOS, “Notas...”, *op. cit.* Vid. también PANTALEÓN, “Sobre la inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 3.

“de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferencia- do ni, como es obvio, la Norma Fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales”, FD 11º.

Más adelante, añadió que

“la concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños”, *id.*

El Tribunal coincidió en este punto con las tesis sostenidas con anterioridad por RUBIO LLORENTE, quien ya había sostenido que el principio de igualdad no impedía diferencias de trato si concurrían determinadas circunstancias.

“[E]l principio de igualdad –escribió RUBIO LLORENTE- no impide al legislador establecer diferencias, sino hacerlo sin un fundamento objetivo, que sea razonable según criterios y juicios de valor generalmente aceptados y que guarde relación con la finalidad perseguida por la norma. Por último, la igualdad exige que exista una adecuada proporcionalidad entre las diferencias fácticas que la ley toma en consideración y las consecuencias jurídicas que les atribuye”<sup>575</sup>.

En cualquier caso, si la baremación se limitara al daño moral –y no estableciera diferencias por nivel de ingresos o patrimonio-, la aceptarían incluso muchos de los que sostienen que los baremos de los accidentes de circulación son contrarios al derecho a la igualdad. De hecho, la baremación del daño moral logra que, al menos en un mismo sector de riesgo, aquel sea calculado de manera uniforme cuando se refiere a daños personales esencialmente idénticos. De no existir, el cálculo estaría sujeto a la conocida variabilidad indemnizatoria o, incluso y paradójicamente, a un baremo establecido judicialmente.

Por último, si concluimos que lo correcto es baremar el daño moral pero, por los motivos que sean, no podemos extender su aplicación a todos los ámbitos, ello no debería obstar a que se aplicara en al menos uno. Dos errores no conducen a un resultado correcto, ni son, necesariamente y salvo alguna excepción, mejores que uno sólo. La desigualdad debe ser tenida en cuenta, pero no como criterio de evaluación independiente<sup>576</sup>.

<sup>575</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, “Sobre la supuesta...”, *op. cit.*, Apdo. V.

<sup>576</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, p. 448: “*It may nevertheless be asserted that unequal treatment is independently undesirable as a normative matter. If it is, then when one individual has already been treated incorrectly, it may be appropriate to treat another individual incorrectly, in order to avoid inequality in the treatment of the two individuals. The suggestion is that two wrongs make a right –or at least less of a wrong than if only one wrong had occurred. In certain instances, one wrong might justify another on grounds relating to overall well-being. For example, in a sports competition, a mistake by a referee that favors one team might best be balanced by a mistake of similar magnitude that favors the other, because spectators value competitive parity*”

### c. Baremación y derecho a la vida y a la integridad física

También en relación con el sistema de valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, PANTALEÓN sostuvo que la baremación no protegía adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). El autor señalaba que la baremación

“limita[ba] significativamente el derecho a obtener una indemnización integral de los daños producidos por las lesiones dolosas o negligentes (cuando menos, las gravemente culposas)”<sup>577</sup>.

La tesis contraria, defendida por RUBIO LLORENTE, postulaba que la finalidad primera de la responsabilidad extracontractual no era la protección de la vida y la integridad física y que el art. 15 CE no imponía al Estado la obligación de regular un sistema que

“asegur[ara] precisamente la reparación de los daños sufridos (...) por hechos de tercero, ni la Constitución preceptúa que esta reparación haya de ser precisamente íntegra, ni el principio de *restitutio in integrum* puede ser entendido, en lo que toca al lucro cesante, de modo tan absoluto y abstracto que impida tomar en cuenta para hacerlo efectivo otros principios y valores”.

La STC 181/2000 zanjó la cuestión y salvó de nuevo la constitucionalidad del baremo restringiendo la incidencia del art. 15 CE en relación con la legislación de responsabilidad civil extracontractual a que la cuantificación del daño respete la dignidad del ser humano y atienda a la integridad física sin exclusiones injustificadas:

“No es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad física personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el art. 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes”, FJ 8º.

“[E]l art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”, FJ 9º.

---

*and victory based on the actual comparative strengths of the teams. We suspect, however that this argument for giving independent weight to equality is exceptional and is unlikely to be relevant in most domains of legal policy analysis”.*

<sup>577</sup> Vid. PANTALEÓN, “Sobre la inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 2.

## 6. DEDUCCIÓN DE OTRAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Aunque la regla de deducción es la más extendida en las fechas que se han analizado, no es esencial a los fondos. Por tanto, se podría acoger la crítica a la regla de deducción y, sin embargo, ser partidario de la implementación de un fondo de compensación sin culpa.

A su vez, la regla de deducción conoce diferentes formulaciones. Así, la deducción puede referirse a cualquier otra fuente de compensación o únicamente a determinadas fuentes de compensación. Serán criterios presupuestarios, de solidaridad social, de costes de transacción o de reparación íntegra -pero no sobrecompensación- los que determinen si procede la deducción o la acumulación y, en su caso, cuál será la extensión de la regla de deducción.

### 6.1. Deducción de prestaciones públicas

Buena parte de los fondos de financiación pública deducen de las cuantías indemnizatorias las procedentes de otras prestaciones públicas de las que el solicitante es beneficiario. Para justificar el descuento de las cuantías percibidas en concepto de prestaciones públicas suele traerse a colación el principio de reparación íntegra del daño que establece la compensación del daño sufrido en su integridad: ni más, ni menos.

La deducción aligera, además, la presión financiera del fondo y de sus financiadores, pues el desembolso en prestaciones se reduce ostensiblemente.

### 6.2. Deducción de prestaciones de seguros privados

Algunos fondos llevan la práctica de deducción al extremo y descuentan cuantías procedentes de seguros privados, por ejemplo, el Fondo de Compensación de las Víctimas de los atentados del 11 de septiembre de 2001 (Sec. 402 y 405 (a) (6) de la *Air Transportation Safety and System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, § 405, 115 Stat. 230 (2001)*), el Fondo asociado al sistema de Florida para la compensación de los daños causados al feto durante el parto en relación con los gastos médicos (*The Florida Statutes 2007, § 766.3*) o, en España, las ayudas a víctimas de delitos violentos o contra la indemnidad sexual (art. 5 LVDV).

El descuento de las prestaciones satisfechas por un seguro privado supone tratar mejor a las víctimas no aseguradas que a las aseguradas, pues ambas reciben la misma cobertura, a pesar de que las primeras tuvieron que satisfacer primas.

Como indicó GÓMEZ POMAR, en relación con la coordinación de indemnización de responsabilidad extracontractual y prestaciones de seguros privados,

“la deducción convierte el aseguramiento *first-party* en un seguro *third-party* que favorece al causante potencial de daños, pues éste, en la medida de la deducción, deja de tener que pagar por lo que ha hecho. La víctima, pues, prefiere un nivel de cobertura inferior a la cobertura completa para así beneficiar menos al dañador. Cuanto más extensa sea la cobertura del aseguramiento, menor será la indemnización esperable del tercero responsable bajo la regla de deducción”<sup>578</sup>.

### 6.3. Acumulación de prestaciones de seguros privados

En el extremo opuesto, otros fondos o ayudas públicas permiten expresamente la acumulación de prestaciones e indemnizaciones procedentes de diferentes mecanismos de compensación. Así sucede cuando los daños derivan de actividades que generan un amplio rechazo social, por ejemplo y en España, el terrorismo (art. 6.5 LSVT).

Cuando la prestación que se acumula resulta de un contrato de seguro, la regla de la acumulación (o *collateral source rule*) tiene, como se indicaba, una justificación contractual clara: si asegurador y asegurado pactaron una prestación para el asegurado o para un tercero en caso de producirse un siniestro es algo que únicamente incumbe a las partes y beneficiarios del contrato. En consecuencia, *prima facie* el fondo no debería tener en cuenta esta circunstancia.

En sede de responsabilidad civil, la regla de acumulación también hace que el causante del daño pague con el total del daño que causó y, en consecuencia, sea más precavido que si únicamente hubiera de compensarlo en parte. La regla de la acumulación es una regla habitual en los sistemas de responsabilidad civil extracontractual estadounidenses hasta el punto de que, en general, no se puede informar a los jurados de si el demandante es beneficiario de un seguro. Otra cosa es que esta precaución funcione, pues los jurados pueden estar asegurados y conocer que buena parte de los daños derivados de un accidente son compensados por un seguro<sup>579</sup>.

Sin embargo, la regla de la acumulación conduce a que la víctima escoja un aseguramiento privado incompleto, pues tendrá en cuenta que, si se produce el daño, dispondrá de un derecho a, por así decirlo, una doble compensación: la procedente del seguro y la procedente del fondo de compensación sin culpa. En consecuencia, preferirá un ahorro en la prima del seguro que contrata hoy a mayores rentas futuras si acaece el siniestro mañana.

La regla de la acumulación tiene pleno sentido en relación con las fuentes de compensación de origen benéfico. Las reglas de deducción desincentivan el altruismo y la beneficencia y, en cualquier caso, la acumulación de prestaciones cuya percepción no puede predecirse *ex ante* no tiene los efectos en los incentivos al aseguramiento que se han apuntado.

<sup>578</sup> Vid. GÓMEZ POMAR, “Responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>579</sup> Para una discusión desde el derecho inglés sobre los argumentos mencionados en este apartado y otros, vid. ULEN, “The View from Abroad...”, *op. cit.*, pp. 216-218, Mg. 31-36.

Los efectos de la regla de la acumulación de seguros privados y donaciones fueron estudiados por GÓMEZ POMAR en relación con la coordinación de indemnización de responsabilidad extracontractual y prestaciones de seguros privados<sup>580</sup>. En los párrafos precedentes he adaptado algunos de sus argumentos a las especiales circunstancias de los fondos de compensación sin culpa.

En el sentido indicado, el Fondo de compensación de las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 no deducía las compensaciones procedentes de obras de beneficencia, a pesar de que aplicaba una regla de deducción en relación con otras prestaciones<sup>581</sup>.

El derecho inglés puede servir de orientación en este punto. Los tribunales de aquel país no acostumbran a deducir del *quantum* indemnizatorio las donaciones que hubieran recibido las víctimas. Ahora bien, se ha llegado a admitir la deducción cuando el pago había sido hecho por el responsable<sup>582</sup>.

#### **6.4. Reglas de coordinación de indemnizaciones por responsabilidad civil, prestaciones de Seguridad Social, recargo de prestaciones y mejoras voluntarias en derecho español**

La añosa discusión en derecho español sobre la coordinación de prestaciones de Seguridad Social, mejoras voluntarias y recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral por un lado e indemnización de daños y perjuicios por el otro, puede ayudar a elegir la regla más adecuada para fondos de compensación sin culpa españoles por lo que conviene dedicarle algún espacio<sup>583</sup>.

Al recargo de prestaciones ya se ha hecho referencia en algún otro lugar. Recuértese que su regulación básica se halla en el art. 123 TRLGSS y que consiste en un incremento del 30 al 50% de las prestaciones de Seguridad Social en los casos en los que, según el art. 123.1 TRLGSS

<sup>580</sup> Vid. GÓMEZ POMAR, "Responsabilidad extracontractual...", *op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>581</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, p. 104 y la literatura allí citada.

<sup>582</sup> Vid. Simon DEAKIN, Angus JOHNSON y Basil MARKESINIS, *Tort Law*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 958 (con Remission a otras partes del manual).

<sup>583</sup> Vid., entre otros, Aurelio DESDENTADO BONETE, "El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood", *La Ley*, núm. 6857, 9 de enero de 2008; Pablo SALVADOR CODERCH, "El derecho español de daños en 2005: Características diferenciales", *Global Jurist Topics*, Vol. 6 – Issue 1/2006 – Article 1 ([www.bepress.com](http://www.bepress.com)), pp. 17-20; Encarna ROCA TRÍAS, "Resarcir o enriquecer: la concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño", en J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4264-4277; María Paz GARCÍA RUBIO *et al.*, "The Impact of Social Security on Tort Law in Spain", en Ulrich MAGNUS (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Springer, Wien-New York, 2003, pp. 165-175; Fernando GÓMEZ POMAR *et al.*, "STS, 4ª, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales", *InDret 3/2001* ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE *et al.*, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", *InDret 2/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

“la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

Recuérdese también que la responsabilidad por el recargo debe recaer directamente sobre el empresario infractor y que no es asegurable o transmisible en ningún otro modo.

#### *a. Prestaciones de Seguridad Social y recargo de prestaciones*

Generalmente, los jueces y tribunales del orden social deducen las prestaciones de Seguridad Social de la cuantía indemnizatoria con las matizaciones introducidas por la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo desde el año 2007 y que, muy resumidamente, consisten en que únicamente deben deducirse los conceptos indemnizatorios homogéneos<sup>584</sup>. En cambio, los jueces de aquel orden acumulan el recargo de prestaciones<sup>585</sup>.

Los jueces del orden civil, por su parte, resolvían tradicionalmente de acuerdo con una regla de acumulación de prestaciones, si bien la jurisprudencia reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha aplicado en alguna ocasión una regla de deducción<sup>586</sup>.

La regla de coordinación más acertada es probablemente la que deduce prestaciones de Seguridad Social y acumula el recargo, pues tiene en cuenta tanto el principio de reparación íntegra del daño como la naturaleza punitiva del recargo. Con todo, no está exenta de inconvenientes. En particular, la regla de deducción infraincentiva la prevención, pues el responsable ha de resarcir menos daños que los causados<sup>587</sup>. Este efecto podría neutralizarse si se atribuyera a la Seguridad Social una acción de repetición contra el responsable por todas las cantidades satisfechas. Actualmente, esta posibilidad únicamente existe cuando el empleador incumplió las obligaciones de

<sup>584</sup> Así, una pensión que compense la disminución de la capacidad de ganancia del trabajador se deducirá exclusivamente de las partidas indemnizatorias de lucro cesante. Dos sentencias en este sentido son la STS, 4ª, 22.9.2008 (RJ 2008\7215; MP: José Luis Gilolmo López) y la STS, 4ª, 14.7.2009 (La Ley núm. 7301; MP: Aurelio Desdentado Bonete). En ellas se recoge las sentencias de 2007 y 2008 que iniciaron la jurisprudencia a la que se hace referencia. Vid. Jesús LAHERA FORTEZA, “Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial?”, *La Ley*, núm. 7301, Sección Tribuna, 11 de diciembre 2009.

<sup>585</sup> Vid., por ejemplo, la STS, 4ª, 30.9.1997 (RJ 1997\6853; MP: Leonardo Bris Montes), una de las sentencias sobre daños del amianto más citada.

<sup>586</sup> Vid. la STS, 1ª, 24.7.2008 (La Ley núm. 7052, 10.11.2008; MP: Román García Varela).

<sup>587</sup> Vid. SALVADOR CODERCH *et al.*, “El Derecho Español...”, *op. cit.*, p. 20: “La regla de la deducción sin más aditamentos es deletérea, en cuanto infraincentiva la prevención de daños en los casos en que un tercero haya contribuido a su indemnización pero no ejercite la acción de regreso contra el responsable, quien, a su vez, sólo habría de pagar parte del coste de los daños al actor forzado a deducir o descontar lo que ya hubiera recibido del tercero”.

afiliación o de alta (art. 123.3 TRLGSS)<sup>588</sup>. Salvo en estos supuestos, la acción de repetición únicamente se refiere a las prestaciones sanitarias (art. 127.3 II TRLGSS)<sup>589</sup>.

La regla de deducción de las prestaciones de Seguridad Social debería tener una excepción en relación con los accidentes o enfermedades profesionales de los que sea responsable un tercero diferente al empresario o a los trabajadores de éste, por ejemplo, el fabricante de un producto defectuoso utilizado por el trabajador que resultó lesionado. De otro modo, el tercero quedaría exonerado de parte de responsabilidad<sup>590</sup>.

Téngase en cuenta, al respecto, que el tercero –a diferencia del empresario- no habrá cotizado a la Seguridad Social por las prestaciones que ésta desembolsa como consecuencia del daño y, a lo sumo, responderá por las prestaciones sanitarias, en el caso que el INSS o las Mutuas de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social decidieran reclamarle los costes de acuerdo con el segundo párrafo del art. 127.3 TRLGSS.

#### *b. Mejoras voluntarias*

Las mejoras voluntarias, como indican GÓMEZ POMAR *et al.* únicamente deberían deducirse en el supuesto de que se hubieran vinculado a la futura responsabilidad civil del empresario. En el resto de casos, no deberían deducirse, pues se habrán reconocido en procesos de negociación colectiva como contraprestación a concesiones de trabajadores tales como contención salarial o reducción de la conflictividad laboral. Si se dedujeran, los trabajadores habrían hecho una concesión a cambio de nada<sup>591</sup>.

## **7. FINANCIACIÓN, SUBSIDIOS CRUZADOS<sup>592</sup> Y COSTES**

Los fondos de compensación sin culpa pueden financiarse mediante contribuciones de las industrias con contingencias de responsabilidad civil por los daños que compensa el fondo. Asimismo, pueden financiarse mediante contribuciones de las Administraciones públicas o mediante una combinación de contribuciones públicas y privadas.

<sup>588</sup> Vid. art. 123.3 TRLGSS: "Si las personas y entidades a quienes incumban tales obligaciones no las cumplieren, podrán los interesados instar directamente su afiliación, alta o baja, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquéllas hubieran incurrido, incluido, en su caso, el pago a su cargo de las prestaciones y de que se impongan las sanciones que sean procedentes".

<sup>589</sup> Vid. el art. 127.3 II TRLGSS, que otorga al INSS o, en su caso, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o a los empresarios colaboradores, una acción de repetición contra el responsable del daño por el coste de las prestaciones sanitarias.

<sup>590</sup> Vid. Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Prólogo", en Gema Díez-Picazo Giménez, Gema (2007), *Los riesgos laborales: doctrina y jurisprudencia civil*, Thomson-Civitas y Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., Madrid, 2007, p. 18: "yo estimaría, con seguridad, preferible la *acumulación* que preconiza la jurisprudencia civil dominante. Esto, antes que permitir el resultado de que un *tercero responsable* distinto del empresario (o sus otros trabajadores) quede exonerado por razón de las prestaciones de la Seguridad Social percibidas por el trabajador que sufrió el accidente o la enfermedad, o por su familia".

<sup>591</sup> Vid. GÓMEZ POMAR *et al.*, "STS, 4ª, 2.10.2000 ...", *op. cit.*, p. 15.

<sup>592</sup> Sobre los subsidios cruzados en esquemas de compensación públicos, vid. Vid. WAGNER, "(Un)insurabilidad...", *op. cit.*, pp. 106-108, Mg. 66-74.

Otras fuentes de financiación complementarias pueden consistir en donaciones y en cuantías obtenidas mediante la acción de regreso reconocida al fondo o al organismo encargado de su gestión.

### 7.1. Financiación por industrias específicas

La financiación por parte de determinadas industrias tiene, al menos, tres inconvenientes. En primer lugar, la dotación al fondo retira capital de las actividades productivas y de los mercados financieros de una manera más directa si cabe que la litigación.

En segundo lugar, obliga a los que adoptaron mayores precauciones a pechar con los daños causados por los negligentes. La excepción es un sistema de financiación en el cual la contribución dependa del riesgo generado por cada contribuyente. Con todo, para que sea preciso en el cálculo de la contribución, el sistema de tarificación deberá afrontar costes notables y parecidos problemas de causalidad a los que plagan la responsabilidad civil<sup>593</sup>.

En tercer lugar, la financiación por determinadas industrias obliga a las compañías solventes de las industrias en cuestión a cargar con la cuota de financiación que hubiera correspondido a las insolventes.

Sin embargo, ninguno de estos inconvenientes es ajeno a la responsabilidad civil y, muy probablemente, se manifiesten con más intensidad en ella. Por ejemplo, recuérdense los efectos de la regla de solidaridad en situaciones de incertidumbre causal o cuando uno de los corresponsables era insolvente.

### 7.2. Financiación por las Administraciones públicas

La financiación por parte de las Administraciones públicas tiene el inconveniente de cargar sobre el contribuyente el coste de actividades peli grosas. En este sentido, se estarían subvencionando con fondos públicos actividades generadoras de riesgo.

---

<sup>593</sup> En relación con los fondos de reparación de daño medioambiental, FAURE y HARTLIEF argumentaron que la tarificación no podía obviarse. Sin embargo, añadieron que las aseguradoras o los propios operadores están en mejor posición de llevarla a cabo que una agencia gubernamental encargada de la gestión de un fondo de compensación con menor grado de especialización que aquellas. Vid. FAURE y HARTLIEF, "Compensation Funds...", *op. cit.*, p. 323. El argumento plantea algunas dudas cuando se refiere a daños latentes en relación con los cuales aseguradoras y operadores no siempre han determinado adecuadamente los riesgos que asumían.

Al parecer, en Japón se conceden ayudas públicas a las víctimas del amianto financiadas por las Administraciones públicas, pero también en parte por contribuciones empresariales. Si concurren determinados criterios, algunas empresas deben contribuir en mayor medida. V. id. Kenichiro NISHIMURA, "Japan: EL in the Japanese welfare state", en Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 90-94, p. 93: "Employers who correspond to certain requirements, such as manufacturing asbestos products, may be charged with additional expenses (special contributions) based on the degree of the asbestos involved. The expenses are covered by the state for the first year, but beginning in 2007, they will be covered by three parties: governmental entities, local public entities, and the employer".

Sin embargo, la litigación también genera costes para el contribuyente, pues los presupuestos públicos financian medios materiales y personal de la Administración de justicia. También pagará el contribuyente las condenas indemnizatorias de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Si los gastos asociados a la litigación, incluidos los costes indirectos que han sido estudiados en otro lugar de este trabajo, son cuantiosos, puede que la administración de la compensación de daños masivos por medio de un fondo y con carácter fundamentalmente prospectivo sea la respuesta más adecuada. Así lo entendieron, como se indica en el próximo capítulo, algunos ordenamientos jurídicos en relación con los daños del amianto. Otros han valorado su implementación en diversas ocasiones.

En otro orden de cosas, cuando la administración del fondo se encarga a un organismo público se suelen traer a colación, entre otros aspectos y casi como axioma, las ineficiencias de la burocracia, el derroche de recursos y la necesidad de crear una estructura específica para un determinado riesgo. Cuando la administración del fondo es privada, se señala que la ausencia de competencia impide mejorar la gestión de la administración del fondo<sup>594</sup>.

Sin embargo, si la víctima puede elegir entre un fondo de compensación o la vía de la litigación existirá una suerte de dinámica competitiva que exigirá que uno y otra mejoren su funcionamiento para atraer a un mayor número de víctimas y esta misma dinámica les exigirá eficiencia a todos los niveles. Las industrias demandadas y las Administraciones públicas tendrán interés en que el fondo sea competitivo y los abogados de los demandantes en que la vía de la litigación sea lo más atractiva posible.

Asimismo, no siempre es necesario crear una estructura *ad hoc* para gestionar el fondo, ni siquiera dotar a éste de personalidad jurídica. Algunos fondos de compensación públicos se integran en organismos ya existentes y aprovechan, en su caso con los refuerzos de medios personales y materiales pertinentes, la estructura de aquellos.

## 8. JUSTICIA CORRECTIVA

Aunque la formulación tradicional de justicia correctiva conlleva que sea el causante de un daño contrario a derecho quien lo repare, la literatura especializada discute sobre la posibilidad de que los sistemas de compensación sin culpa puedan o no satisfacer nociones de justicia correctiva o, incluso, si la justicia correctiva puede ser utilizada para comparar la responsabilidad civil y sus alternativas<sup>595</sup>.

La cuestión es controvertida y excede del objeto y la metodología de este trabajo. Baste señalar que si las prestaciones del fondo son suficientes para compensar íntegramente a la víctima y el fondo se subroga en los derechos del beneficiario, se

<sup>594</sup> En un sentido parecido, vid. FAURE y HARTLIEF, "Compensation Funds...", *op. cit.*, p. 324. Los autores también hacen referencia a otras críticas, pero la práctica totalidad de ellas ya han sido analizadas en páginas anteriores por lo que no se tratarán de nuevo aquí.

<sup>595</sup> Vid. KAPLOW y SHAVELL, *Fairness...*, *op. cit.*, p. 89, nota al pie 8 y la literatura allí citada.

alcanza un estado de las cosas similar al equilibrio que existía entre demandantes y demandados antes de que se produjera el daño.

Por otra parte, también se discute si la justicia correctiva debe ser entendida desde un punto de vista meramente descriptivo o también normativo. En cualquier caso, el análisis de políticas legislativas de acuerdo con teorías de justicia e independientemente de argumentos de bienestar, puede conducir a adoptar soluciones que empeoran el bienestar general en aras a respetar una determinada idea de justicia. Los riesgos que esto entraña son evidentes y a ellos me referí en capítulos precedentes<sup>596</sup>.

---

<sup>596</sup> *Id., op. cit., passim*, en relación con la responsabilidad civil, pp. 85-154.

## **FONDOS DE COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS DEL AMIANTO EN DERECHO COMPARADO, EN PARTICULAR, EL *FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE* EN FRANCIA**

La referencia a la jurisprudencia sobre daños del amianto ha sido recurrente en los capítulos precedentes de este trabajo. Muchas de las cuestiones que en ella se plantean muestran las dificultades que encuentran las categorías tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual y el aseguramiento de riesgos en relación con los daños masivos. Asimismo, los daños del amianto han dado lugar en Estados Unidos a acciones e intentos de transacciones colectivas de dimensiones desconocidas. En España, los procesos en los que se dirime el derecho a indemnización de decenas de víctimas y perjudicados son cada vez más frecuentes como se ha indicado en la Introducción y en otros lugares del trabajo. Estas y otras circunstancias que se analizan a continuación explican que los daños del amianto constituyan un ámbito propicio para la implementación de fondos de compensación y para el estudio de su idoneidad como instrumento de gestión de daños masivos.

### **1. EL CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA LITIGACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN**

La ineficiencia de la responsabilidad civil y las ventajas comparativas de los fondos en relación con la compensación de las víctimas explican, en buena medida, que se hayan establecido fondos de compensación de los daños del amianto en algunos países y que se hayan discutido como posible solución en otros, incluso en aquellos en los que la litigación está social e institucionalmente más arraigada.

Otros factores también han podido contribuir al cambio. Así, por ejemplo, es probable que las condenas a las propias Administraciones públicas<sup>597</sup> hayan tenido alguna incidencia en la decisión de establecer fondos de compensación sin culpa de financiación y administración pública. En este sentido, HENSLER ha sugerido que los Estados Unidos habrían gestionado la compensación de las víctimas del amianto por la vía de la regulación si el gobierno federal estadounidense hubiera reconocido su responsabilidad

---

<sup>597</sup> Como se puede comprobar en diversas partes de este trabajo, las condenas a la Administración Pública han ido referidas tanto a la compensación de los daños sufridos por personal funcional o contratado por aquellas, como a la compensación de trabajadores de empresas privadas. En estos últimos casos el fundamento de la responsabilidad ha sido la falta de actividad de los órganos legislativos y de inspección.

por la exposición ocupacional en los astilleros en los que se construían buques de guerra durante la Segunda Guerra Mundial<sup>598</sup>.

Asimismo, sindicatos, asociaciones y grupos de víctimas del amianto han promovido el establecimiento de estos fondos y ejercido la presión política necesaria para acelerar su puesta en funcionamiento.

Entre las asociaciones nacionales de víctimas del amianto, un listado de las cuales puede consultarse en la página web del *International Ban Asbestos Secretariat (IBAS)*<sup>599</sup>, las francesas cuentan con una probada capacidad de negociación y de movilización de la sociedad civil. Son ejemplos notorios las *Association Nationale de Défense des Victimes de l'Amiante*, *Association S.O.S Amiante*, *Comité Anti-amiante Jussieu* o *Ban Asbestos France*.

A nivel internacional, el *IBAS*, coordinado por Laurie Kazan-Allen, tiene como objetivo servir de canal de información a las asociaciones y grupos nacionales, promover la prohibición de uso y consumo de amianto allí donde aquellos persisten e incentivar la adopción de medidas eficaces para la compensación de las víctimas.

En España, se han constituido, según puede consultarse en la página web Asociación de Víctimas del Amianto (AVIDA), al menos, las siguientes asociaciones: “Asociación de víctimas del amianto de Alicante”, “Asociación de Víctimas del Amianto de Andalucía”, “Asociación de víctimas del amianto de Ciudad Real”, “Asociación de víctimas del amianto de Galicia”, “Asociación de víctimas del amianto de Madrid”, “Asociación de víctimas del amianto de Valencia”, “Asociación de víctimas del amianto de Valencia-Unión Naval”, “Asociación de Víctimas del amianto de Valladolid” y “Asociación de Víctimas del amianto de Zaragoza”<sup>600</sup>. Asimismo, en Cataluña también se constituyó la “Associació d’afectats per l’amiant de Cerdanyola i Ripollet”<sup>601</sup>.

## 1.1. Compensación de las víctimas del amianto en Alemania

En aquellos países en los que las prestaciones de Seguridad Social son suficientemente generosas y se perciben en un tiempo razonable, el establecimiento de un fondo de compensación *ad hoc* no se ha considerado, por el momento, necesario. Es el caso de Alemania. Aunque el motivo principal por el que no existen estos fondos en aquel país también puede ser la práctica ausencia de demandas de responsabilidad civil por daños del amianto, al menos, de demandas de responsabilidad civil contra el empresario

<sup>598</sup> Vid. HENSLER, “A Brief History...”, *op. cit.*, p. 26: “During World War II, the US government conducted a ‘crash program’ to build ships. As a result, thousands of shipyards workers were heavily exposed to asbestos. But the federal government never acknowledges its role in the public health disaster that followed. Had it done so, a statutory scheme that more fairly distributed the costs of compensation across the economy and more efficiently delivered compensation to those with meritorious claims might have emerged before tort litigation became entrenched”.

<sup>599</sup> Para un listado por países de asociaciones de víctimas del amianto, vid. <http://ibasecretariat.org/>.

<sup>600</sup> Para un listado de asociaciones de víctimas del amianto españolas, vid. <http://www.vida.es/asociaciones>.

<sup>601</sup> Vid. <http://entitats.cerdanyola.cat/cat-l3-m4-t93-p3>.

empleador por exposición ocupacional al amianto<sup>602</sup>. En buena medida, esto se debe a la regla de inmunidad empresarial resultante del sistema de Seguridad Social alemán, que únicamente conoce excepciones contadas y muy restrictivas.

WAGNER afirma que un enfermo de mesotelioma alemán puede tener la certeza de que será tratado en un centro médico especializado, de que las prestaciones públicas le compensarán su lucro cesante con rapidez y en cuantía suficiente y de que, si fallece, quienes le sobrevivan no quedarán desamparados<sup>603</sup>.

## 1.2. *Asbestfonds-Fonds d'Amiante belga*

En otros ordenamientos, la implementación de fondos de compensación responde a la supuesta insuficiencia de las prestaciones de la Seguridad Social, a la conveniencia de encauzar una crisis de litigación o a la necesidad de minimizar las ineficiencias de la responsabilidad civil. Todos o alguno de estos fundamentos subyacen a la adopción de fondos de compensación en Francia y Bélgica<sup>604</sup>.

En Francia, el art. 53 de la *Loi n° 2000-1257, du 23 décembre 2000, de financement de la sécurité sociale pour 2001* (JORF n° 298, 24 décembre 2000; en adelante, *Loi n° 2000-1257*) creó el *Fonds d'Indemnisation des victimes de l'Amiante* (FIVA), muy probablemente el fondo de compensación de las víctimas del amianto con un ámbito de protección más amplio de cuantos están en funcionamiento. Buena parte de este capítulo se dedica a analizar su estructura y funcionamiento, por lo que, por el momento, la exposición se centrará en el fondo belga.

En Bélgica, el art. 113 de la *Loi-programme (I) du 27 décembre 2006 (Moniteur Belge du 27 décembre 2006)* creó el *Asbestfonds-Fonds d'Amiante (AFA)*. La *Loi-programme* fue desarrollada pocos meses después por el *Arrêté royal portant exécution du chapitre VI, du titre IV, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 portant création d'un*

<sup>602</sup> Vid. WAGNER, "Asbestschaden...", *op. cit.*, p. 1125. Vid. también Jens M. SCHERPE, "Technological Change in Germany, en MARTÍN CASALS, Miquel (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 134-184, pp. 178-184. Este último cita alguna sentencia de exposición no ocupacional, muy en particular, una sentencia desestimatoria de la responsabilidad civil del fabricante de -mandado: "In one case, a company produced off-peak storage heaters in 1972/73 containing asbestos. The court held that there was no fault and hence no liability under § 823 BGB. A manufacturer could not be considered at fault if his product was at a later point in time found to be harmful. This would only be so if at the time of production the state of knowledge was such that the dangerousness should have been known; unless he should have known, he was not at fault and thus there was no liability [Oberlandesgericht Koblenz, Az. 5 U 1416/93, unpublished (1 June 1994)]", *vid. id.*, pp. 183 y 184.

<sup>603</sup> Vid. WAGNER, "Asbestschaden...", *op. cit.*, p. 1126: *Die Betroffenen werden nach Maßgabe der Sozialversicherung rechts entschädigt und zwar auf eine durchaus großzügig zu nennende Weise. Insbesondere kann der erkrankte Arbeitnehmer sicher sein, dass er in den Genuss einer anspruchsvollen medizinischen Versorgung in Spezialkliniken der Berufsgenossenschaften kommt, dass (...) Verdienstaustausch durch eine relativ großzügig bemessene Verletztenrente ersetzt wird und im Todesfall seine Hinterbliebenen versorgt werden*."

<sup>604</sup> En LAHNSTEIN (coord.), "Compensating...", *op. cit.*, p. 9 y p. 25 también se informa de la adopción de un fondo de las víctimas del amianto en Eslovenia.

Por otra parte, el Instituut Asbestslachtoffers (IAS) holandés puede conceder ayudas públicas por daños del amianto, si bien también opera como una suerte de centro de mediación entre empresarios y empleadores expuestos al amianto. Sobre el IAS, cfr. <http://www.asbestslachtoffers.nl>.

*Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (Moniteur Belge du 29 mai 2007; en adelante, Arrêté royal).*

El AFA se incardina orgánicamente en el *Fonds des maladies professionnelles*, carece de personalidad jurídica y se financia mediante aportaciones del gobierno federal, cotizaciones empresariales, donaciones y legados, cantidades recuperadas mediante acciones subrogatorias y, en su caso, mediante aportaciones procedentes del régimen de trabajadores autónomos.

Quienes perciben prestaciones del fondo no pueden ejercitar acciones contra terceros responsables salvo en supuestos excepcionales. El AFA se subroga en los derechos de los beneficiarios contra los terceros responsables del daño hasta la cuantía satisfecha por el fondo.

El AFA debe tomar sus decisiones en relación con los expedientes de mesotelioma en un plazo de dos meses desde que la solicitud se considera completa o desde que finalice el plazo dado para completarla. El plazo será de cuatro meses si la demanda se refiere a asbestosis u otras enfermedades que, en su caso y de acuerdo con las disposiciones normativas, deba compensar el fondo. Las decisiones del AFA pueden ser recurridas ante el *Tribunal du travail* en el plazo de tres meses desde la notificación de la resolución impugnada<sup>605</sup>. Las cuantías de las prestaciones del AFA se muestran en la siguiente tabla. Téngase en cuenta que las prestaciones que correspondan a enfermedades diferentes al mesotelioma pueden ser objeto de reducción si concurren con determinadas compensaciones procedentes de otras fuentes.

**Tabla 3: Rentas e Indemnizaciones, AFA-Bélgica**

Fuente: Arts. 10-14, Arrête royal du 11 mai 2007

Enfermedad	Beneficiario	Prestación
<b>Mesotelioma</b>	Víctima	Pensión mensual de 1.500 €
	Otros beneficiarios	Viuda: 30.000 € Menor de edad: 25.000 € Sobreviviente separado o divorciado beneficiario de una pensión alimenticia a cargo de la víctima: 15.000 €
<b>Asbestosis</b>	Víctima	Pensión mensual de 15 € · % de incapacidad (p. ej. 50% de incapacidad = 750 €)
	Otros beneficiarios	Viuda: 15.000 € Menor de edad: 12.500 € Sobreviviente separado o divorciado beneficiario de una pensión alimenticia a cargo de la víctima: 7.500 €

<sup>605</sup> Para una presentación del AFA, vid. AZAGRA, Los fondos..., *op. cit.*, pp. 8-10 y la información institucional disponible en [http://www.afa.fgov.be/afa/afa\\_fr.html](http://www.afa.fgov.be/afa/afa_fr.html).

### 1.3. *The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2006 Bill* estadounidense

En Estados Unidos, los fondos de compensación interpretan un papel relevante en los procesos de insolvencia, pero no se ha implementado un fondo cuyo ámbito de protección sea equiparable a los citados en los párrafos precedentes.

El 19 de abril de 2005, se presentó en el Senado *The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2005 Bill* (S. 852)<sup>606</sup>, un proyecto de ley que preveía la creación de un fondo de compensación sin culpa (*Asbestos Injury Claims Resolution Fund*) dotado con \$ 140.000 millones por las aseguradoras de las industrias del amianto y, en menor medida, por estas industrias.

El 14 de febrero de 2006 el Senado votó en contra del proyecto, pero una nueva versión fue reintroducida en la Cámara el 26 de mayo de 2006 mediante *The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2006 Bill* (S. 3274; *Fair Act of 2006*), que no llegó a ser aprobado antes de finalizar el período de sesiones en el que fue presentado (*109th US Congress, 2005-2006*).

Uno de los aspectos más debatidos sobre la propuesta fue la financiación. La litigación por daños del amianto cuenta con miles de demandados de industrias y son muchas las compañías aseguradoras que cubrieron las contingencias por daños del amianto. Encontrar una fórmula de reparto de la obligación de financiación resultó, en consecuencia, extremadamente complejo y, a la postre, fue uno de los motivos que contribuyeron decisivamente al fracaso de la propuesta<sup>607</sup>.

Por otra parte, la compensación prevista era inferior a las que históricamente han obtenido los demandantes en la litigación por daños del amianto<sup>608</sup>. De las cantidades debían deducirse las percibidas de otras fuentes, con alguna salvedad, señaladamente las prestaciones procedentes del sistema de *workers' compensation* (*Sec. 134 Fair Act of 2006*).

El fondo debía ser administrado por una oficina creada al efecto en el seno del Departamento federal de Trabajo (*Office of Asbestos Disease Compensation*) y su entrada

<sup>606</sup> Para un comentario al proyecto en su versión S. 852, vid. Lester BRICKMAN, "An Analysis of the Financial Impact of S. 852: The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2005", 27 *Cardozo L. Rev.* 991 (2005) y NAGAREDA, *Mass Tort...*, op. cit., pp. 106-108.

<sup>607</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, op. cit., pp. 106 y 107.

<sup>608</sup> En especial, si se comparan con los fallos indemnizatorios que contenían una partida de *punitive damages*. La litigación por daños del amianto es, de hecho, una de las constelaciones de casos en las que con más frecuencia se han concedido daños punitivos que en otras constelaciones y como indica ULEN, son menos habituales y menos cuantiosos de lo que se cree debido a la generalización de ejemplos extremos que no son representativos. Vid. ULEN, "The View from Abroad...", op. cit., p. 236, Mg 98: "[P]unitive damages are relatively rare. There is some empirical evidence to demonstrate this. In all product-liability cases between 1965 and 1990 there were only 353 punitive awards, and those averaged \$ 625,000. Appellate panels reduced many of these punitive awards so that, after appeal, the average fell to \$ 135,000. More than 25 percent of those 353 awards involved asbestos". Téngase en cuenta, asimismo, que el Tribunal Supremo Federal ha ido acotando cada vez más el importe de las indemnizaciones por daños punitivos. Vid. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.*, 538 US 408 (2003), *Philip Morris USA Inc. v. Morris*, 549 US 346 (2007), *Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al.*, 554 US \_\_\_ (2008). Vid. RUIZ GARCÍA, "Otra vuelta de tuerca...", op. cit., pp. 3 y 10 y SALVADOR CODERCH, "Las leyes cuentan...", op. cit.

en funcionamiento había de suponer, con contadas excepciones, la prohibición de nuevas demandas judiciales indemnizatorias y el desistimiento obligatorio de buena parte de las interpuestas. De este modo, hubiera puesto fin, prácticamente, a la crisis de litigación más importante de la historia del derecho estadounidense.

La dimensión de la litigación por daños del amianto en Estados Unidos se puede deber, al menos en parte, a las escasas prestaciones sociales públicas federales y estatales que convierten el proceso judicial en la principal vía indemnizatoria para algunas víctimas<sup>609</sup>. También influye que los costes de la litigación para el demandante estadounidense sean reducidos o casi cero debido a la práctica de *contingency fees* o *quota litis*. Asimismo, existe una mayor especialización de los abogados estadounidenses<sup>610</sup>.

El *RAND Institute for Civil Justice* estimó que hasta 2002 hubo unos 730.000 demandantes y, al menos, 8.400 demandados, pertenecientes a 75 industrias diferentes, sin perjuicio de que la litigación tenga más incidencia en algunas de ellas. Asimismo, los costes de la litigación fueron de más de \$ 70.000 millones. De esta cantidad, únicamente alrededor de \$ 30.000 corresponden a compensación neta a favor de los demandantes, el resto corresponde a costes incurridos por demandantes y demandados<sup>611</sup>.

Con el fracaso de la propuesta de las transacciones de clase y del fondo, los procesos concursales del § 524 (g) del Código Concursal federal se consolidaron como el principal vehículo de compensación de muchas de las víctimas del amianto. Los principales perjudicados no son ni los demandados ni las víctimas presentes, sino las víctimas futuras, cuyos intereses, como se ha indicado, apenas son tenidos en cuenta –más allá de meros formalismos- en el diseño de los planes de reorganización.

Según NAGAREDA los procesos concursales ofrecen a demandados y demandantes presentes una vía que, con todos sus inconvenientes, sirve bien a los objetivos de una y otra parte, aunque no a las víctimas futuras. En consecuencia, disminuyen los incentivos para asumir los riesgos asociados a otras propuestas. Así, la aprobación del § 524 (g) del Código Concursal federal en 1994 habría contribuido a impedir la adopción de una solución mejor<sup>612</sup>.

## **2. EL CASO FRANCÉS: LITIGACIÓN POR DAÑOS DEL AMIANTO Y FONDOS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE**

En este capítulo interesa de un modo particular, el análisis del FIVA francés. A diferencia de otros fondos, el FIVA acumula una experiencia de más de ocho años de gestión de la compensación de daños del amianto. Pero, sobre todo, el FIVA interesa porque

<sup>609</sup> Vid. WHITE, "Asbestos...", *op. cit.*, pp. 11-20 y 28.

<sup>610</sup> Vid. sobre el particular FLEMING, *Mass Torts*, *op. cit.*, pp. 519-520.

<sup>611</sup> Vid. CARROLL *et al.*, *Asbestos Litigation...*, *op. cit.*

<sup>612</sup> Vid. NAGAREDA, *Mass Torts...*, *op. cit.*, pp. 108.

las víctimas y perjudicados franceses pueden elegir entre la acción protectora del fondo o la vía de la litigación. Para la redacción del capítulo se han consultado, sobre todo, tres informes anuales presentados por el Consejo de Administración del FIVA, correspondientes a junio 2006-mayo 2007<sup>613</sup>, enero-diciembre 2007 y enero-diciembre 2008. El último de ellos será cita recurrente en las próximas páginas del trabajo<sup>614</sup> y da razón, entre otros extremos, de la tipología y gestión de las 13.254 ofertas de indemnización que el Fondo presentó en ese período<sup>615</sup>. Pero antes de analizar el fondo, conviene presentar la litigación por daños del amianto en Francia.

Cuando ya se había concluido la redacción de esta parte del trabajo, se publicó el informe correspondiente al año 2009. Puede consultarse en la siguiente dirección de correo electrónico: <http://www.fiva.fr/documents/rapport-fiva-2009.pdf>. También recientemente, el FIVA ha actualizado la información disponible en su página web: <http://www.fiva.fr/>.

## 2.1. Litigación por daños del amianto

El sistema de Seguridad Social francés excluye, en principio, las acciones contra el empleador por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Existen algunas excepciones, señaladamente, cuando concurre “culpa inexcusable (art. L 454-1 del Code de la Sécurité Sociale)”<sup>616</sup>.

Durante décadas, el concepto de culpa inexcusable se interpretó en términos muy restrictivos<sup>617</sup>. La situación cambió cuando el 28 de febrero de 2002, seis sentencias de la Corte de Casación reinterpretaron en sentido laxo el concepto de culpa inexcusable del empleador.

<sup>613</sup> A partir de 2007 los informes se refieren a años naturales.

<sup>614</sup> Vid. FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE-FIVA, *8ème Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Année 2008*, Bagnole, 2009. El resto de informes también están disponibles en la página web del FIVA (<http://www.fiva.fr/rapport.php>).

El FIVA mantiene además, y como se indicará, una página web actualizada en la que se puede consultar información sobre el fondo, la normativa que lo regula y los informes de actividad que cada año, antes del 1 de julio, el FIVA presenta al Parlamento y al Gobierno francés.

<sup>615</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport...*, *op. cit.*, pp. 20 y 21, p. 20 : “Le nombre total d'offres adressées par le FIVA depuis 2003 aux seules victimes directes de l'amiante s'élève à 45.658. Le nombre d'offres présentées en 2008 est en retrait par rapport au nombre d'offres présentées les années précédentes. La diminution est sensible par rapport à l'année 2007 (-16,8%).

Les nombre total d'offres faites par le FIVA en 2008 à l'ensemble des demandeurs (victimes et ayants droit) diminue sensiblement par rapport à 2007, mais dans des proportions moindres que les offres faites aux seules victimes. Si celles-ci baissent en effet fortement, le nombre d'offres aux ayants droit augmente légèrement par rapport à 2007, pour s'établir à 5.849 (+2,0 %). Au total, le nombre d'offres présentées par le FIVA s'établit à 13.254 [7.405 offres aux victimes y 5.849 offres aux ayants droit], contre 14.630 en 2007, soit une baisse de 9,4%”.

<sup>616</sup> Vid. L 452-1 del Code de la Sécurité Sociale : “Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire dans les conditions définies aux articles suivants”.

<sup>617</sup> Vid. lo indicado al respecto en AZAGRA, *La tragedia...*, *op. cit.*, pp. 65 y 66 y la literatura allí citada.

Las referencias de las sentencias son las siguientes: *Cour de Cassation, Chambre Sociale, Arrêts n° 835: CAPM Grenoble c. “Société Ascometal”*; n° 837: “Société Eternit” c. X et autre<sup>618</sup>; n° 838: “Société Eternit” c. Consorts X et autre<sup>619</sup>; n° 842: “Société Eternit” c. Consorts X et autres; n° 844: “Société Valeo” c. Consorts X et autre ; y n° 845: “Société Everite” c. X. et autres<sup>620</sup>. En todas ellas se planteaba si concurría culpa inexcusable de los empleadores que les obligara a reparar los daños.

Antiguos trabajadores de las compañías demandadas habían contraído enfermedades del amianto como consecuencia de exposición ocupacional.

Los casos llegaron a la Corte de Casación, que dictó sentencias en las que 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”<sup>621</sup>.

También en todas las sentencias, la Corte de Casación señaló 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)* siempre y cuando el empleador tuviera o debiera haber tenido conciencia del peligro al que estuvo expuesto el trabajador y no haya tomado las medidas necesarias para protegerlo”<sup>622</sup>.

Como se analiza en próximos apartados, la gran mayoría de las víctimas francesas prefieren prescindir de la vía de la litigación –al menos como vía de obtención de indemnización- y ser compensadas por el FIVA, que se subroga en sus derechos hasta el límite de la cantidad satisfecha. Sin embargo, aquellos que decidan litigar pueden hacerlo con ciertas probabilidades de éxito como consecuencia de la doctrina que emana de las sentencias citadas<sup>623</sup>.

<sup>618</sup> Para una nota de jurisprudencia sobre la sentencia, vid. Georges PICCA y Alain SAURET, “De la faute inexcusable de l’employeur à l’obligation de résultat en matière de maladies professionnelles (Cass. Soc., 28 février 2002)”, *Petites Affiches La Loi*, n° 62, 28 mars 2002, pp. 17-19.

<sup>619</sup> Comentada en Ghislaine STREBELLE, “Arrêt n° 838 de la Cour de Cassation, Chambre Sociale du 28 février 2002”, *La Semaine Juridique- Edition entreprise et affaires*, n° 15 avril 2002, pp. 672-677.

<sup>620</sup> Una presentación sucinta de las sentencias citadas puede leerse en Ivonne SALMON, “Technological Change in France”, en Miquel MARTÍN CASALS (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 89-133, pp. 124-126. LOVELLS, *Asbestos...*, op. cit., pp. 3 y 4 y en AZAGRA, *La tragedia...*, op. cit., pp. 65 y 66.

<sup>621</sup> Vid. cualquiera de las sentencias citadas: “en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l’employeur est tenu envers celui-ci d’une obligation de Sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l’entreprise...”.

<sup>622</sup> Vid. cualquiera de las sentencias citadas: “le manquement à cette obligation a le caractère d’une faute inexcusable, au sens de l’article L. 425-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l’employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu’il n’a pas pris les mesures nécessaires pur l’en préserver”.

<sup>623</sup> La exposición ocupacional tuvo lugar de un modo muy señalado en “Everite”, “Eternit”, “Nomed”, “DCN”, “Valeo”, “Ascometal”, “Atelier français de l’Ouest”, “Défense”, “Alstom”, “EDF”, “SNCF” y “Amisol”. Vid. Johann

Generalmente, las cuantías indemnizatorias concedidas por los jueces y tribunales franceses son mayores que las del FIVA, aunque dependiendo de la enfermedad las diferencias no son muy significativas –más sobre el particular en próximas páginas-, en especial si se tienen en cuenta los costes en términos de tiempo y dinero que genera un proceso judicial.

Según un estudio de 2009, las cuantías indemnizatorias de la jurisprudencia francesa sobre daños ocupacionales del amianto suelen ser de entre 4.500 y 230.000 €, si bien en, al menos una ocasión, un demandado fue condenado a indemnizar una veintena de demandantes con cantidades que en total sumaron más de 3.000.000 €<sup>624</sup>.

Las víctimas de la exposición doméstica o ambiental al amianto también pueden interponer demandas de responsabilidad civil, si bien el fundamento será diferente en relación con las ocupacionales<sup>625</sup>.

La litigación penal por daños del amianto cuenta con algunos casos notorios en Francia y alcanza no sólo a los cargos directivos de compañías de industrias del amianto, sino también a las propias compañías por las exposiciones más recientes. Desde hace algún tiempo, el principio *societas delinquere non potest* conoce algunas excepciones y las sociedades mercantiles pueden responder penalmente en algunos supuestos. Según el estudio de 2009 citado, así lo han hecho junto a sus directivos en algunos casos de la jurisprudencia por daños del amianto<sup>626</sup>.

Como ha tenido oportunidad de comentarse en otro capítulo de este trabajo, las Administraciones públicas francesas tampoco son ajenas a la litigación por daños del amianto y han sido condenadas, incluso, por no tomar las medidas adecuadas para prevenir las enfermedades de etiología asbestósica contraídas por trabajadores de compañías privadas.

Existe también una nutrida jurisprudencia en la que la cuestión litigiosa es la corrección de las decisiones del FIVA. A la litigación por este concepto se hará alguna referencia al analizar la impugnación judicial de las decisiones del fondo.

En 2008 alrededor de 13,4% de las víctimas y perjudicados seguían prefiriendo la litigación a la compensación por el fondo. En 2007, fueron un 10%, mientras que en 2006 fueron un 13 %, en 2005 un 10%, en 2004 un 14% y en 2003 un 16%<sup>627</sup>.

---

COIGNARD-NIVET, "France Funds and EL as an option", en Christian LAHNSTEIN (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 82-85.

<sup>624</sup> Vid. LOVELLS, *Asbestos...*, op. cit., p. 4.

<sup>625</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>626</sup> *Id.*, pp. 6-8.

<sup>627</sup> La proporción de víctimas que optan por la litigación puede ser algo superior, pues, a veces, los tribunales informan de los procedimientos con algún retraso al FIVA. Vid. *8<sup>ème</sup> Rapports d'activité...*, cit., p. 9. Los porcentajes se toman de: *3<sup>ème</sup> Rapport d'activité...*, p. 24, *4<sup>ème</sup> Rapport d'activité...*, pp. 41-42; *5<sup>ème</sup> Rapport d'activité...*, p. 53; *6<sup>ème</sup> Rapport d'activité...*, p. 77 y *8<sup>ème</sup> Rapports d'activité...*, p. 9.

#### Gráfico 4: Distribución de la compensación de las víctimas del amianto, Francia, 2008 (aprox.)

Fuente: FIVA, 8<sup>ème</sup> Rapports d'activité..., cit., p. 9



Téngase en cuenta, que en la litigación por culpa inexcusable en casos de daños del amianto, la mayoría de las resoluciones recaídas en 2004 fueron favorables a los demandantes. Así, durante el primer semestre de 2004 sólo fueron desestimatorias 25 de 1.217<sup>628</sup>. No parece, pues, que la opción mayoritaria por el fondo se deba a que la vía de la litigación ofrezca pocas probabilidades de éxito a las víctimas.

#### 2.2. Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante

El art. 53 de la *Loi n° 2000-1257* estableció el FIVA<sup>629</sup>. Posteriormente, fue desarrollado ampliamente por el *Décret n° 2001-963, du 23 octobre 2001, relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 (JORF n° 247, 24 octobre 2001)*.

Otras normas desarrollaron aspectos concretos del art. 53 *Loi n° 2000-1257*. Así, el *Arrêté du 5 mai 2002 fixant la liste des maladies dont le constant vaut justification de l'exposition à l'amiante (JORF n° 105, 5 mai 2002)* y la *Loi n° 2004-1484, du 30 décembre 2004, de finances pour 2005 (JORF n° 304, 31 décembre 2004)*. Algunos apartados del art. 53 *Loi n° 2000-1257* fueron recientemente modificados por el art 92 *Loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de Financement de la Sécurité Sociale pour 2011*" (JORF n° 295 du 21 décembre 2010; en adelante *Loi 2010-1594*).

<sup>628</sup> Vid. Gérard DÉRIOT y M.J. Jean-Pierre GODEFROY (Rapporteurs), *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*, p. 166. Disponible en [www.senat.fr/rap/r05-037-1/r05-037-11.pdf](http://www.senat.fr/rap/r05-037-1/r05-037-11.pdf): "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 le faute inexcusable de l'employeur".

<sup>629</sup> En la página web del FIVA en la que se puede consultar información sobre el fondo, la normativa que lo regula y los informes de actividad que cada año, antes del 1 de julio, el FIV A presenta al Parlamento y al Gobierno francés. Vid. <http://www.fiva.fr/>.

### a. Personalidad jurídica propia, autonomía financiera y órganos

El FIVA es un establecimiento público administrativo con personalidad jurídica propia y autonomía financiera, si bien depende de los Ministerios de Seguridad Social y Presupuesto (*art. 53. II, Loi 2000-1257*)<sup>630</sup>.

Sus principales órganos son el Consejo de Administración, la Comisión de Examen y el Director.

### b. Diferenciación de otros fondos

No debe confundirse el FIVA con el *Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA)* que financia la jubilación anticipada de los trabajadores de las industrias del amianto y que fue creado años antes por el art.41 de la *Loi n° 98-1994 du 23 de décembre de financement de la sécurité sociale pour 1999* (modificada por el art. 119 *Loi n° 2006-1640 du 21 décembre de financement de la sécurité sociale pour 2007, JORF n° 296, 22 décembre 2006*).

### c. Financiación pública y acción subrogatoria

El FIVA se financia, fundamentalmente, mediante contribuciones anuales del Estado y de la Seguridad Social (*art. 53 VII Loi 2000-1257*)<sup>631</sup>. Otras fuentes de financiación menos relevantes cuantitativamente son donaciones y legados, inversiones y las cantidades que el FIVA obtenga mediante las acciones subrogatorias a las que se hará referencia en próximas páginas.

Dado el diseño del fondo, tiene sentido que la financiación sea principalmente pública. En este sentido, téngase en cuenta que la aceptación de una oferta de indemnización supone que el FIVA se puede subrogar, hasta el límite de la prestación satisfecha, en los derechos del solicitante contra el causante del daño y contra las personas u organismos de los que el beneficiario pudiera obtener la reparación total o parcial del daño (*art. 53 VI Loi 2000-1257*)<sup>632</sup>. Si existe una acción de subrogación no puede también

<sup>630</sup> Vid. *art. 53. II, Loi 2000-1257*: "Il est créé, sous le nom de 'Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante' un établissement public national à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget".

<sup>631</sup> Vid. *art. 53 VII Loi 2000-1257*: "Le fonds est financé par une contribution de l'Etat, dans les conditions fixées par la loi de finances, et par une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de la sécurité sociale dont le montant est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale, sur la base d'un rapport d'activité du fonds établi par son conseil d'administration et transmis au Parlement et au Gouvernement chaque année avant le 1<sup>er</sup> juillet".

<sup>632</sup> Vid. el primer párrafo del *art. 53 VI Loi 2000-1257*: "Le fonds est subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes ou organismes tenus à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes". Vid. también arts. 36-40 *Décret n° 2001-963*.

Las abogadas Cécile Derycke y Sylvie Gallage-Alwis respondieron amablemente a las preguntas que les formulé sobre la acción de subrogación. Los errores que pueda haber sobre esta cuestión son, sin embargo, exclusivamente míos.

exigirsele a los responsables del daño que contribuyan al Fondo, pues de algún modo, pagarían dos veces: como condenados en acción subrogatoria y como financiadores del fondo.

Además, y repitiendo un argumento que ya ha aparecido o con anterioridad, calcular la contribución según el grado de siniestralidad de los obligados reproduciría los problemas de causalidad que existen en la litigación y no hacerlo resulta en subsidios cruzados.

En 2008, el FIVA inició 716 acciones subrogatorias: 600 por culpa inexcusable; 113 por indemnización complementaria a favor de funcionarios y, en particular, de militares; y 3 en reclamación de reconocimiento de enfermedad profesional<sup>633</sup>. Desde la creación del FIVA, las acciones iniciadas por el Fondo han dado lugar a más de 1.220 resoluciones judiciales, 405 dictadas en 2008. La mayoría de las dictadas en 2008 (399 decisiones) recayeron en procesos de culpa inexcusable del empleador y fueron favorables al FIVA (341 decisiones o un 85%). Esto permitió que el FIVA ingresara 20 millones de euros en concepto de acciones subrogatorias en 2008 (en 2006 ingresó 11, 7 millones de euros y en 2007 14,8 millones de euros)<sup>634</sup>. De la cantidad deben descontarse los gastos incurridos en la litigación.

Desde la creación del FIVA, el gasto en compensación de las víctimas supera los 2.000 millones de euros<sup>635</sup>, cantidad a la que hay que sumar los gastos en medios materiales y personales –en 2008, el FIVA contaba con 62 empleados-<sup>636</sup>.

**Tabla 4: Financiación y gastos del FIVA 2001-2008 (en millones de euros)**

Fuente: *8ème Rapport...*, cit., p. 51 y <http://www.fiva.fr/bareme/bareme-fiva.PDF>

AÑO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>GASTO</b>	14,12	176,20	461,95	431,58	392,31	356,41	424,43
<b>INDEMNIZACIÓN</b>	13,03	171,03	377,63	399,81	363,66	318,04	394,58
<b>DOTACIÓN A PROVISIONES</b>	-	0,7	79,41	26,79	23,29	31,99	21,77
<b>OTROS GASTOS</b>	1,09	5,10	4,91	4,98	5,36	6,38	8,08

<sup>633</sup> Vid. *8ème Rapport d'activité...*, cit., pp. 32 y 33.

<sup>634</sup> *Id.*, pp. 33 y 34.

<sup>635</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport...*, cit., p. 5.

<sup>636</sup> *7ème Rapport...*, cit., pp. 84 y 89 y *8ème Rapport...*, cit., pp. 42 y 57.

AÑO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>APORTACIONES</b>	552,62	335,03	101,8	346,85	402,37	401,74	418,87
<b>APORTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL</b>	514,51	294	100	200	315	315	315
<b>APORTACIÓN DEL ESTADO</b>	38,1	40	-	52	47,50	47,50	47
<b>FONDOS PROCEDENTES DE RESERVAS</b>	-	-	-	74,44	26,62	22,13	34,10
<b>OTROS</b>		1,03	1,8	20,41	13,25	17,11	22,77
<b>RESULTADO NETO</b>	538,51	158,83	- 360,16	- 84,74	10,06	45,33	-5,56
<b>RESULTADO ACUMULADO</b>	538,5	697,3	337,17	252,43	262,5	307,82	302,26

Entre los gastos destinados a la compensación de víctimas y perjudicados, una de las partidas más elevadas es la relativa a las enfermedades benignas. Como se indicará casi tres cuartas partes de los solicitantes de indemnización lo son por este tipo de enfermedades, cuestión que tal vez debería hacer reflexionar sobre la conveniencia de indemnizarlas en el contexto de un sistema de compensación sin culpa.

**Tabla 5: Gasto en indemnizaciones, FIVA (en millones de euros)**

Fuente: *8ème y 7ème Rapport...*, cit., pp. 23 y 35, respectivamente

Enfermedad	Indemnización hasta 2007	Indemnización 2008	% aprox. hasta 2008
Asbestosis	65.729.058	15.783.480	4%
Cáncer de pulmón	558.696.993	174.027.080	36%
Enfermedades benignas	509.400.200	100.240.318	30%
Mesotelioma	410.806.613	90.742.566	25%
No especificadas (en el momento de incoarse el expediente)	98.593.587	13.788.456	6%
Total	1.643.226.450	394.581.901	-

El coste medio <sup>637</sup> en relación con la indemnización de cada enfermedad va de los 18.655 € de las placas pleurales a los 128.760 € de los cánceres bronco-pulmonares. Para los engrosamientos pleurales es de 20.005 €, para la asbestosis 36.236 € y para el mesotelioma 122.411 € (la media es algo menor que la de los cánceres bronco-pulmonares, aunque téngase en cuenta que la víctima de mesotelioma suele ser de mayor edad). La media total fue de 47.332 €<sup>638</sup>.

**Tabla 6: Gasto medio en indemnizaciones por enfermedad, FIVA (en millones de euros)**

Fuente: 8ème y 7ème Rapport..., cit., pp. 23 y 35, respectivamente

Enfermedad	Indemnización media (hasta 2008)
Asbestosis	36.236
Cáncer de pulmón	128.760
Engrosamientos pleurales	20.005
Mesotelioma	122.411
No especificadas (en el momento de incoarse el expediente)	41.970
Placas Pleurales	18.655
Total	47.332

#### d. Beneficiarios

El fondo indemniza los daños sufridos por las víctimas del amianto y sus causahabientes. Existen tres categorías de beneficiarios según la legislación que crea el fondo (*art. 53 I Loi 2000-1257*) <sup>639</sup>:

<sup>637</sup> El coste medio incorpora todas las cantidades satisfechas a las víctimas y a las que se hará referencia en próximas páginas. *Id.*, p. 23 : "Le montant moyen servi pour un dossier s'entend comme le coût total de l'ensemble des indemnisations servies, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas seulement du montant moyen de la première offre proposée à la victime au titre des ses préjudices, mais du montant total, y compris les compléments issus des contentieux en contestation des offres du FIVA et les compléments versés suite à une reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur".

<sup>638</sup> *Id.*, pp. 23 y 24.

<sup>639</sup> Vid. art. 53 I Loi 2000-1257 : "Peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices :

1° Les personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amianto au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité;

2° Les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amianto sur le territoire de la République française ;

3° Les ayants droit des personnes visées aux 1° et 2°".

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 derivados directamente de la exposición al amianto en territorio de la República francesa.

3º Los causahabientes<sup>640</sup> de los beneficiarios previstos en 1º y 2º.

Estas tres categorías comprenden, resumidamente, las víctimas de daños del amianto (i) y otros beneficiarios (ii). Esta distinción entre víctimas y otros beneficiarios se utilizará en las próximas páginas a los meros efectos expositivos.

#### i. Víctimas

Las víctimas –beneficiarios, en general, de las dos primeras categorías- se pueden clasificar, según el origen de la exposición, en tres grupos <sup>641</sup>:

1. Víctimas con una enfermedad reconocida como profesional a los efectos de percepción de prestaciones públicas de Seguridad Social o de un régimen asimilado.

2. Víctimas con una enfermedad que no puede ser reconocida como profesional pero que se considera derivada de la exposición al amianto según un lista aprobada por *Arrêté du 5 mai 2002*<sup>642</sup> y que incluye mesoteliomas primitivos de pleura, peritoneo o pericardio u otros tumores pleurales y placas pericárdicas o pleurales confirmadas mediante tomodensitometría. A estas enfermedades también se las conoce como específicas (spécifiques).

3. Víctimas con una enfermedad que no puede ser reconocida como profesional ni es una de las específicas, pero que una comisión de examen (*Commission d'examen des circonstances de l'exposition à l'amiante*, en adelante CECEA) considera derivada de la exposición al amianto.

En 2008, más de tres cuartas partes de las víctimas del amianto reconocidas por el FIVA padecían enfermedades que habían sido reconocidas como enfermedades profesionales <sup>643</sup>. Por sexos, los hombres representaban un 94% de las víctimas cuyos expedientes conoció el FIVA en 2008<sup>644</sup>.

<sup>640</sup> Vid. FIVA, 8ème Rapport..., cit., p. 61: "La FIVA a sensiblement étendu la notion d'ayants droit par rapport à la définition utilisée para la sécurité sociale (conjoint survivant, enfants, ascendants) en retenant le sens qui lui est donné en réparation intégrale qui repose sur la proximité affective".

<sup>641</sup> Id., pp. 9 y 10.

<sup>642</sup> Vid. *Arrêté du 5 mai 2002 fixant la liste des maladies dont le constat vaut justification de l'exposition à l'amiante au regard des dispositions de l'article 53 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 instituant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*.

<sup>643</sup> Vid. FIVA, 8ème Rapport..., cit., pp. 10 y 11.

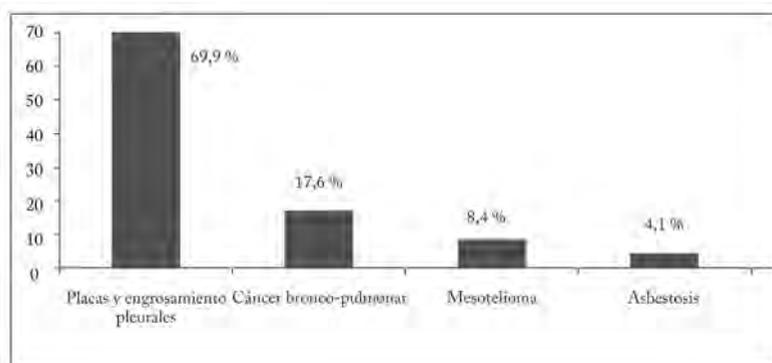
<sup>644</sup> Id., p. 12.

Ese mismo año, más de dos tercios de los expedientes se referían a casos de placas pleurales, enfermedades benignas y asintomáticas las más veces. En cambio, únicamente un 12,5 % se referían a mesoteliomas o asbestosis. Aunque la proporción ha disminuido en relación con años anteriores, es todavía significativa y contribuye a explicar los retrasos en la resolución de algunos expedientes y el incremento en los gastos, especialmente los administrativos<sup>645</sup>.

También me parece discutible la conveniencia de compensar cánceres bronco-pulmonares <sup>646</sup>. En particular, no me parece adecuado compensarlos por las dudas entorno a su causa específica. Recuérdese que los cánceres bronco-pulmonares constituyen un 17,6 % del total de expedientes y su compensación es uno de los principales gastos del FIVA como ha podido comprobarse en páginas precedentes.

### Gráfico 5: Expedientes por patología, FIVA, 2008

Fuente: 8ème Rapport..., cit., p. 13



En 2008, un 85,6% de las víctimas estaban vivas cuando se inició la instrucción del dossier de compensación y fueron ellas las que incoaron el procedimiento de compensación. La mayoría de las víctimas fallecidas eran enfermos de cáncer bronco-pulmonar, de mesotelioma o de otras enfermedades no especificadas<sup>647</sup>.

<sup>645</sup> Id., p. 13.

<sup>646</sup> El FIVA también compensa, aunque con frecuencia mucho menor, algún otro tipo de cáncer como el de laringe, vid. FIVA, 8ème Rapport..., cit., pp. 40 y 41. De nuevo, no me parece que esto sea acertado.

<sup>647</sup> Id., p. 15.

**Tabla 7: Víctimas vivas y fallecidas en el momento de incoarse la instrucción del expediente, FIVA, 2008**

Fuente: *8ème Rapport...*, cit., p. 15

Enfermedad	Vivos	Fallecidos	Total
Asbestosis	168	21	189
Cáncer bronco-pulmonar	501	306	807
Engrosamientos pleurales	140	6	146
Mesotelioma	248	138	386
Placas Pleurales	3.010	48	3.058
No especificada (en el momento de incoarse el expediente)	1.550	427	1.977
<b>Total</b>	<b>5.617</b>	<b>946</b>	<b>6.563</b>

ii. Otros beneficiarios

La mayoría de otros beneficiarios que solicitan compensación son hijos o nietos de las víctimas. En 2008 representaron el 34,1% y 42%, respectivamente. Les siguieron los cónyuges con un 16,5%, los hermanos con un 4,2%, los padres con un 1,1% y otros con un 2,1%<sup>648</sup>.

Sin embargo, las indemnizaciones a los cónyuges fueron las que representaron mayor gasto, el 44% de la cuantía total de indemnizaciones a otros beneficiarios. La de los hijos representó un 35%, la de los nietos un 15%, la de los hermanos un 3%, la de los padres un 1% y la de otros un 2%<sup>649</sup>.

Estos otros beneficiarios pueden tener derecho a dos tipos de indemnizaciones: una por el propio perjuicio y otra por las cantidades que correspondieran a la víctima y de las que no hubiera disfrutado antes de fallecer (*action successorale*). Las ofertas por cada una de las indemnizaciones se consideran distintas, por lo que los beneficiarios pueden rechazar una y aceptar la otra<sup>650</sup>.

e. *Solicitud y tramitación de indemnización*

El procedimiento de indemnización<sup>651</sup> se inicia con el envío de un formulario aprobado por el Consejo de Administración. Al formulario deben adjuntarse los documentos pertinentes que se indican en el reverso del formulario.

<sup>648</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>649</sup> *Id.* p. 25.

<sup>650</sup> Vid. "Puis-je refuser l'action successorale et accepter l'offre faite en réparation de mon préjudice personnel?", en *Questions/Réponses*, disponible en <http://www.fiva.fr>.

<sup>651</sup> El procedimiento de indemnización por el FIVA está regulado, en lo esencial en el art. 53 IV *Loi n° 2000-1257* y en los arts. 15-24 *Décret n° 2001-963*.

En 2008, aproximadamente un 35% de los expedientes fueron interpuestos por los abogados de los solicitantes o por asociaciones u organizaciones sindicales<sup>652</sup>.

Si la enfermedad tiene la consideración de profesional o está incluida en la lista del *Arrête du 5 mai 2002*, el solicitante puede requerir al fondo el pago de una provisión mientras se tramita su expediente. En este sentido, el FIVA no es únicamente un fondo de compensación, sino también un fondo de pagos adelantados.

El plazo para interponer una solicitud era, generalmente, de cuatro años a partir del primer día del año posterior a aquel en el que nació el derecho a compensación<sup>653</sup>. Sin embargo y con efectos retroactivos, el plazo se ha ampliado recientemente a 10 años y se ha regulado con cierto grado de detalle la determinación del *dies a quo*. Una vez interpuestos la solicitud y los documentos adjuntos, el FIVA acusa recibo. Si la solicitud está incompleta, el FIVA lo notifica al solicitante para que la enmiende en un plazo de quince días.

En 2008, el FIVA recibió 15.242 solicitudes. En los tres años precedentes el número de solicitudes fue todavía superior: 25.579 en 2007, 19.206 en 2006 y 18.540 en 2005<sup>654</sup>.

El FIVA debe presentar una oferta de indemnización en el plazo de seis meses desde la recepción de la solicitud o desde la recepción de todas sus piezas, si bien deberá resolver durante el primer mes la solicitud de provisión anticipada, (*art. 53 IV, Loi 2000-1257*)<sup>655</sup>.

El plazo de seis meses no es de aplicación si el FIVA reenvía el expediente a la Seguridad Social para que, en un plazo de tres meses prorrogable por otros tres, declare si la enfermedad a la que se refiere el expediente merece el reconocimiento de enfermedad profesional. Una vez dictada la resolución correspondiente por la Seguridad Social, el FIVA dispondrá de tres meses para resolver.

En 2008, el FIVA presentó 13.254 ofertas. En los tres años precedentes, había presentado 14.630 en 2007, 13.860 en 2006 y 10.494 en 2005<sup>656</sup>.

Si se tienen en cuenta todos los expedientes resueltos por el FIVA en 2008, el Fondo tardó en presentar una oferta de indemnización o en denegar la solicitud una media de 9 meses y 3 semanas. Con todo, en relación con los expedientes más graves y cuando los solicitantes eran las propias víctimas, las ofertas se presentaron en una media de 7 meses<sup>657</sup>.

<sup>652</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport...*, cit., p. 19.

<sup>653</sup> Vid. art. 92 Loi 2010-1594, en particular, el párrafo 1º que introduce el apartado III bis en el art. 53 Loi 2000-1257.

<sup>654</sup> Vid. *8ème Rapport d'activité...*, cit., p. 58.

<sup>655</sup> Vid. art. 53 IV, Loi 2000-1257: "*Dans le six mois à compter de la réception d'une demande d'indemnisation, le fonds présente au demandeur une offre d'indemnisation (...)*".

<sup>656</sup> Vid. *8ème Rapport d'activité...*, cit., p. 58.

<sup>657</sup> *Id.*, p. 21.

En 2006, el 48% del total de ofertas se realizaron respetando el plazo legal de seis meses. En 2007, el porcentaje disminuyó al 25% y en 2008 fue únicamente el 12%<sup>658</sup>. Aunque los lapsos de tiempo son probablemente inferiores a los de la litigación, la situación invita a la reflexión. Tal vez, el FIVA no debiera perder tiempo y recursos en la tramitación de expedientes referidos a casos asintomáticos o a casos en los que la relación causal entre la enfermedad alegada y la exposición al amianto no es clara.

Si el solicitante notifica al FIVA la aceptación de la oferta, el fondo tiene dos meses para pagar la suma correspondiente (*art. 23. II Décret n° 2001-963*)<sup>659</sup>. En 2008, en los casos en los que el solicitante aceptó la oferta de indemnización, el FIVA pagó en un plazo medio de 3 meses y una semana. No obstante, el plazo medio para los expedientes más graves cuando los solicitantes eran las propias víctimas fue de 2 meses<sup>660</sup>.

En otro orden de cosas, las decisiones del FIVA son recurribles ante el Tribunal de Apelación del domicilio del solicitante o ante el Tribunal de Apelación de París si la víctima reside fuera de Francia (*art. 24 Décret n° 2001-963*)<sup>661</sup>. 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*” si no le ha sido notificada a la víctima ninguna oferta de indemnización durante ese plazo (*art. 25 Décret n° 2001-963*)<sup>662</sup>.

El recurso puede fundarse en tres motivos: (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 (*art. 53 V, primer pfo., Loi 2000-1257*)<sup>663</sup>.

El número de recursos contencioso-administrativos incoados en 2007 y 2008 fue de 1.495 y 1.382, respectivamente. En años anteriores en cambio, el número de aquellos era muy inferior, por ejemplo, en 2006 fue de 693<sup>664</sup>. Las víctimas tienen más

<sup>658</sup> *Id.*

<sup>659</sup> *Vid. art. 23. II Décret n° 2001-963: “Lorsque le demandeur accepte l’offre, le fonds dispose d’un délai de deux mois pour verser la somme correspondante”.*

<sup>660</sup> *8ème Rapport d’activité... cit., p. 21*

<sup>661</sup> *Vid. art. 24 Décret n° 2001-963: “Les actions contre les décisions du fonds sont exercées devant la cour d’appel dans le ressort de laquelle est situé le domicile du demandeur et, à défaut de domicile en France, devant la cour d’appel de Paris”.*

<sup>662</sup> *Vid. art. 25 Décret n° 2001-963: “Le délai pour agir devant la cour d’appel est de deux mois. Ce délai court a partir de la notification, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, de l’offre d’indemnisation ou du constant établi par le fonds que les conditions d’indemnisation ne sont pas réunies.*

*Si, à l’expiration du délai prévu (...) le demandeur n’a pas reçu notification de la décision du fonds, sa demande doit être considérée comme rejetée et le délai imparti pour saisir la cour d’appel court du jour où intervient cette décision implicite de rejet”.*

<sup>663</sup> *Vid. art. 53 V, premier pfo., Loi 2000-1257: “Le demandeur ne dispose du droit d’action en justice contre le fonds d’indemnisation que si sa demande d’indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans le délai mentionné au premier alinéa du IV ou s’il n’a pas accepté l’offre qui lui a été faite”.*

<sup>664</sup> *Vid. 8ème Rapport d’activité... cit., pp. 27-28.*

probabilidades que otros beneficiarios de que el recurso contencioso-administrativo sea estimado y de que el incremento de la indemnización sea mayor<sup>665</sup>.

#### f. Partidas indemnizatorias

El art. 53 I *Loi 2000-1257* señala que los beneficiarios del fondo

“pueden obtener la reparación íntegra de sus per-judicios”<sup>666</sup>.

En este sentido, las indemnizaciones del FIVA comprenden tanto el daño patrimonial como el daño no patrimonial calculado de acuerdo con las circunstancias de cada caso y con un baremo orientativo.

La naturaleza orientativa del baremo está estrechamente relacionada con la voluntad de legislador francés de que víctimas y perjudicados sean indemnizados íntegramente. Sin embargo, y como se ha indicado, la baremación es más efectiva si es vinculante. La baremación orientativa logra un menor grado de previsibilidad y uniformidad.

#### i. Daños patrimoniales

Los daños patrimoniales comprenden la pérdida de ingresos profesionales, gastos médicos a cargo de la víctima y otros gastos adicionales, como por ejemplo, la contratación de un asistente social o la adaptación de la vivienda o vehículo. Los solicitantes deben probar la realidad de los daños.

La partida de daños patrimoniales no comprende, en cambio, la incapacidad funcional, es decir, la reducción de las capacidades físicas, psicosensoriales o intelectuales que resultan de un daño personal. El 17 de marzo de 2009 el Consejo de Administración del FIVA acordó incorporar la partida de incapacidad funcional a la nómina de daños no patrimoniales, en lugar de mantenerla en la de daños patrimoniales donde se había incluido hasta entonces. El acuerdo se aplica a todos los expedientes incoados con posterioridad a 9 de abril de 2009<sup>667</sup>.

Si la víctima ha fallecido, la viuda o los hijos pueden solicitar una indemnización por el perjuicio económico derivado del fallecimiento. Asimismo, si la víctima fallece sin haber percibido indemnización del FIVA, los herederos podrán reclamar, como se ha indicado, la indemnización a la que hubiera tenido derecho la víctima.

#### ii. Daños no patrimoniales

En relación con la propia víctima, la partida de daños no patrimoniales comprende: incapacidad funcional -en los expedientes recibidos a partir del 9 de abril de 2009-

---

<sup>665</sup> *Id.*, pp. 29-30.

<sup>666</sup> Art. 53 I *Loi 2000-1257*: «*Peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices (...)*».

<sup>667</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport...*, *cit.*, pp. 60 y 62.

daño moral, dolor físico, disminución del disfrute de actividades deportivas o de ocio y perjuicio estético<sup>668</sup>.

Para el cálculo de la incapacidad funcional<sup>669</sup>, el FIVA utiliza un baremo orientativo que prevé una renta anual cuyo valor es creciente en función de la tasa de incapacidad.

**Tabla 8: Indemnización por incapacidad funcional según tasa de incapacidad básica para el año 2009**

Fuente: *8ème Rapport...*, cit., p. 63

TASA DE INCAP. (%)	5	10	15	20	25	30	35	40	45	50
RENDA ANUAL (€)	437	921	1.450	2.026	2.647	3.315	4.028	4.788	5.594	6.446

TASA DE INCAP. (%)	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
RENDA ANUAL (€)	7.343	8.287	9.276	10.313	11.394	12.523	13.693	14.916	16.182	17.494

Las tasas de incapacidad básicas que se asocian a cada enfermedad son, las siguientes y pueden ser revisadas al alza en función de los criterios médicos que se establecen al efecto:

- Placas pleurales: 5%
- Engrosamientos Pleurales: 8%
- Asbestosis: 10%
- Cánceres: 100% (70 % si dos años después del diagnóstico no ha habido empeoramiento y ≤ 70 % si cinco años después del diagnóstico no ha habido empeoramiento o el estado de salud de la víctima ha mejorado)<sup>670</sup>.

<sup>668</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport d'activité...*, cit., p. 60-62.

<sup>669</sup> La incapacidad funcional es, como se ha indicado, la reducción de las capacidades físicas, psicosensoriales o intelectuales que resultan de un daño personal. *Id.*, p. 63: "En réparation intégrale, le taux d'incapacité mesure le déficit fonctionnel qui se définit comme la réduction du potentiel physique, psycho-sensoriel ou intellectuel résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne".

<sup>670</sup> *Id.*, p. 63.

Los daños no patrimoniales sufridos por las personas relacionadas con la víctima también son indemnizados por el FIVA. Las cuantías del baremo para estos daños fueron revisadas al alza por Acuerdo del Consejo de Administración de 22 de abril de 2008<sup>671</sup>:

**Tabla 9: Indemnizaciones en concepto de daño no patrimonial a favor de personas relacionadas con la víctima (€)**

Fuente: *Présentation du barème...*, cit., p. 2

	INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO (€)	INDEMNIZACIÓN POR ACOMPAÑAMIENTO (€)	TOTAL
CÓNYUGE	23.900	8.700	<b>32.600</b>
HIJO MENOR DE 25 A. CONVIVIENTE	16.300	8.700	<b>25.000</b>
HIJO MAYOR DE 25 A. CONVIVIENTE	9.800	5.400	<b>15.200</b>
HIJO NO CONVIVIENTE	5.400	3.300	<b>8.700</b>
PADRE O MADRE	8.700	3.300	<b>12.000</b>
NIETOS	3.300	-	<b>3.300</b>
HERMANO	3.300	2.100	<b>5.400</b>

### iii. Coordinación con otras prestaciones y revisión de las indemnizaciones

De la cuantía de la indemnización que resulte de la evaluación del FIVA deberán de- traerse determinadas prestaciones, muy señaladamente, las de Seguridad Social.

El FIVA complementará la compensación inicial en casos de agravación del estado de salud de la víctima (art. 53 IV Loi 2000-1257, tercer párrafo). Asimismo, puede hacer lo propio si se declara judicialmente la culpa inexcusable del empleador como consecuencia de una acción en la que el FIVA fue parte (art. 53 VI Loi 2000-1257, párrafo adicional introducido por la Loi 2010-1594).

El complemento por agravación permite la reparación íntegra del daño. El complemento en los supuestos de culpa inexcusable tiene, necesariamente, otro fundamento. Por una parte, puede que constituya un mecanismo para competir con la responsabilidad civil ofreciendo un producto más atractivo a las víctimas con más probabilidades de prevalecer en juicio. Estas víctimas son también aquellas para las que la vía de la responsabilidad civil y la litigación ofrece más atractivos. De este modo, la compensación complementaria prevendría la selección adversa que, en este contexto, consistiría en

<sup>671</sup> Vid. FIVA, *8ème Rapport d'activité...*, cit., p. 36 y 61.

que únicamente las víctimas con peores pretensiones indemnizatorias optaran por la compensación ofrecida por el fondo.

Por otra parte, puede que el fundamento sea de carácter financiero y que se premie a este tipo de víctimas porque, en relación con ellas, el FIVA puede recuperar las cuantías desembolsadas. En cualquier caso, parece que la indemnización complementaria deberá tener en cuenta la diferencia entre la cuantía de la indemnización judicial que obtenga el fondo en subrogación y la cuantía de la prestación reconocida a la víctima<sup>672</sup>.

iv. Ejemplos de indemnizaciones resultantes de la aplicación de los baremos del FIVA y comparación con las indemnizaciones judiciales francesas

El *6ème Rapport (junio 2006-mayo 2007)* incluyó una comparación de la indemnización de los daños no patrimoniales en la jurisprudencia francesa de daños del amianto y la indemnización por esas mismas partidas según el baremo del FIVA<sup>673</sup>. Las principales conclusiones que pueden extraerse de la comparación son las siguientes: (i) las indemnizaciones según el baremo se acercaban a las de la jurisprudencia francesa en relación con los casos de mayor gravedad -al menos, cuando la víctima tenía una edad comprendida entre 55 y 60 años-; (ii) las indemnizaciones según el baremo eran muy inferiores a las de la jurisprudencia en relación con los casos de menor gravedad.

**Tabla 10: Comparativa de la indemnización de los daños no patrimoniales en la jurisprudencia francesa y en el baremo del FIVA**

Fuente: *6ème Rapport ..., cit.*, p. 57

Tasa de incapacidad	Edad Media	Jurisprudencia: indemnización media (€)	Baremo FIVA (€)	Diferencia	
				En €	En %
5 %	58 años	26.384	16.600	- 9.784	-37 %
10%	60 años	29.698	17.200	- 12.498	- 42 %
100% (mesotelioma)	60 años	123.437	114.100	- 9.337	- 8%

En la comparación debe tenerse en cuenta que la percepción de la indemnización del FIVA no requiere incurrir en costes de litigación. Asimismo, el tiempo de espera

<sup>672</sup> Vid. "Puis-je poursuivre seul mon employeur?", *Questions/Réponses, cit.*

<sup>673</sup> Se tomaron las partidas de daños no patrimoniales como término de comparación porque, a diferencia de los daños patrimoniales, el FIVA los calcula como una cantidad a tanto alzado y no de renta. Por otra parte, por lo general, representa la partida más importante en las ofertas indemnizatorias del FIVA. Vid. *6ème Rapport..., Juin 2006/Mai 2007*, p. 56.

es menor que en la litigación. Esto último puede inclinar el fiel de la balanza a favor del fondo, muy especialmente, en los casos de mesotelioma y cuando los solicitantes sean las propias víctimas.

La información sobre la indemnización media en cada una de las vías, el lapso de tiempo hasta su percepción y los costes de tramitación debería actualizarse con cierta frecuencia y destacarse en la página web del FIVA. Tal información orientaría a víctimas y perjudicados en su elección entre fondo o litigación. Además, no debe entenderse que la información perjudicaría al FIVA. Al contrario, serviría para definir, por así decirlo, el producto que ofrece. La víctima o el perjudicado aversos al riesgo sabrían que pueden disponer de una indemnización con mayor probabilidad y rapidez que si recorren la vía de la litigación. Es cierto que también conocerían que la cuantía media de la indemnización es mayor en la litigación, pero es posible que creyeran que las diferencias eran todavía más pronunciadas<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> De algún modo, el fondo debería diseñar una “arquitectura de decisiones” que situara a las víctimas en mejor posición para elegir. En cualquier caso, el fondo no debería decidir por los administrados ni dificultar sobremanera ninguna de las opciones. Sobre el paternalismo libertario (*libertarian paternalism*) y la arquitectura de decisiones (*choice architecture*), vid. THALER y SUNSTEIN, *Nudge*, *op. cit.* Como señalan los autores, el paternalismo libertario no es un oxímoron, se puede ayudar a elegir bien sin privar de la libertad necesaria para hacerlo: “*Choice architects can preserve freedom of choice while also nudging people in directions that will improve their lives*”, vid. *id.*, p. 253.

En este sentido, no le son oponibles –o no en toda su extensión– las críticas a las medidas paternalistas que limitan o eliminan la autonomía privada. Vid. LAPORTA, *El imperio de la ley...*, *op. cit.*, p. 35.

## CONCLUSIONES

### I

La jurisprudencia española por daños del amianto dictada entre enero de 1996 y enero de 2010 incluye no menos de 190 resoluciones de Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales sobre responsabilidad civil o recargo de prestaciones. Un buen número de ellas son favorables a los demandantes con condenas que alcanzan los 427.050,27 €. Si se tienen en cuenta resoluciones recaídas en primera instancia civil o penal, las condenas indemnizatorias han llegado a superar los 3.500.000 € y 10.000.000 €, respectivamente.

En los últimos años, se constata un cambio en la tipología de los casos. Históricamente, se discutía en ellos la responsabilidad empresarial por exposiciones ocupacionales al amianto que resultaban en alguna enfermedad de gravedad, por ejemplo, mesotelioma, asbestosis o cáncer de pulmón. Más recientemente, los casos de exposiciones domésticas y ambientales causantes de placas pleurales o patologías benignas han irrumpido con fuerza.

También han cambiado las estrategias procesales y, junto a las acciones individuales, encontramos un uso creciente de instrumentos de agregación procesal. Asimismo, las Administraciones públicas interpretan un papel cada vez más relevante en la litigación por daños del amianto.

Estas dinámicas son parecidas a las observadas anteriormente en otros países. La experiencia de derecho comparado da razón de los límites de la responsabilidad civil como instrumento de compensación de daños masivos y de las dificultades que encuentra para desempeñar otras funciones que le son propias, singularmente, la prevención de esos daños. Los instrumentos de agregación procesal añaden complicaciones adicionales que también han conocido de cerca esos países. Por una parte, generan incentivos a la transacción de demandas con una probabilidad moderadamente baja de prevalecer en juicio. Por otra, si los incentivos de los demandantes y sus abogados no están alineados, pueden resultar problemas de agencia. La participación de las Administraciones en la litigación por daños masivos tampoco está exenta de inconvenientes con independencia de que éstas ocupen el lugar de la parte demandante o demandada. Es necesario, pues, considerar alternativas.

## II

Este trabajo propone un esquema de compensación similar, con alguna salvedad, al que opera en Francia. En aquel país, las víctimas pueden optar entre ejercitar una acción judicial en reclamación de daños y perjuicios o solicitar una indemnización al FIVA, un fondo de compensación de financiación y administración fundamentalmente públicas y de ámbito estatal.

Más del 85% de las víctimas y perjudicados franceses optaron en 2008 por la vía del fondo en 2008, que gestionó, así, la compensación de un gran número de personas en tiempo y cuantía razonables y sin las incertidumbres propias de la responsabilidad civil.

Algunas víctimas y perjudicados prefirieron, con todo, seguir recorriendo la vía de la litigación. Asimismo, el FIVA tiene reconocida una acción de subrogación que ejercitó con cierta frecuencia. En consecuencia, es muy posible que se mantuvieran parte de los efectos positivos que se asocian a la litigación y a la responsabilidad civil.

En España, debería implementarse también un sistema de opción similar al francés, si bien, por el momento, únicamente en relación con el mesotelioma y la asbestosis. De este modo, se ampliarían las opciones de compensación de las víctimas y perjudicados y, sin prescindir de la responsabilidad civil, el volumen de litigación sería menor. Parecidamente, se generaría una suerte de dinámica competitiva entre los dos instrumentos de compensación. Esto último mejoraría ambos y minimizaría la posible incidencia del fenómeno de selección adversa, consistente en que únicamente víctimas y perjudicados con reducida probabilidad de prevalecer en juicio optaran por el fondo.

Barcelona, enero de 2011

## ANEXO

### Tablas de jurisprudencia citada y consultada

#### A. Resoluciones de tribunales españoles

<b>Tipo de resolución, Tribunal, Sala/Sección y Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STC, Pleno, 29.6.2000	RTC 2000\181	Pablo García Manzano
STS, 2ª, 26.9.1997	RJ 1997\6366	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 16.5.1998	RJ 1998\4878	José Augusto de Vega Ruiz
STS, 2ª, 27.1.2001	RJ 2001\64	Joaquín Martín Canivell
STS, 3ª, 22.11.2004	RJ 2005\20	Ricardo Enríquez Sancho
STS, 1ª, 8.2.2007	RJ 2007\561	Román García Varela
STS, 3ª, 25.4.2007	RJ 2007\3532	Agustín Puente Prieto
STS, 1ª (Pleno), 15.1.2008	La Ley núm. 6895 RJ 2008\1394	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 24.7.2008	La Ley núm. 7052 RJ 2008\4626	Román García Varela
STS, 4ª, 22.9.2008	RJ 2008\7215	José Luis Gilolmo López
STS, 3ª, 4.11.2008	JUR 2008\2800	Eduardo Espín Templado
STS, 1ª, 21.11.2008	RJ 2009\144	José Antonio Seijas Quintana
STS, 3ª, 30.9.2009	RJ 2008\45892	Celsa Pico Lorenzo
STS, 4ª, 11.12.2009	JUR 2010\42652	Jesús Souto Prieto
STS, 4ª, 26.1.2010	JUR 2010\100799	Jesús Gullón Rodríguez
ATS, 4ª, 8.5.2008	JUR 2008\222724	Jesús Souto Prieto
ATS, 4ª, 26.6.2009	JUR 2009\360533	José Manuel López García de la Serrana
SAN, Cont.-Admin., Secc. 4ª, 6.3.2002	JUR 2003\58544	Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández
SAN, Cont.-Admin., 9.7.2008	JUR 2008\243117	José Luis Gil Ibáñez
SAN, Cont.-Admin., 23.9.2009	JUR 2009\436590	Javier Eugenio López Candela

A. Resoluciones de tribunales españoles (2)

<b>Tipo de resolución, Tribunal, Sala/Sección y Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STSJ Galicia, Cont.-Admin, 3.12.2003	JUR 2004\306327	Benigno López González
STSJ Galicia, Social, 19.6.2006	JUR 2007\208500	Antonio J. Outeiriño Fuente
STSJ Valencia, Cont.-Admin., 7.3.2007	JUR 2007\115706	Rafael S. Manzana Laguarda
STSJ País Vasco, Social, 15.1.2008	JUR 2008\175168	Jaime Segales Fidalgo
STSJ Cataluña, Social, 21.5.2009	AS 2009\2180	Francisco Javier Sanz Marcos
STSJ Galicia, Social, 25.5.2009	JUR 2009\280987	Antonio José García Amor
STSJ Madrid, Social, 6.6.2009	JUR 2010\27287	Miguel Ángel Luelmo Millán
STSJ País Vasco, Social, 23.6.2009	AS 2009\1776	Ana Isabel Molina Castiella
STSJ Andalucía-Sev., Social, 16.7.2009	JUR 2009\438857	Begoña Rodríguez Álvarez
STSJ Cataluña, Social, 18.9.2009	JUR 2009\461780	Miquel Àngel Falguera i Baró
STSJ Valencia, Social, 18.9.2009	AS 2009\2619	Gema Palomar Chalver
STSJ Aragón, Social, 5.10.2009	JUR 2009\478249	Carlos Bermúdez Rodríguez
STSJ Cantabria, Social, 8.10.2009	Núm. 780/2009	María Jesús Fernández García
STSJ Madrid, Social, 14.10.2009	JUR 2010\28935	Luis Gascón Vera
STSJ Madrid, Social, 26.10.2009	JUR 2010\94981	Josefina Triguero Agudo
STSJ Madrid, Social, 6.11.2009	JUR 2010\27287	Miguel Ángel Luelmo Millán
STS Murcia, Social, 9.11.2009	JUR 2010\8600	José Luis Alonso Saura
STSJ Galicia, Social, 16.11.2009	AS 2009\2685	Alicia Catalán Pellón
STSJ Galicia, Social, 19.11.2009	JUR 2010\7577	José Manuel Mariño
STSJ Murcia, Social, 23.11.2009	JUR 2010\26282	Joaquín Ángel de Domingo Martínez

A. Resoluciones de tribunales españoles (3)

<b>Tipo de resolución, Tribunal, Sala/Sección y Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STSJ Galicia, Social, 1.12.2009	JUR 2010\35265	Luis Fernando de Castro Mejuto
STSJ Cataluña, Social, 3.12.2009	JUR 2010\86024	Jacobo Quintans García
STSJ Madrid, Social, 10.12.2009	AS 2010\509	Miguel Ángel Luelmo Millán
STSJ Cataluña, Social, 14.12.2009	JUR 2010\85329	Ignacio M <sup>a</sup> Palos Peñarroya
STSJ Castilla y León (Valladolid), Social, 20.1.2010	JUR 2010\82971	José Manuel Riesco Iglesias
SAP Valencia, Secc. 4 <sup>a</sup> , 12.2.1999	AC 1999\377	Manuel Benigno Flórez Menéndez
SAP Barcelona, Secc 11 <sup>a</sup> , 18.9.2002	JUR 2003\7800	José A. Ballesteros Llopis
SAP A Coruña, Secc. 5 <sup>a</sup> , 3.7.2006	JUR 2007\297925	José Manuel Busto Lago
SAP Alicante, Secc. 1 <sup>a</sup> , 28.12.2006	JUR 2007\226749	Vicente Magro Servet
SJP Valencia, Núm. 2, 14.9.2009	Núm. 420/2009	Juan Beneyto Mengo
SJPI Madrid, Núm. 1, 14.10.2009	AC 2010\13	Marta María Gutiérrez del Olmo Menéndez
SJPI Madrid, Núm. 46, 5.7.2010	-	Javier Sánchez Beltrán

B. Jurisprudencia de las jurisdicciones estadounidenses (1)

<b>Asunto</b>
<i>Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 150 P.2d 436 (Cal. 1944)</i>
<i>U.S. v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)</i>
<i>Borel v. Fibreboard Paper Products Corp. et al., 443 F. 2d 1076 (5th Cir. 1973)</i>
<i>Judith Sindell v. Abbot Laboratories, 607 P. 2d 924 (Cal. 1980)</i>
<i>Keene Corp. v. Insurance Company of North America (INA), et al. 667 F. 2d 1034 (D.C. Cir. 1981)</i>
<i>Beshada v. Johns-Manville Corp. et al. 90 NJ 191, 447 A. 2d 539 (NJ 1982)</i>

B. Jurisprudencia de las jurisdicciones estadounidenses (2)

<b>Asunto</b>
<i>Owens-Illinois, Inc. v. United Insurance Co.</i> , 650 A.2d 974 (N.J., 1994)
<i>In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.</i> , 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995)
<i>Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley</i> , 521 U.S. 424 (1997)
<i>Amchem Products, Inc. v. Windsor</i> , 521 U.S. 591 (1997)
<i>Laborers Local 17 Health and Benefit Fund v. Philip Morris, Inc.</i> , 191 F.3d 229 (2d Cir. 1999)
<i>Ortiz v. Fibreboard Corporation</i> , 527 U.S. 815 (1999)
<i>Camden County Board of Chosen Freeholders v. Beretta, U.S.A. Corp.</i> , 273 F.3d 536 (3 <sup>rd</sup> Cir. 2001)
<i>Norfolk &amp; Western Railway Co. v. Ayers</i> , 538 U.S. 135 (2003)
<i>State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.</i> , 538 US 408 (2003)
<i>United States v. Philip Morris USA Inc.</i> , 396 F.3d 1190 (D.C. Cir. 2005)
<i>Philip Morris USA Inc. v. Morris</i> , 549 US 346 (2007)
<i>Francisco Varo Varo and Carmen Herrera Laynez, h/w, et al. v. Owens-Illinois, Inc. (Superior Court of New Jersey, Appellate Division, Docket No. A-3332-06T3 and others, May 27, 2008)</i>
<i>Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al.</i> , 554 US __ (2008)
<i>Travelers Indemnity Co. et al. v. Bailey et al.</i> , __ US __ (June 18, 2009)

C. Jurisprudencia británica

<b>Asunto</b>
<i>Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd. and others</i> [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32
<i>Barker v. Corus (UK) plc., Murray v. British Shipbuilders (Hydrodynamics) Ltd. and others, Patterson v. Smiths Dock Ltd. and others</i> [2006] UKHL 20
<i>Johnston v. NEI International Combustion Limited, Rothwell v. Chemical and Insulating Company Limited and others, Topping v. Benchtown Limited and Grieves v. F.T. Everard &amp; Sons and others</i> [2007] UKHL 39_
<i>Jaffray and others v. Society of Lloyd's</i> [2007] EWCA Civ 586

C. *Jurisprudencia británica (2)*

---

<b>Asunto</b>
<i>Durham v. BAI (Run Off) Ltd. and other cases, [2008] All ER (D) 220 (Nov); [2008] EWHC 2692 (QB)</i>
<i>Durham v. BAI (Run Off) Ltd. (in scheme of arrangement). And other appeals, [2010] EWCA Civ 1096</i>

---

D. *Jurisprudencia de la Sala Social de la Corte de Casación francesa*

---

<b>Referencia y fecha</b>
<i>Arrêt n° 835 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 837 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 838 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 842 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 844 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 845 du 28 février 2002</i>
<i>Arrêt n° 939 du 11 mai 2010</i>

---

E. *Decisiones del Consejo de Estado francés*

---

<b>Referencia y fecha</b>
<i>Décision n° 241150 du 3 mars</i>
<i>Décision n° 241151 du 3 mars</i>
<i>Décision n° 241152 du 3 mars</i>
<i>Décision n° 241153 du 3 mars</i>

---

F. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*

---

<b>Referencia y fecha</b>
<i>BVerfG, Urteil vom 8.7.1976 -1 BvL 19, 20/75, 1 BvR 148/75 (NJW 1976, 1783)</i>

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHAM, Kenneth S. and LOGUE, Kyle D., "The Genie and the Bottle: Collateral Sources Under the 9/11 Victims Compensation Fund", *53 DePaul L. Rev.* 591 (2003).
- , "Four Conceptions of Insurance", *TortsProf Blog*, February 8, 2010 (<http://law-professors.typepad.com/tortsprof/>).
- AGUDO TRIGUEROS, Antonio, *Mesotelioma Pleural y Exposición Ambiental al Amianto*, Institut Català d'Oncologia, Barcelona, 2003.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "La responsabilidad limitada de los socios de las sociedades de capitales por las deudas sociales: el estado de la cuestión", *Working Paper UAM Mercantil* 79, 2007. Disponible en [http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, "Responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente", en REGLE-RO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 3, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 36 y ss.
- ANDÚJAR, Pascal; LECOMTE, Céline; RENIER, Annie; FLEURY-FEYTH, Jocelyne; KHEUANG, Laurence; DAUBRIAC, Julien; JANIN, Anne; JAURAND, Marie-Claude, "Clinico-pathological features and somatic gene alterations in refractory ceramic fibre-induced murine mesothelioma reveal mineral fibre-induced mesothelioma identities", *28 (7) Carcinogenesis* 1599 (2008), DOI: 10.1093/carcin/bgm023.
- ARTIGOT I GOLOBARDES, Mireia y GÓMEZ POMAR, Fernando, "Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature", en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 46-79.
- AZAGRA MALO, ALBERT, *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- , "Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica", *InDret* 3/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- , "Placas pleurales, angustia e incremento de riesgo", *InDret* 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- , "Compensación de las víctimas del amianto en España", *Gerencia de Riesgos*, nº 102, Sept./Diciembre 2008.

--, "Spanish Case Note [to Johnston v. Nei International Combustion Ltd.]", 17 *ERPL* 177 (2009).

--, "Trato hecho", *Abogares*, 18.XII.2009 (www.abogares.com).

--, "Daños del amianto y responsabilidad civil del fabricante", en SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ POMAR, Fernando y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Eds.), *Apéndice del Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

--, "Hacia una litigación sin horizontes: agregación procesal, exposición no ocupacional al amianto y placas pleurales", *InDret* 3/2010 (www.indret.com).

AZCONA LUCIO, Óscar, "Sobre la difícil cuestión de establecer la fecha del siniestro en Responsabilidad Civil", *RRCCS* 11/2004, pp. 54-59.

BAKER, Tom, *Insurance Law and Policy*, 2nd ed., Wolters Kluwer-Aspen, New York, 2008.

BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, "The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma", 1 *Journal of Legal Analysis* 737 (2009).

BASOZABAL ARRUE, Xabier, "El contrato de asunción de deuda", *ADC*, Núm. LIII-1, Enero 2000, pp. 83-160.

BATES, Robert L. y JACKSON, Julia A. (Eds.), *Glossary of Geology*, 2nd ed., American Geological Institute, Falls Church (VA), 1980.

BEHRENS, Mark A., "What's New in Asbestos Litigation?", 28 *Rev. Litig.* 500 (2009).

BEN-SHAHAR, Omri, "Causation and Foreseeability", en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edward Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 83-108.

BERNSTEIN, Anita, "Asbestos Achievements", 37 *Southwestern U. L. Rev.* 709 (2008).

BIRKE, Albrecht, "Asbestos - Der gigantische 'Irrtum'?", *Versicherungswirtschaft* 4/2007, pp. 244-248. Disponible en [http://www.wilhelm-rae.de/uploads/media/Albrecht\\_Birke\\_VW\\_4\\_2007.pdf](http://www.wilhelm-rae.de/uploads/media/Albrecht_Birke_VW_4_2007.pdf).

BREUER, Stefan y ANKE-KATRIN, Louis, "Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz - ContStifG)", *MedR* (2007), 25: 223-228.

BRICKMAN, Lester, "On the Theory Class's Theories of Asbestos Litigation": The Disconnect between Scholarship and Reality", 31 *Pepp. L. Rev.* 33 (2003).

--, "An Analysis of the Financial Impact of S. 852: The Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2005", 27 *Cardozo L. Rev.* 991 (2005).

- BUSTO LAGO, José Manuel, "Pago de *indemnizaciones* por el Estado español a los afectados por el siniestro del *Prestige* y renuncia de acciones (Algunos aciertos del legislador y algunas dudas de constitucionalidad)", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 18, 2004, pp. 6-14.
- CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents*, Yale University Press, New Haven and London, 1970.
- , "Toward a Unified Theory of Torts", *J. of Tort L.*, Vol. 1: Iss. 3, Art. 1 (2007).
- CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *85 Harv. L. Rev.* 1089 (1972) [Se han consultado el original y la traducción al español de DEL OLMO GARCÍA, Pedro, "Propiedad, Responsabilidad e Inalienabilidad. Una perspectiva de la catedral", *ADC*, 1997-I, pp. 187-235].
- CALDERINI, Mario; CANTAMESSA, Marco; PALMIGIANO, Alessandro (coord.), *Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products: Final Report*, Rosselli Foundation, Torino, 2004.
- CALZADA CONDE, M<sup>a</sup> Ángeles, *El Seguro de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th ed., Butterworth and Co., London, 2006.
- CÁRCOBA ALONSO, Ángel C., "Informe sobre el amianto en España", en CÁRCOBA ALONSO, Ángel C. *et al.*, *El amianto en España*, GPS- CCOO Unión Sindical de Madrid, Madrid, 2000, pp. 17-55.
- CARRASCO PERERA, Ángel y GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> del Carmen, "¿Acciones de clase en el proceso civil?", *Actualidad Civil*, 2001-I.
- CARROLL, Stephen J.; HENSLER, Deborah; GROSS, Jennifer; SLOSS, Elizabeth M.; SCHONLAU, Matthias; ABRAHAMSE, Alan; y ASHWOOD, J. Scott, *Asbestos Litigation: Costs and Compensation*, RAND, Santa Monica-Arlington-Pittsburgh, 2005.
- CERDA OLMEDO, Miguel, "Responsabilidad civil por daños futuros", *ADC*, Tomo XXVIII, Fascículo III, 1985, pp. 623-648.
- CHOHARIS, Peter Charles, "A Comprehensive Market Strategy for Tort Reform", *12 Yale J. on Reg.* 435 (1995).
- COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *3 J. L. & Econ.* 1 (1960).
- COLEMAN, Jules L., "Theories of Tort Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/>), 2003 y 2010.

- COOTER, Robert y SUGARMAN, Stephen D., "A regulated Market in Unmatured Tort Claims: Tort Reform by Contract", en OLSON, Walter (ed.), *New Direction in Liability Law*, Academy of Political Science, New York, 1988, pp. 174-185.
- DEAKIN, Simon; JOHNSON, Angus; y MARKESINIS, Basil, *Tort Law*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Deusto-Civitas, Bilbao, 1978.
- , *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3<sup>a</sup> edición, Civitas-Deusto, Madrid, 1993.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés "Comentario al art. 222 LEC", en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 392-421.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos, "La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones por resolver (y I)", *La Ley nº 6848*, 26.12.2007.
- , "La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver (y II)", *La Ley nº 6849*, 27.12.2007.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro y PINTOS AGER, Jesús, "Responsabilidad civil por vertido de hidrocarburos. ¿Quiénes deberían pagar los daños causados por el Prestige?", *InDret 1/2003* (www.indret.com).
- DÉRIOT, Gérard y GODEFROY, M.J. Jean-Pierre (Rapporteurs), *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](http://www.senat.fr/rap/r05-037-1/r05-037-11.pdf).
- DESDENTADO BONETE, Aurelio, "El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood", *La Ley*, núm. 6857, 9 de enero de 2008.
- DEUTSCH, Erwin, "Die Zwecke des Haftungsrechts", *JZ* 1971, pp. 244-248.
- , "Das Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-Infizierte", *NJW* 1996, Heft 12, pp. 756-758.
- y SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, Berlin-New York, 2008.
- DEVRIES, Scout P. y JEHL, Sarah, "Nanotechnology: The Next Battleground for Mass Torts?", *Toxic Law Reporter*, Vol. 24, No. 47, December 3, 2009.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "La responsabilidad civil hoy", *ADC*, Tomo XXXII, Fascículo IV, 1979, pp. 727-738.
- , *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

- , *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- , *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- , *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- DIXON, Lloyd *et al.*, *Asbestos Bankruptcy Trusts. An Overview of Trust Structure and Activity with Detailed Reports on the Largest Trusts*, RAND Institute for Civil Justice, Santa Monica (CA), 2010.
- EGEA, Joan, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ELGUERO MERINO, José M<sup>a</sup>, “Comentario al art. 73 LCS”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: Jurisprudencia comentada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- EPSTEIN, Richard A., “The Legal and Insurance Dynamics of Mass Tort Litigation”, 13 *The Journal of Legal Studies* 475 (1984).
- , *Torts: Cases and Materials*, Ninth Ed., Aspen, New York, 2008.
- , “Multiple Standards of Liability in Tort Law: Of Context and Categories”, en *Torts-Prof Blog* (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspof/>), February 1, 2010.
- ERICHSON, Howard M. y ZIPURSKI, Benjamin C., “Consent versus Closure”. Versión utilizada disponible en <http://papers.ssrn.com>, February 26, 2010.
- ERICHSON, Howard M., “The Vioxx Settlement”, *Mass TortsProf Blog* (<http://lawprofessors.typepad.com>), November 10, 2007.
- FARNSWORTH, Ward, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago University Press, Chicago, 2007.
- FAURE, Michael G. y HARTLIEF, Ton, “Compensation Funds versus Liability Insurance for Remedying Environmental Damage”, 5/4 *RECIEL* 321 (1996).
- FAURE, Michael, “Comparative and Policy Conclusions”, en FAURE, Michael y HARTLIEF, Ton, *Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Comparative Legal Approach*, Springer, Wien-New York, 2006.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, “Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo”, *RdP* 4/2000, pp. 457-465.
- FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual”, *InDret* 4/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- FERRERES COMELLA, Alejandro, “Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* 11/2005, pp. 38-48.

- FIGURE, Karine, "No-Fault Compensation Systems", en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edward Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 406-432.
- FIELD, Richard H.; KAPLAN, Benjamin; y CLERMONT, Kevin M., *Civil Procedure*, 8<sup>th</sup> ed., Foundation Press-Thomson, New York, 2003.
- FLEMING, John G., "Mass Torts", *42 Am. J. Comp. L.* 507 (1994).
- FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE-FIVA, *6<sup>ème</sup> Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Juin 2006- Mai 2007*, Bagnole, 2007. Disponible en [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr).
- , *7<sup>ème</sup> Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Année 2007*, Bagnole, 2008. Disponible en [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr).
- , *8<sup>ème</sup> Rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement, Année 2008*, Bagnole, 2009. Disponible en [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr).
- , *Présentation du barème d'indemnisation*. Disponible en [www.fiva.fr](http://www.fiva.fr).
- FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E. ; HERSHKOFF, Helen, *Civil Procedure : Cases and Materials*, 2008 Revised Ninth Edition, Thomson-West/American Casebook Series, St. Paul (MN), 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo. II.*, Undécima Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- GARCÍA RUBIO, M.P.; LETE, J.; GÓMEZ ABELLEIRA, F.; y REGUEIRO FERREIRO, C., "The Impact of Social Security on Tort Law in Spain", en MAGNUS, Ulrich (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Springer, Wien-New York, 2003, pp. 165-175.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz, "Los daños causados por el *Prestige*. Un largo y tortuoso camino en el logro de su reparación", *RPDD*, núm. 50, 2005, pp. 5-27.
- GARRIDO GARCÍA, José María, "Comentario al art. 91 LC", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, José María (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1635-1657.
- GEISTFELD, Mark A., "Products Liability", en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. 1: Tort Law and Economics, Edward Elgar, Cheltenham (UK) - Northampton (MA), 2009. Versión utilizada disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- , "Tax Breaks for Bad Behavior", *TortsProf Blog*, May 3, 2010 (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspref/>).
- GENERALITAT DE CATALUNYA, *Llibre Verd de l'Administració de Justícia*, 2<sup>a</sup> ed., Consell de Justícia de Catalunya - Departament de Justícia, Barcelona, 2005. Disponible en [www.gencat.net/justicia](http://www.gencat.net/justicia).

GILLES, Stephen G., "United States v. Carroll Towing Co.: The Hand Formula's Home Port", en RABIN, Robert L. y SUGARMAN, Stephen D., *Torts Stories*, Foundation Press, New York, pp. 11-39.

GILI SALDAÑA, Marian, "Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob", *InDret 1/2006* (www.indret.com).

--, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2008.

GILO, David y GUTTEL, Ehud, "Negligence and Insufficient Activity: The Missing Paradigm in Torts", *108 Mich L. Rev 277 (2009)*. Para este trabajo se ha consultado una versión anterior presentada por los autores en The University of Chicago Law School en otoño de 2008.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Solidaridad y prevención: una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño", *InDret 3/2006* (www.indret.com).

--, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la Responsabilidad Colectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

--, "Responsabilidad por accidente de trabajo, infracción de normas laborales y jurisdicción competente", *InDret 4/2008* (www.indret.com).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; y LUNA YERGA, Álvaro, "Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración Pública y a su compañía aseguradora", *InDret 1/2004* (www.indret.com).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto, "Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*", *InDret 1/2009* (www.indret.com).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio; y LUQUE PARRA, Manuel, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", *InDret 2/2000* (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR, Fernando, "Daño moral", *InDret 1/2000* (www.indret.com).

--, "Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: 'Collateral Source Rule' y afines", *InDret 1/2000* (www.indret.com).

--, "Carga de la prueba y responsabilidad civil", *InDret 1/2001* (www.indret.com).

--, AZAGRA MALO, Albert y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto, "Límites de responsabilidad y modificación de cuantías", en SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando (ed.), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 719-754.

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

- GRODSKY, Jamie A., "Genomics and Toxic Torts: Dismantling the Risk-Injury Divide", *59 Stand. L. Rev.* 1671 (2007).
- GRUPO DE ESTUDIO DEL MESOTELIOMA EN BARCELONA (GEMEB), "Mortalidad por mesotelioma pleural en la provincia de Barcelona", *101 Med Clin (Barc)* 565 (1993).
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, "Terciando en la inconstitucionalidad del sistema de valoración de los daños personales", *AJA*, núm. 306 - Año VII, 28 de agosto 1997.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, Pablo, "Comentario al art. 11 LEC", en CORDÓN MORENO, Faustino; MUERZA ESPARZA, Julio J.; ARMENTA DEU, Teresa; y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 132-169.
- GUTTMACHER, Alan E. y COLLINS, Francis S., "Genomic Medicine- A Primer", *347 New Eng. J. Med.* 1512 (2002) [Citado en GRODSKY, "Genomics...", *op. cit.*, p. 1673].
- HADFIELD, Gillian K., "Framing the Choice between Cash and the Courthouse: Experiences with the 9/11 Victim Compensation Fund", *USC Center in Law, Economics and Organization*, Research Paper No. C08-8, 2008. Versión utilizada disponible en <http://works.bepress.com/ghadfield/28/>.
- HANLON, Patrick M. y SMETAK, Anne, "Asbestos Changes", *62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 525 (2007) [Citado en BEHRENS, "What's New...", *op. cit.*, p. 594].
- HARDIN, Garrett, "The Tragedy of the Commons", *162 Science* 1243 (1968).
- HARRIS, James C., "Why the September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund Proves the Case for a New Zealand-Style Comprehensive Social Insurance Plan in the United States", *100 Nw. U. L. Rev.* 1367 (2006).
- HARTLEY, Kirk T., "NonMalignant Claims Going Back Up If You Judge by the Manville Asbestos Trust Report for Q 1 2009", *Global Tort*, June 17, 2009 ([www.globaltort.com](http://www.globaltort.com)).
- HENDERSON, James A., "Compensation for Incapacity: The New Zealand Accident Compensation Reform (Book Review: Geofrey PALMER, *Compensation for Incapacity*, Oxford University Press, Wellington, New Zealand, 1979, Pp. 460, \$ 49.50)", *48 U. Chi. L. Rev.* 781 (1981).
- , "Why Negligence Dominates Tort", *50 UCLA L. Rev.* 377. 50 (2002). Extractado en HENDERSON, James A. y TWERSKI, Aaron D., *Products Liability. Problems and Process*, 6th ed., Aspen, New York, 2008, pp. 30 y ss. y 173 y ss.
- , "The Lawlessness of Aggregative Torts", *34 Hofstra L. Rev.* 329 (2005).
- , "Asbestos Litigation Madness: Have the States Turned a Corner", *20-23 Mealey's Litig. Rep. Asb.* 19 (2006).

- HENDERSON, James A.; PEARSON, Richard N.; KYSAR, Douglas A.; SILICIANO, John A., *The Torts Process*, 7<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer-Aspen, New York, 2007.
- HENDERSON, James A. y TWERSKI, Aaron D., "Asbestos Litigation Gone Mad: Recovery for Increased Risk, Mental Anguish, and Medical Monitoring", 53 *S. Car. L. Rev.* 815 (2002).
- , Extractado en Henderson, James A. y Twerski, Aaron P., *Products Liability. Problems and Process*, 6<sup>th</sup> ed., Aspen, New York, 2008. pp 30 y ss y 173 y ss.
- HENSLER, Deborah R., "As times goes by: Asbestos Litigation After Amchem and Ortiz", 80 *Tex. L. R.* 1899 (2003).
- , "A brief history of asbestos litigation in the United States", en LAHNSTEIN, Christian (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 26-32.
- HOLMES, Oliver W., "The Path of the Law", 8 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).
- IHERING, Rudolf von, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gießen, 1867 [citado en SCHÄFER, Dieter, *Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972].
- JERRY, Robert H., *Understanding Insurance Law*, 3rd edition, LexisNexis-Matthew Bender, Newark (NJ)/San Francisco (CA)/Charlottesville (VA), 2002.
- JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, "La ejecución de la sentencia de la colza I", *InDret* 1/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- , "La ejecución de la sentencia de la colza II", *InDret* 3/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Harvard UP, Cambridge (MA) y London (England), 2002.
- , "Accuracy in the Assessment of Damages", 39 *J. L. & Econ.* 191 (1996).
- KALTENBORN, Markus, "Die Sozialgesetzgebung des Reichskanzlers Fürst Otto von Bismarck", *JZ* 1998, Vol. 15/16, pp. 770 y ss.
- KORNHAUSER, Lewis A. y REVESZ, Richard L., "Joint and Several Liability", en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 109-133
- KÖTZ, Hein, "Ziele des Haftungsrechts", en BAUR, J.F. *et alii* (Herausg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März*, Walter de Gruyter, Berlin, 1990.
- KOZIOL, Helmut, "Comment to Art. 2:101", *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005

- KRUGMAN, Paul and WELLS, Robin, *Microeconomics*, 2nd ed., Worth Publishers, New York (NY), 2008 -2009 printing-.
- KRUSE, Constantin y GEIGER, Stefan, "House of Lords 3 May 2006, Barker v. Corus: Neue Impulse für das Europäische Deliktsrecht vom House of Lords", *2/2008 ERPL* 379 (2008).
- LAHERA FORTEZA, Jesús, "Compatibilidad limitada entre indemnizaciones civiles y prestaciones sociales en los accidentes de trabajo: ¿socialización del riesgo o seguro de responsabilidad empresarial?", *La Ley*, núm. 7301, Sección Tribuna, 11 de diciembre 2009.
- LAHNSTEIN, Christian (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009.
- LANDES, William y POSNER, Richard A., "Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries", *13 J. Leg. Stud.* 417 (1984).
- , *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert (dir.), "Comentari Art. 121-24 CCCat", en VAQUER ALOY, Antoni y LAMARCA I MARQUÉS, Albert (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005.
- LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- LEMPERT, Richard, "Low Probability/High Consequences Events: Dilemmas of Damages Compensation", *U. Mich. Legal Working Papers – The John M. Olin Center for L. & Econ. Working Papers*, w.p. 97, 2 (2009).
- LIN, Albert C., "Beyond Tort: Compensating Victims of Environmental Toxic Injury", *78 S. Cal. L. Rev.* 1439 (2005).
- LINDEN, Allan M., "Tort Law as Ombudsman", *51 Can. Bar. Rev.* 155 (1973).
- LLAMAS POMBO, Eugenio, "Acciones Colectivas contra Daños", *RPDD*, núm. 60, 2008, págs. 5-36.
- LÓPEZ-ABENTE G.; HERNÁNDEZ-BARRERA, V.; POLLÁN, M.; ARAGONÉS, N.; PÉREZ-GÓMEZ, B., "Municipal pleural cancer mortality in Spain", *62 Occup Environ Med* 195 (2005).
- ; POLLÁN, Marina; ARAGONÉS, Nuria; PÉREZ GÓMEZ, Beatriz; GÓMEZ-BARROSO, Diana; CARRASCO, José Miguel; LOPE-CARVAJAL, Virginia; GARCÍA-PÉREZ, Javier; BOLDO, Elena; GARCÍA-MENDIZÁBAL, María José, *Atlas municipal de mortalidad por cáncer en España*, Instituto de Salud Carlos III, Madrid, 2006.

- LÓPEZ GANDÍA, Juan, "Comentario al art. 127 TRLGSS", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (ed.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María, "Las acciones colectivas como medio de protección de los derecho e intereses de los consumidores", *La Ley*, nº 6852, 2.1.2008.
- LOVELLS, *Asbestos Litigation in France*, Lovells France, September 2009, p. 1. Disponible en <http://www.lovells.com/Lovells/Publications.htm>.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, "La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE", *Medio Ambiente & Derecho*, nº 12-13, Diciembre 2005. Disponible en [www.cica.es/aliens/gimadus/](http://www.cica.es/aliens/gimadus/).
- (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- LUNA YERGA, Álvaro; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida", *InDret 3/2006* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- MAGNOLIS, Howard, *Dealing with risk*, Chicago University Press, Chicago, 1997 [citado en SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002].
- MAGNUS, Ulrich, "Comment to Art. 10:101", *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 150-153.
- MALANI, Anup y MULLIN, Charles, "Assessing the Merits of Reallocation under Joint and Several Liability: Evidence from Asbestos Litigation", *J. L. & Econ.*, en prensa. Borrador de 28.11.2005 disponible en la siguiente dirección de Internet [www.law.uchicago.edu/files/malani/reallocation.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/malani/reallocation.pdf).
- MARCO MOLINA, Juana, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor Manuel, *Seguro obligatorio*, en SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando (Eds.), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante en derecho español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 895-928.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Las acciones de clase en el derecho español", *InDret 3/2001* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- MARTIN, Christiane *et alii* (Red.), *Lexikon der Geowissenschaften*, Erster Band (A bis EDI), Spektrum Akademischer Verlag, Heidelberg-Berlin, 2000.

- MARTÍN CASALS, Miquel, “Una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Baremo”, *La Ley*, Año 2000, Ref. D-192, Tomo 6.
- , “Introduction to the Annotations to Johnston v. Nei International Combustion Ltd.”, *17 ERPL 177* (2009).
- MARTÍN CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi; y SOLÉ, Josep, “Spain: Non-Pecuniary Loss Under Spanish Law”, en ROGERS, W.V.H. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien-New York, 2001, pp. 192-243.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi, “Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain”, en MARTÍN CASALS, Miquel (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 227-263.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español”, *La Ley*, núm. 6999, 29.7.2008, pp. 7 y 8.
- MAYDELL, Bernd v., “Empfeht es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen”, *NJW 1992*, Heft 35, pp. 2195-2200.
- MAPFRE INDUSTRIAL-DEPARTAMENTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, “Manual del Seguro de Responsabilidad Civil”, Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 2004.
- McCULLOCH, Jock, “Beating the Odds: The Quest for Justice by South African Asbestos Mining Communities”, *103 ROAPE 63* (2005).
- McGOVERN, Francis E., “The Tragedy of the Asbestos Commons”, *88 Va. L. Rev. 1721* (2002).
- , “The Evolution of Asbestos Bankruptcy Trust Distribution Plans”, *62 NYU Ann. Surv. Am. L. 163* (2006).
- MENELL, Peter S. y STEWART, Richard B., *Environmental Law and Policy*, Little Brown and Co., Boston-New York-Toronto-London, 1994.
- MICELI, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford (California), 2<sup>nd</sup> ed., 2009.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, “Indemnización a las víctimas del terrorismo”, *InDret 1/2000* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- MOLOT, Jonathan T., “A Market in Litigation Risk”, *76 U. Chi. L. Rev. 369* (2009).
- MORGAN, Johnathan, “Technological Change in England and Wales”, en MARTÍN CASALS, Miquel (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 40-88.

- MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio de SIDA”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, pp. 277-308
- MULLENIX, Linda S. & STEWART, Kristen B., “The September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund: Fund Approaches to Resolving Mass Tort Litigation”, *9 Conn. Ins. L.J.* 121 (2002).
- NAGAREDA, Richard , “Aggregation and its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA”, *106 Columbia L. Rev.* 1872 (2006).
- , *Mass torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago and London, 2007.
- , “Developments in the Resolution of Mass Torts: The New Face of Client Consent”, *TortsProf Blog*, March 22, 2010 (<http://lawprofessors.typepad.com/tortspref/>).
- NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH-NIOSH, *Worker Health Chartbook 2004*, NIOSH Publication No. 2004-146. Disponible en [www.cdc.gov/niosh/docs/chartbook/](http://www.cdc.gov/niosh/docs/chartbook/).
- NISHIMURA, Kenichiro “Japan: EL in the Japanese welfare state”, en LAHNSTEIN Christian (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 90-94
- NOTTAGE, Luke, “The ABCs of Product Safety Re-regulation in Japan: Asbestos, Buildings, Consumer Electrical Goods, and Schindler’s Lifts”, *15 Griffith L Rev* 242 (2006). Disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- O’CONNELL, Jeffrey y ROBINETTE, Christopher J., *A Recipe for Balanced Tort Reform: Early Offers with Swift Settlements*, Carolina Academic Press, Durham (NC), 2008.
- OLMER-BRIN, Nathalie y BOREL, Jean-Victor, “Les voies d’indemnisation ouvertes aux victimes de l’amiante”, *Gazette du Palais*, 14 janvier 2003.
- OLIPHANT, Ken, “Landmarks of No-Fault in the Common Law”, en VAN BOOM, Willem H. y FAURE, Michael (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2006.
- PALMER, Geoffrey, “New Zealand’s Accident Compensation Scheme: Twenty Years On”, *44 U Toronto L.J.* 223 (1994).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*, Tesis doctoral inédita realizada bajo la dirección de Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil, 1981.
- , “Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1985”, *CCJC*, nº 8, 1986, pp. 2609-2624.

--, "Comentario al art. 1902 CC", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; BERCOVITZ CANO, Rodrigo; y, SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.

--, "Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", *AJA*, núm. 245 - Año VI, 9 de mayo de 1996.

--, "De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", *La Ley*, núm. 4241, Año 1997, pp. 2080-2084.

--, "De la clasificación de los créditos", en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel Mª (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 501-540.

--, "Prólogo", en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (2007), *Los riesgos laborales: doctrina y jurisprudencia civil*, Thomson-Civitas y Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., Madrid, 2007.

PASQUALE, Kenneth y G. KRIEGER, Arlene, "Combustion Engineering and the Interpretation of Section 524 (g)", *Norton Ann. Survey of Bank. L.*, 2007 [extractado en HENDERSON y TWERSKI, *Products Liability ...*, *op. cit.*, pp. 718-721].

PASTOR PRIETO, Santos y VARGAS PÉREZ, Carmen, "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis", en PASTOR PRIETO, Santos y MORENO CATENA, Víctor (dir.), *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2001/CGPJ, Madrid, 2002.

PAVELEK ZAMORA, Eduardo, "El seguro de responsabilidad civil de productos (I)", *RES*, núm. 102, 2000, págs. 281-331.

--, "El seguro de responsabilidad civil de productos (II)", *RES*, núm. 103, 2000, pp. 495-529.

--, "La contaminación de suelos y su aseguramiento", *GR*, núm. 81, 2003, pp. 47-55.

--, "Capítulo IX. Garantías financieras (Arts. 24 a 34)", en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

PERDIGÓ SOLÀ, Manuel y CASANOVAS I BOIXEREU, Xavier (dir.), *Prospección sobre la presencia de amianto o de materiales que lo contengan en edificios*, Fundación para la prevención de riesgos laborales, Barcelona, 2001.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO, "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro", *La Ley*, núm. 6895, 3 de marzo de 2008, pp. 1-3.

- PICCA, Georges y SAURET, Alain, “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, “Nota sobre la conveniencia y constitucionalidad del sistema de valoración judicial de daños personales”, *La Ley*, Año 1998, Tomo 1, Ref. D-15.
- , *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas-IUDEC, Madrid, 2000.
- , “STC 29.6.2000 sobre el baremo”, *InDret 3/2000* (www.indret.com).
- PITARQUE, Silvia; CLERIES, Ramón; MARTÍNEZ, J. Miguel; LÓPEZ-ABENTE, Gonzalo; KOGENIVAS, Manolis; and BENAVIDES, Fernando G., “Mesothelioma mortality in men: trends during 1977-2001 and projections for 2002-2016”, *Occup. Environ. Med.* (2007) (prepublicado online el 21 Sep. 2007: DOI-Digital Object Identifier: 10.1136/oem.2007.034769).
- PORAT, Ariel, “Offsetting Risks”, *106 Michigan L. Rev.* 243 (2007).
- PORAT, Ariel y STEIN, Alex, “Liability for Future Harm”, en GOLDBERG, Richard S., *Perspectives on Causation*, Hart Publishing, Oxford (UK), 2010 [versión utilizada de 18.VIII.2009 disponible en <http://papers.ssrn.com>].
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro, *El Reaseguro: nuevos pactos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- POSNER, Richard A., “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, *10 The Journal of Legal Studies* 187 (1981).
- , *Economic Analysis of Law*, 7<sup>th</sup> ed., Aspen-Wolters Kluwer, New York, 2007.
- PRIEST, George L., “The Cumulative Sources of the Asbestos Litigation Phenomenon”, *31 Pepp. L. Rev.* 261 (2003).
- PUYOL MONTERO, Francisco Javier, “Noticia de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *La Ley*, Año 1996, Tomo 3, D-188.
- RABIN, Robert L., “Some thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme”, *52 Md. L. Rev.* 951 (1993).
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- , “Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño”, *InDret 2/2005* (www.indret.com), pp. 7 a 9.

- REDJA, George E., *Principles of Risk Management and Insurance*, 10<sup>th</sup> edition, Pearson-Addison Wesley, Boston, 2008.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El seguro de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4<sup>a</sup> ed., Vol. 1, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1349-1547.
- RITTER, Eckhart, *Die Bewältigung der Problematik von Asbestschäden aus den USA im deutschen internationalen Rückversicherungsrecht: Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, Bonn, 1994.
- ROBINSON, Toby, “Barker v. Corus: The UK Asbestos Story Continues”, *Mealey’s Litig. Rep. Reinsurance*, July, 5 2006.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Notas sobre el sistema de indemnizaciones y ayudas públicas a las víctimas de delitos”, *Boletín Aranzadi Penal*, Julio 2001.
- ROCA TRIAS, Encarna, “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *InDret 4/2009* (www.indret.com).
- ROENNEBERG, Nicholas, “Introduction”, en LAHNSTEIN, Christian (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 2 y 3.
- ROGERS, W.V. Horton, “Non-Pecuniary Loss Under English Law”, en ROGERS, W.V.H. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien-New York, 2001, pp. 54-86.
- , “Comparative Report”, en ROGERS, W.V. Horton (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien-New York, 2001, pp. 245-296.
- , “Comment to Art. 10:301”, *Principles of European Tort Law: Text and Comments*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 171-178.
- ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, “Los efectos del concurso de acreedores” en MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 981-1003.
- ROSENBERG, David, “Damage Scheduling in Mass Exposure Cases”, *1 Courts, Health Science and the Law* 335 (1991).
- RUBÍ I PUIG, Antoni y PIÑEIRO SALGUERO, José, “El blindaje del Gobierno en la crisis del Prestige”, *InDret 3/2003* (www.indret.com).
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños a las personas”, *La Ley*, 12 de febrero de 1997, pp. 1-4.

RUDA GONZÁLEZ, Albert, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *InDret* 3/2003 (www.indret.com).

--, “Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others, Fox v. Spousal (Midlands) Ltd, Matthews v. Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Ltd and others [2002] UKHL 22.’ Spanish Case Note”, *ERPL* 2/2004, pp. 245 y ss.

--, *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Aranzadi, 2008.

RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, “Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos”, *InDret* 2/2007 (www.indret.com).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “Comentario al art. 1 LCS”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 29-49.

--, “Comentario al art. 73 LCS”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 1289-1342.

SALMON, Ivonne, “Technological Change in France”, en MARTÍN CASALS, Miquel (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 89-133.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive Damages”, *InDret* 1/2000 (www.indret.com).

--, “Recensión a Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1990, 367 págs.”, *InDret* 1/2000 (www.indret.com).

--, “Punitive Damages and Continental Law”, *ZEUP* 3/2001, pp. 604-616.

--, “ABC de la transacción”, *InDret* 4/2002 (www.indret.com).

--, “Las leyes cuentan los jueces también”(Editorial), *InDret* 3/2008 (www.indret.com).

SALVADOR CODERCH, Pablo y AZAGRA MALO, Albert, “Juan Ramón Romo v. Ford Motor Co.: indemnización sancionatoria a la baja”, *InDret* 1/2004.

SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, Mª Teresa, *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Barcelona, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “España c. Boliden”, *InDret* 3/2005 (www.indret.com).

--, “Causalidad y Responsabilidad”, 3ª ed., *InDret* 1/2006 (www.indret.com).

SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes sociales”, *InDret* 1/2005 (www.indret.com).

- SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ POMAR, Fernando y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (ed.), *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; LUNA YERGA, Álvaro; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M.; GILI SALDAÑA, Marian; y, FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “El derecho español de daños en 2005: Características diferenciales”, *Global Jurist Topics*, Vol. 6 – Issue 1/2006 – Article 1 ([www.bepress.com](http://www.bepress.com)).
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto”, *InDret 4/2006* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, “Capítulo VIII. Causas de exoneración - Riesgos de desarrollo”, en SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando (ed.), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 585-656.
- , “Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de buena ciencia”, *ADC*, Vol. 61, 2008, pp. 5-56.
- , “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”, *InDret 1/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio; PIÑEIRO SALGUERO, José; y RUBÍ PUIG, Antoni “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y “Mar Egeo”, *InDret 1/2003* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general*, Vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009.
- SCHÄFER, Dieter, *Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.
- SCHAUER, Frederick and ZECKHAUSER, Richard J., “The Trouble With Cases”, *University of Virginia School of Law - John M. Olin Law and Economics Research Paper Series No. 2009-09*. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1459580](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1459580).
- SCHERPE, Jens M., “Technological Change in Germany”, en MARTÍN CASALS, Miquel (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge UP, Cambridge, 2010, pp. 134-184
- SCHUCK, Peter, “Tort Reform, Kiwi-Style”, *Yale L. & Pol’y Rev*, Vol. 27, No. 1 (2008).

- SEBOK, Anthony J., "What Do We Talk About When We Talk About Mass Torts?. Book Review: *Mass Torts in a World of Settlement*. By Richard A. Nagareda, Chicago and London: University of Chicago Press, 2007, pp. xx, 324. \$ 49", *106 Mich. L. Rev.* 1213 (2008).
- SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, "Ayudas a los contagiados por el VHC en el sistema sanitario público", *InDret 3/2000* (www.indret.com).
- , "Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veedfald y Århus Amtskommune): De nuevo sobre la Directiva 85/374/CEE", *InDret 3/2001* (www.indret.com).
- , *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Civitas, Madrid, 2002.
- , "La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados con el VHC", *InDret 3/2002* (www.indret.com).
- SHAVELL, Steven, "The Judgment Proof Problem", *6 Int'l Rev. L. & Econ* 45 (1986).
- , *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA) – London (UK), 2004.
- SHELLEY, William P.; COHN, Jacob C.; and ARNOLD, Joseph A., "The Need for Transparency Between the Tort System and Section 524 (g) Asbestos Trusts", *17 Norton Ann. Surv. of Bank. L.* 258 (2008).
- SHUKAITIS, Marc, "A Market in Personal Injury Tort Claims", *16 J. Leg. Studies* 329 (1987).
- SLOAN, Frank A. and CHEPKE, Lindsey M., *Medical Malpractice*, The MIT Press, Cambridge (Massachusetts) - London (England), 2008.
- SMITH, Marianna S., "Resolving Asbestos Claims: The Manville Personal Injury Settlement Trust", *53/4 Law and Contemporary Problems* 27 (1990).
- SOLUM, Lawrence, "Justice", *Legal Theory Lexicon*, núm. 18, 11 de enero de 2004. Disponible en <http://legaltheorylexicon.blogspot.com>.
- SOTO NIETO, Francisco, "Ayudas a las víctimas de los delitos violentos. Su relación con el proceso penal", *La Ley*, Año 1998, Ref. D-86, Tomo 2.
- STAPLETON, Jane, *Disease and the Compensation Debate*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- , "The Two Explosive Proof-of-Causation Doctrines Central to Asbestos Claims", *74 Brook. L. Rev.* 1011 (2009).
- , "Factual Causation and Asbestos Cancer", *126 L.Q.R.* 351 (2010).
- STEELE, Jenny, "Pleural Plaques in the House of Lords: The Implication for *Page v. Smith*", *67 C.L.J.* 28 (2008).

- STIGLITZ, Joseph E.; ORSZAG, Jonathan M.; ORSZAG, Peter R., *The Impact of Asbestos Liabilities on Workers in Bankrupt Firms*, Sebago Associates, December 2002. Disponible en [www.freedomworks.org](http://www.freedomworks.org).
- STREBELLE, Ghislaine, “Arrêt n° 838 de la Cour de Cassation, Chambre Sociale du 28 février 2002”, *La Semaine Juridique- Edition entreprise et affaires*, n° 15 avril 2002, pp. 672-677.
- STUDDERT, David M.; FRITZ, Lori A.; y BRENNAN, Troyen A., “The Jury Is Still in: Florida’s Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan After a Decade”, *25 J. Health Polit Policy Law* 499 (2000).
- SUGARMAN, Stephen, “Doing Away with Tort Law”, *73 Cal. L. Rev.* 555 (1985).
- SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002.
- SYNDER, John H. y SMITH, W. Dolson, “The Industry’s Black Hole (Environmental/Asbestos)”, *AM Best’s Review*, May 1994, pp. 7-27.
- TAPIA HERMIDA, Alberto J., *Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Nudge*, Yale UP, New Haven (CT), 2008 [Versión utilizada: *Nudge*, New International Edition, Penguin Books, 2009].
- THE JOINT LEGISLATIVE AUDIT AND REVIEW COMMISSION (JLARC), *Review of the Virginia Birth-Related Injury Compensation Program*, JLRAC, Richmond, Virginia, 2003. Disponible en <http://jlarc.state.va.us>.
- TOSSAVAINEN, Antii, “National Mesothelioma Incidence and the Past Use of Asbestos”, *59 (2) Monaldi Arch Chest Dis.* 146 (2003).
- TREBILCOCK, Michael J., “Incentive Issues in the Design of ‘No-fault’ Compensation Systems”, *39 U. Toronto LJ* 19 (1989).
- ULEN, Thomas S., “The View from Abroad: Tort Law and Liability Insurance in the United States”, en WAGNER, Gerhard (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 207-238.
- UPEGUI, Héctor, “Physicians and asbestos-related diseases in developing countries”, en LAHNSTEIN, Christian (coord.), *Asbestos: Anatomy of a Mass Tort*, Münchener Rück, München, 2009, pp. 18-22.
- VAN BOOM, Willem A. y PINNA, Andrea, “Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation for Birth Defects”, en VAN BOOM, Willem H. y FAURE, Michael (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2007.

- VAQUER ALOY, Antoni y LAMARCA I MARQUÉS, Albert (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005.
- VARIAN, Hal, *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, 5<sup>th</sup> edition, 1999 [Versión utilizada: *Microeconomía Intermedia: Un enfoque actual*, 5<sup>a</sup> ed., Antoni Bosch ed., Barcelona, 2005; Trad. a cargo de M<sup>a</sup> Esther Rabasco y Luis Toharia].
- VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, Vol. 1*, 4<sup>a</sup> ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 303-443.
- VIRTA, Robert L., “Asbestos: Geology, Mineralogy, Mining and Uses”, U.S. Department of the Interior -U.S. Geological Survey, Open-File Report 02-149, 2002. Disponible en <http://pubs.usgs.gov>.
- , *Worldwide Asbestos Supply and Consumption Trends From 1900 through 2003*, US Geological Survey, Reston (Va), 2006. Disponible en <http://pubs.usgs.gov>.
- WAGNER, Gerhard, “Tort Liability and Insurance: Comparative Report and Final Conclusions”, en WAGNER, Gerhard (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer, Wien-New York, 2005, pp. 301-352.
- , “Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht –Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag“, en STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (Hrsg.), *Verhandlungen des Sechshundsechzigsten Deutschen Juristentages*, C.H. Beck, München, 2006.
- , “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe”, *AcP 206* (2006), 353-476.
- , “Asbestschaden –Bismarck was right-. Entscheidung des englischen House of Lords vom 3. Mai 2006“, *ZEuP 4/2007*, pp. 1122-1136.
- , “(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems”, en VAN BOOM, Willem H. y FAURE, Michael (Eds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Springer, Wien-New York, 2007.
- , “Tort Law and Liability Insurance”, en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. 1, Edwar Elgar, Cheltenham (UK) y Northampton (MA), 2009, pp. 377-405.
- WEIR, Tony, “Making It More Likely v. Making It Happen”, *61 CLJ 519* (2002).
- WHITE, Michelle, “Asbestos and the Future of Mass Torts”, *NBER Working Papers Series*, February 2004-w.p. 10308 ([www.nber.org](http://www.nber.org)).
- WILLIAMS, JR., C. Arthur; SMITH, Michael L.; YOUNG, Peter C., *Risk management and insurance*, 8<sup>th</sup> ed., Irwin McGraw-Hill, Boston, 1998.

YEAZELL, Stephen C., *Civil Procedure*, 7<sup>th</sup> ed., Aspen, New York, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal", *Anuario de Derecho Concursal* 5/2005, pp. 101-145.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. neubearbeitete Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

## COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”

Instituto de Ciencias del Seguro

**Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones puede encontrarnos en:**

FUNDACIÓN MAPFRE

Publicaciones

Paseo de Recoletos 23 – 28004 Madrid – (España)

Tel.: + 34 915 818 768 Fax: +34 915 818 409

[www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro)

164. Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación. 2011
163. El riesgo de tipo de interés: experiencia española y Solvencia II. 2011
162. I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. 2011
161. La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de la longevidad. Reflexiones bioéticas. 2011
160. Actividad aseguradora y defensa de la competencia. La exención antitrust del sector asegurador. 2011
159. Estudio empírico sobre la tributación de los seguros de vida. 2010
158. Métodos estocásticos de estimación de las provisiones técnicas en el marco de Solvencia II. 2010
157. Introducción al Reaseguro. 2010
156. Encuentro Internacional sobre la Historia del Seguro. 2010
155. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. 2010
154. El Seguro de Crédito en Chile. 2010
153. El análisis financiero dinámico como herramienta para el desarrollo de modelos internos en el marco de Solvencia II. 2010

152. Características sociodemográficas de las personas con doble cobertura sanitaria. Un estudio empírico. 2010
151. Solidaridad impropia y seguro de Responsabilidad Civil. 2010
150. La prevención del blanqueo de capitales en las entidades aseguradoras, las gestoras y los corredores de seguros 2010
149. Fondos de aseguramiento agropecuario y rural: la experiencia mexicana en el mutualismo agropecuario y sus organizaciones superiores. 2010
148. Avaliação das Provisões de Sinistro sob o Enfoque das Novas Regras de Solvência do Brasil. 2010
147. El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud: análisis actuarial de su impacto y alcance. 2010
146. Investigaciones históricas sobre el Seguro español. 2010
145. Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal. 2009
144. Contabilidad y Análisis de Cuentas Anuales de Entidades Aseguradoras (Plan contable 24 de julio de 2008). 2009
143. Mudanças Climáticas e Análise de Risco da Indústria de Petróleo no Litoral Brasileiro. 2009
142. Bases técnicas dinámicas del Seguro de Dependencia en España. Una aproximación en campo discreto. 2009
141. Transferencia Alternativa de Riesgos en el Seguro de Vida: Titulización de Riesgos Aseguradores. 2009
140. Riesgo de negocio ante asegurados con múltiples contratos. 2009
139. Optimización económica del Reaseguro cedido: modelos de decisión. 2009
138. Inversiones en el Seguro de Vida en la actualidad y perspectivas de futuro. 2009
137. El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso. 2009
136. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. RIESGO 2009.
135. Análisis e interpretación de la gestión del fondo de maniobra en entidades aseguradoras de incendio y lucro cesante en grandes riesgos industriales. 2009
134. Gestión integral de Riesgos Corporativos como fuente de ventaja competitiva: cultura positiva del riesgo y reorganización estructural. 2009

133. La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. 2009
132. Aproximación a la Responsabilidad Social de la empresa: reflexiones y propuesta de un modelo. 2009
131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la cláusula cut through. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento bootstrap. 2008
123. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007

115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El Fair Value de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005

92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002

71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999

- 46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
- 45. Los Impuestos en una economía global. 1999
- 42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
- 41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1997  
Fundación MAPFRE Estudios

- 39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
- 38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
- 37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
- 36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
- 35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
- 34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
- 33. La función del derecho en la economía. 1997

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1996  
Fundación MAPFRE Estudios

- 32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
- 31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
- 30. El tiempo del directivo. 1996
- 29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1995  
Fundación MAPFRE Estudios

- 28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
- 27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995

26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
  25. El reaseguro financiero. 1995
  24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
  23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
- Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1994  
Fundación MAPFRE Estudios
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
  21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
  20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
  19. Una teoría de la educación. 1994
  18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994

Nº Especial Informe sobre el mercado español de seguros 1993  
FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS

16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de controlling estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

## ÚLTIMOS LIBROS PUBLICADOS

- Modelo de proyección de carteras de seguros para el ramo de decesos. 2011
- Desarrollo comercial del seguro colectivo de dependencia en España. 2010
- La mediación de seguros en España: análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2010
- Museo del Seguro. Catálogo. 2010
- Diccionario MAPFRE de Seguros. 2008
- Teoría de la credibilidad: desarrollo y aplicaciones en primas de seguros y riesgos operacionales. 2008
- El seguro de caución: una aproximación práctica. 2007
- El seguro de pensiones. 2007
- Las cargas del acreedor en el seguros de responsabilidad civil. 2006
- Diccionario bilingüe de expresiones y términos de seguros: inglés-español, español-inglés. 2006
- El seguro de riesgos catastróficos: reaseguro tradicional y transferencia alternativa de riesgos. 2005
- La liquidación administrativa de entidades aseguradoras. 2005