

LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CORPORALES¹

Jordi Ribot Igualada

Catedrático de Derecho Civil
Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona

TITLE: *Personal Injury Compensation Funds*

RESUMEN: Este trabajo aborda las características y el alcance de los fondos de indemnización de daños corporales existentes en Derecho español. Estas medidas se caracterizan por tener como finalidad que las víctimas de determinados eventos dañosos obtengan la reparación total o parcial sus daños con independencia de la imputación de responsabilidad civil a alguna persona. Los elementos clave de su configuración jurídica son: ser alternativa a la responsabilidad civil, reconocer el derecho a reparación incondicionalmente siempre que las víctimas directas hubiesen sufrido los daños en el contexto delimitado por la norma creadora del fondo, tender al resarcimiento integral de esos perjuicios, y aplicarse mediante procedimientos administrativos sujetos al control jurisdiccional de la denegación de las solicitudes. Tras el análisis de las manifestaciones de estas características en los diversos tipos de fondos, se plantean cuestiones básicas vinculadas al fundamento de estas instituciones: qué justifica su establecimiento, cómo se afronta su financiación y hasta qué punto puede reprocharse al legislador que genera agravios comparativos entre víctimas. A modo de ejemplo, se examina la reciente proposición de ley de creación de un fondo de indemnización de las víctimas del amianto en España. El trabajo concluye con una valoración crítica del grado en que los fondos en vigor cumplen la función que les identifica.

ABSTRACT: *This paper examines the scope and main features of the personal injury compensation funds existing in Spain. These funds aim at ensuring that victims of certain harmful events obtain full or partial compensation of their injuries regardless of the attribution of liability to any third party. The paper engages with the essential elements of these funds. Firstly, the funds are an alternative to tort liability. Secondly, victims are granted compensation unconditionally, provided that the harm occurred within the context defined by the rules creating the fund. Finally, the fund seeks full compensation for the victim's injury, and administrative bodies typically decide on deserving petitions under judicial supervision. After analysing the practical outcome of these features, the paper raises several fundamental questions related to the foundation of compensation funds: what justifies their establishment, how are they financed and to what extent they purport unequal treatment of some victims. As an example, it studies the recent proposal for a law to create a compensation fund for asbestos victims in Spain. The paper ends with a critical assessment about whether the existing compensation funds fulfil their function or not.*

PALABRAS CLAVE: daños corporales; fondos de indemnización; sistemas alternativos de reparación del daño.

¹ Trabajo destinado a los *Estudios sobre Derecho de daños. Libro Homenaje al profesor Dr. Juan Roca Guillamón*. Realizado en el marco del proyecto «La versión 2.0 de los PETL: la actualización de los Principios Europeos de Derecho de la Responsabilidad Civil, a la luz del desarrollo social, económico y tecnológico (PETL 2.0)» (IP: Miquel Martín Casals; Josep Solé Feliu. Ref. PID2019-104067RB-I00). Ha sido presentado en el XXVI Congreso de Responsabilidad Civil (Barcelona, 23.5.2019) y en el *Séminaire international sur le développement de la responsabilité civile en Europe. Les projets de réforme de la responsabilité civile en France et en Belgique dans le contexte européen* (Girona, 28.6.2019).

KEYWORDS: *Personal injury; Compensation funds; Alternatives to Tort Liability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PANORAMA DE DERECHO ESPAÑOL. 1. *Fondos de carácter retrospectivo*. 2. *Fondos de carácter prospectivo*. 3. *Perspectivas de futuro*. III. CARACTERÍSTICAS DE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN. 1. *Son alternativa a la responsabilidad civil*. 2. *Los derechos frente al fondo son incondicionales*. 3. *Todos los fondos son contextuales*. 3.1 Víctimas de sangre contaminada con VIH. 3.2 Víctimas contaminadas con VHC. 3.3 Víctimas de la talidomida. 4. *Las indemnizaciones del fondo tienden a una reparación integral*. 5. *Procedimiento ad hoc y recurso administrativo previo*. IV. EL FUNDAMENTO DE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN. 1. *¿Qué justifica el establecimiento de un fondo de indemnización?* 2. *¿Quién y por qué debe sufragar el fondo de indemnización?* 3. *¿Crea el fondo de indemnización un agravio comparativo que constituye discriminación?* 4. *A modo de ejemplo: la propuesta de fondo de indemnización de víctimas de amianto*. 4.1 Objeto del fondo y beneficiarios. 4.2 Coste y financiación del fondo. V. *¿INDEMNIZAN REALMENTE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN?* VI. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo son los sistemas de reparación de daños que operan con independencia de la imputación de responsabilidad civil a alguna persona. Más concretamente, se analizan las características y el alcance de los llamados *fondos de indemnización* de daños corporales.

La reparación de este tipo de perjuicios suele ser objeto de la acción protectora de la seguridad social mediante prestaciones *in natura*, como las sanitarias o las farmacéuticas, o prestaciones consistentes en el abono de sumas a tanto alzado o de pensiones. También el seguro directo constituye una alternativa para obtener la reparación de los propios daños, ya sea a través del seguro que había contratado la víctima o del seguro concertado por un tercero en interés de ésta². Sin embargo, la limitada extensión de los seguros directos y la insuficiente cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social han conducido al desarrollo de mecanismos compensatorios adicionales para ciertos contextos dañosos³.

² Como sucede, por ejemplo, en el caso del seguro obligatorio de viajeros: Art. 1 Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros (aprobado por Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre) (BOE nº 311, 28 diciembre 1989). Véase STS nº 627/2017 de 21 noviembre 2017 (RJ 5093) comentada por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, CCJC nº 107, 2018, pp. 79-83.

³ Un buen ejercicio de comparación en esta materia es la publicación del GROUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE, *La socialisation de la réparation: fonds d'indemnisation et assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2015. Muy recientemente, véase VANSWEEVELT, Thierry; WEYTS, Britt (eds.), *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2020. Un análisis más creativo en JUTRAS, Daniel, «Alternative compensation schemes from a comparative perspective», en M. Bussani, A. J. Sebok (eds.), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 151-170. En español, véase DUFWA, Bill, «Informe general: sistemas alternativos de indemnización en daños

La multiplicación de este tipo de fondos es un hecho en algunos países. Es el caso por ejemplo de Francia, donde en los últimos decenios han proliferado en beneficio de muy diversos tipos de víctimas⁴. Sin la dimensión del país vecino, en España también existen instrumentos de este tipo y es posible que se creen más en el futuro⁵.

II. PANORAMA DE DERECHO ESPAÑOL

La doctrina más atenta ha trazado algunas líneas para intentar reducir la complejidad derivada de la gran variedad de fondos de indemnización⁶. Así, se ha propuesto distinguir entre los fondos de indemnización de carácter *retrospectivo* y los de carácter *prospectivo*. Los primeros se conectarían con el advenimiento de daños masivos y muy graves en supuestos bien concretos⁷. Los fondos prospectivos, por su parte, son instrumentos con vocación de permanencia, cuya misión es anticipar una respuesta socialmente adecuada a ciertos tipos de daños recurrentes.

1. Fondos de carácter retrospectivo

La experiencia de este tipo de fondos en España se limita por ahora a tres casos. El primero es el de las personas contagiadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a consecuencia de tratamientos o transfusiones de sangre o hemoderivados realizadas en el sistema sanitario público⁸. El segundo supuesto es el de las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas a quienes se contagió la hepatitis C

personales», *Revista española de seguros* nº 112, 2002, pp. 491-506 (correspondiente al simposio comparado sobre la materia, organizado por AIDA en 2001).

⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporal. Systèmes d'indemnisation*, 8ª ed. Paris, Dalloz, 2016, pp. 835-857. Para la experiencia en otros países, con amplio detalle del régimen de funcionamiento de numerosos fondos, véase MACLEOD Sonia, HODGES Christopher, et alii, *Redress schemes for personal injuries*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

⁵ Un apunte en SANZ PARRILLA, Milagros, «Informe presentado por la sección española de AIDA», *Revista española de seguros* nº 112, 2002, pp. 556-577. Más actual y detallado, PAZOS, Ricardo, «Panorama général et typologie des fonds», en *La socialisation de la réparation: fonds d'indemnisation et assurances*, op.cit., pp. 111-118.

⁶ Fundamental: KNETSCH, Jonas, *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds: Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012. Aquí se maneja preferentemente la versión más amplia y desarrollada de la tesis, presentada para su defensa en Francia y publicada como *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemand*, Paris, LGDJ, 2013.

⁷ Los ejemplos más conocidos serían los fondos destinados a las personas afectadas por SIDA o Hepatitis C a causa del empleo en tratamientos médicos de hemoderivados contaminados, o las secuelas vinculadas al uso de fármacos cuyo principio activo era la talidomida, o las enfermedades derivadas de la exposición al amianto.

⁸ Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo (BOE nº 130, 1 junio 1993). Acuerdo de convalidación de 23 de junio de 1993 (BOE nº 152, 26 junio 1993).

(VHC) también en actuaciones realizadas en el sistema sanitario público⁹. Finalmente, el tercer fondo es el destinado a las personas afectadas por malformaciones corporales producidas por la ingesta por sus madres de medicamentos cuyo principio activo era la talidomida, durante procesos de gestación producidos en España entre los años 1960 y 1965¹⁰.

2. Fondos de carácter prospectivo

Este tipo de instrumentos incluye todos los fondos dirigidos a paliar los daños sufridos por las víctimas de ciertos hechos delictivos, bien por su particular gravedad¹¹, bien por haberse perpetrado en el marco de una acción terrorista¹².

Por otra parte, la normativa del seguro obligatorio de automóviles [en adelante, SOA]¹³ también incluye la indemnización a las víctimas de siniestros ocurridos en España en

⁹ Ley 14/2002, de 5 de junio (BOE nº 135, 6 junio 2002).

¹⁰ DA 57ª Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE nº 309, 24 diciembre 2009). Véase RD 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965 (BOE nº 190, 6 agosto 2010).

¹¹ Ley 35/1995, de 11 diciembre, de Ayudas a Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual (BOE nº 296, 12 diciembre 1995) (en adelante, LAVDV). Véase Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 mayo [BOE nº 126, 27 mayo 1997]) (en adelante, RAVDV).

¹² Ley 9/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE nº 229, 23 septiembre 2011) (en adelante, LRPIVT). Véase Reglamento aprobado por RD 671/2013, de 6 de septiembre (BOE nº 224, 18 septiembre 2013) (en adelante, RRPIVT). También existe una panoplia de normas autonómicas que se dirigen a completar el programa de ayudas estatales. Véase SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (coords.), *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo*, Madrid, Eolas, 2014, pp. 229-535.

¹³ Hasta 2009, existía una situación análoga en relación con el seguro obligatorio del cazador (Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por RD 63/1994, de 21 de enero [BOE nº 40, 16 febrero 1994]). Efectivamente: correspondía al Consorcio de Compensación de Seguros «dentro de los límites del aseguramiento obligatorio y con ocasión del ejercicio de la caza, con armas», «indemnizar a las víctimas o a sus beneficiarios de los daños corporales causados a las personas en España con ocasión del ejercicio de la caza con armas, cuando el causante del daño no esté asegurado o cuando sea desconocido» (art. 13.2 a) Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros). Esta norma fue derogada mediante la Ley 6/2009, de 3 de julio, por la que se modifica el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por 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. Sin hacer mención del caso del cazador desconocido, la ley justificaba la supresión de la función de garantía del Consorcio en determinados casos, como el incumplimiento de la obligación de aseguramiento o la liquidación de la entidad aseguradora, porque «aparte de la reiterada ausencia en la práctica de actuaciones del Consorcio, no existe justificación para la aplicación específica de tales funciones a estos seguros».

que el vehículo causante sea «desconocido»¹⁴. En este caso la indemnización corre a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros¹⁵.

3. Perspectivas de futuro

En estos momentos se puede dar cuenta de dos iniciativas. Por un lado, la ampliación temporal y cuantitativa de las indemnizaciones a favor de las víctimas de la talidomida. Esta ampliación se estableció en la LGPE 2018¹⁶ pero todavía carece del desarrollo normativo necesario para hacerla efectiva¹⁷. Por otra parte, durante la XIII Legislatura (2016-2018), el Congreso de los Diputados comenzó a tramitar una proposición de ley con el fin de constituir un fondo de indemnización para las víctimas del amianto¹⁸.

¹⁴ Arts. 11.1 a) y f) 2º LRCSCVM. Véase también art. 11 f) 2º LRCSCVM. El art. 1(4) de la Segunda Directiva 84/5/CEE, de 30 de diciembre de 1983 (DO L 008, 11 enero 1984) impuso a los Estados miembros la obligación de crear o autorizar un organismo que tendría por misión «reparar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado». Véase actualmente art. 10(1) Directiva 2009/103/CE de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 263, 7 noviembre 2009).

¹⁵ El extinto *Fondo nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación* creado por el Decreto-ley 18/1964, de 3 de octubre, fue absorbido por el Consorcio de Compensación de Seguros en 1982 (RD 2878/1981, de 13 de noviembre). La cobertura originariamente incluía también los daños corporales sufridos en casos en que *el conductor* fuera desconocido. Véase Art. 8.1 a) Texto Refundido de la Ley 122/1962, 24 de diciembre, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, modificado por RD Legislativo 1301/1986, de 28 de junio.

¹⁶ DA 56ª Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE nº 161, 4 julio 2018). Esta norma amplió al periodo 1950-1985 los posibles casos e incluyó un cálculo distinto de las indemnizaciones correspondientes según el grado de discapacidad reconocido a la víctima.

¹⁷ A principios de 2019 se elaboró un proyecto de real decreto, que pasó el trámite de información pública, pero cuya tramitación no ha concluido al escribir estas líneas (marzo 2020). Véase *Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1950-1985*. Disponible en https://www.msbs.gob.es/normativa/audiencia/docs/rd_ayudas_talidomida_1950-1985.pdf <Fecha consulta: 08.11.2019>.

¹⁸ Proposición de ley del Parlamento Vasco tramitada en el Congreso de los Diputados, expediente nº 125/000009 (BOCG, Congreso, Serie B, nº 109-1, 24 marzo 2017). La cámara autonómica ha vuelto a presentar el mismo texto en la XIV Legislatura: expediente nº 125/000009 (BOCG, Congreso, Serie B, nº 15-1, 20 diciembre 2019). En 2006 el Congreso de los Diputados requirió al gobierno que «estudiara» la posibilidad de establecer un «mecanismo» que pudiera «satisfacer las demandas justificadas de las víctimas» de asbestosis, incluidos los familiares de los trabajadores y terceros expuestos al polvo de asbesto proveniente de fábricas de la zona. Sin embargo, el establecimiento de un fondo de indemnización para los afectados no se ha situado en la agenda política hasta tiempos muy recientes. En la XII legislatura, el grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó una Proposición no de Ley relativa a la puesta en marcha del Fondo Estatal de Compensación a las víctimas del amianto (BOCG, Congreso, Serie D, 11.11.2016, nº 48, p. 13).

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN

Los fondos de indemnización se caracterizan¹⁹ porque son *alternativa* a la posible responsabilidad civil del causante de los daños o de otros responsables [§ 1]; se conceden *incondicionalmente* a la víctima por tener tal condición [§ 2]; solo operan *en el contexto* delimitado por la ley que establece el fondo [§ 3]; tienen como finalidad la *reparación integral* del daño [§ 4]; y sujetan las pretensiones de las víctimas a *reglas específicas de procedimiento* para su reclamación y reconocimiento [§ 5].

Estos caracteres no se presentan de un modo uniforme en los diversos instrumentos existentes en el Derecho positivo. Sin embargo, son los elementos que distinguen a los fondos de indemnización frente al sistema de responsabilidad civil, incluida la llamada responsabilidad patrimonial de la administración. También sirven para diferenciarlos de otros sistemas de compensación de daños corporales, como la acción protectora de la seguridad social, contributiva o no contributiva, el seguro directo, o las ayudas o beneficios de carácter discrecional que concede la administración pública en casos de emergencia o catástrofe.

1. Son alternativa a la responsabilidad civil

Los fondos de indemnización operan al margen de que pueda establecerse, o no, la responsabilidad de alguna persona por los daños sufridos por la víctima [§ 1.1]. Además, tienden a cubrir esos daños sin requerir la demostración de que no se ha podido reclamar contra el posible responsable del daño u obtener de éste la completa reparación de los perjuicios sufridos [§ 1.2]. Los fondos no son, sin embargo, indiferentes a la posible contribución de la víctima a su propio daño [§ 1.3].

1.1. Indemnización sin responsabilidad

En el caso paradigmático de los daños personales (y excepcionalmente materiales) causados por un vehículo a motor no identificado, las circunstancias de hecho impiden por definición comprobar que se cumplen los requisitos de la responsabilidad del conductor, ya que se desconoce qué vehículo estuvo involucrado en el accidente. Pese a ello, el fondo de garantía del SOA cubre esos daños.

En el caso de víctimas de delitos dolosos violentos, si bien la «resolución judicial firme» es la que determina el cumplimiento de los requisitos de acceso a las ayudas previstas

¹⁹ Incluyendo algunas de estas características, véase JUTRAS, p. 152, FIORE, p. 408 y sobre todo KNETSCH, *Le droit de la responsabilité*, passim.

por la LAVDV, su artículo 9.2 establece que esa resolución judicial puede consistir en un «auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2º o 637.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente». En todos estos casos, de la resolución judicial se desprenderá que se ha cometido un delito que tiene las características exigidas por la LAVDV, a pesar de que, por las circunstancias del caso o del acusado, no pueda llegar a establecerse su responsabilidad penal. El supuesto del artículo 641.2º LECr es el más revelador porque del sumario resulta que se ha cometido un delito pero que «no hay motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores». Este régimen conecta con la idea que el fondo de indemnización se justifica tanto porque el delincuente responsable de esos daños acaso podría ser inimputable y no podría ser condenado, como porque podría escapar a la acción de la justicia o ni siquiera ser identificado²⁰. Idéntico planteamiento subyace al régimen aplicable a las víctimas de actos terroristas. En este caso se admite que, siempre y cuando «se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o la incoación de los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos», «la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos» se puedan acreditar «por cualquier medio de prueba admisible en derecho»²¹.

1.2. Alcance de la carga de reclamación infructuosa de la víctima

La indemnización a cargo de un fondo tampoco suele presuponer ni la reclamación infructuosa por parte de la víctima, ni la demostración de la previa insolvencia del responsable tras la reclamación de la víctima.

²⁰ Véase Considerando (10) Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos (DOUE L 261/15, 6 agosto 2004). En la misma línea, con anterioridad, véase el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, de 24 de noviembre de 1983 (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/116>). Este Convenio fue ratificado por España el 20 de octubre de 2001 (BOE nº 312, 29 diciembre 2001). En su preámbulo subrayaba la necesidad de «introducir o desarrollar sistemas para que el Estado en cuyo territorio se hubieran producido tales delitos indemnice a esas víctimas, *sobre todo en los casos en que el autor del delito no fuera identificado o careciera de recursos*» (énfasis añadido).

²¹ Art. 3.2 b) RRPIVT. Además, para ciertos hechos terroristas sucedidos fuera del territorio español — víctimas españolas de grupos que operan habitualmente en España o de acciones dirigidas a atentar contra el Estado español o los intereses españoles, así como los participantes en los contingentes españoles en operaciones de paz y seguridad en el exterior— bastará «informe de los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y del Interior, en el ámbito de sus respectivas competencias, a los efectos de acreditar los extremos anteriores» (art. 3.2 b) in fine RRPIVT).

En el caso de un vehículo a motor desconocido, por ejemplo, únicamente se impone a la víctima la carga de intentar de identificar al vehículo, lo que podrá hacer en el mismo momento del siniestro o mediante actuaciones efectuadas posteriormente²².

El artículo 19.1 RAVDV, por otra parte, se limita a señalar que «la situación de insolvencia parcial del culpable del delito o de la persona o personas civilmente responsables del mismo, resultará acreditada a través de la pieza de responsabilidad civil o mediante resolución judicial dictada en fase de ejecución de sentencia». No es preciso, por tanto, llegar a la fase de ejecución para concluir que esta es inviable habida cuenta de las circunstancias del caso o del delincuente.

1.3. La contribución de la víctima a su propio daño

La independencia de los derechos frente al fondo con respecto a la acción de responsabilidad civil no supone indiferencia frente a la posible contribución de la víctima a su propio daño.

Así, por ejemplo, aunque el vehículo no pueda ser identificado, esto no impide que el Consorcio pueda llegar a acreditar que el siniestro se produjo en todo o en parte a causa de la conducta negligente de la propia víctima²³.

La regulación de las ayudas a víctimas de delitos violentos también alude a su denegación total o parcial si la víctima hubiese «contribuido, directa o indirectamente, a la comisión» del delito, o contribuido «al agravamiento de sus perjuicios»²⁴. Como ejemplos de lo primero se alude a llevar a cabo una conducta excepcionalmente desafiante o agresiva, o provocar una violencia peor a la recibida empleando medios criminales para responder a una agresión. Contribuir al agravamiento de los perjuicios sería negarse irrazonablemente a recibir un tratamiento médico adecuado, o no colaborar con la policía o la administración de justicia en el esclarecimiento del delito²⁵.

²² «Es predicable, conforme se expone en la sentencia de instancia, con referencia a la doctrina de las Audiencias Provinciales, la necesidad de demostrar que el perjudicado no ha tenido una razonable posibilidad de identificar dicho vehículo, para evitar que sea su pasividad o falta de diligencia la que lo ha impedido, (...) resulta diligente la demandante al menos con el mínimo exigible cuando pone el asunto en manos de los agentes de la Policía Local, confiando en su buen hacer» (SAP Valencia, Sección 11ª, nº 417/2007, 23 julio 2007 [JUR 341410]).

²³ SAP Madrid, Sección 10ª nº 538/2016, 20 octubre 2016 (JUR 276971); León, Sección 2ª, nº 90/2019, 14 marzo 2019.

²⁴ Art. 3.1 a) LAVDV. En este mismo sentido, véase art. 8.1 Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos.

²⁵ *Explanatory Report to the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* (§ 34).

Existe, no obstante, una importante diferencia entre los dos ejemplos mencionados. En el caso del vehículo desconocido, la posible reducción por culpa concurrente de la víctima, o incluso la exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de ésta, se proyectan una única vez sobre la pretensión indemnizatoria. Por el contrario, en el caso de las víctimas de delitos violentos su conducta puede justificar la moderación de la indemnización a cargo del responsable y, además, la reducción o incluso la supresión de la ayuda como víctima. Y ello por cuanto que el juez penal puede moderar el importe de la indemnización a acordar «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido» (art. 114 CP). Como que la percepción de las ayudas se basa en el principio de que su importe «no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia» (art. 6.1 LAVDV), la reducción o la supresión del derecho a las ayudas de la LAVDV implica en tal caso rebajar una suma de por sí ya inferior al daño sufrido²⁶.

2. Los derechos frente al fondo son incondicionales

Como regla general, el acceso a las indemnizaciones con cargo a los fondos no requiere que la víctima esté afiliada a un sistema de protección o que el interés esté asegurado con anterioridad [§ 2.1], ni tampoco que la víctima demuestre cierta falta de medios propios para cubrir su propio daño [§ 2.2].

2.1. Derechos *ex lege* por ser víctimas

A diferencia de la modalidad contributiva de la acción protectora de la Seguridad Social, la indemnización recibida del fondo sólo requiere prueba del daño y no de la previa afiliación a algún tipo de sistema de cotización o contribución. Otro ejemplo de contraste es el sistema la protección frente a daños personales derivados de acontecimientos extraordinarios, que requiere que el interés lesionado estuviese previamente asegurado²⁷.

²⁶ En este sentido, críticamente, PÉREZ RIVAS, Natalia, «El modelo español de compensación estatal a las víctimas de delitos», *Lex*, nº 18-II, 2016, p. 119 nota 47, y allí otras referencias.

²⁷ La cobertura del daño sufrido con ocasión de los riesgos extraordinarios recae sobre el Consorcio de Compensación de Seguros, aunque únicamente si se había contratado un seguro en que fuese obligatorio el recargo a favor del Consorcio (arts. 6.3.b) y 7 Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre [BOE nº 267, 5 de noviembre de 2004]).

2.2. Situación de necesidad y derechos de las víctimas

Por otra parte, las acciones contra los fondos de indemnización no requieren demostración de cierta falta de medios o de la situación de necesidad de la víctima, requisitos típicamente exigidos para percibir prestaciones de carácter asistencial o no contributivo.

Por excepción, el abono de anticipos con cargo a los futuros resarcimientos a víctimas de delitos (las denominadas «ayudas provisionales») sí está condicionado a que el nivel de ingresos de la víctima se sitúe por debajo del IPPREM en cómputo anual (art. 8 RAVDV). Por lo general, sin embargo, incluso estas “ayudas” no son medidas de carácter social o asistencial, cuyos destinatarios sean personas en situación de necesidad económica, sino que tienen un campo de aplicación mucho más amplio. El artículo 7 del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos admite que los Estados puedan «reducir o suprimir la indemnización teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante». Pero esta norma no se puede interpretar en el sentido de que puedan excluir el derecho a compensación cuando no exista una situación de necesidad²⁸. Sólo permite modular el monto de la indemnización que se va a conceder. Esto es lo que hacen los artículos 13 y 14 RAVDV, que regulan los cálculos que hay que realizar para reducir el monto inicial de la indemnización mediante la aplicación de coeficientes correctores a la baja según las rentas o ingresos de la víctima directa.

2.3. Discrecionalidad y derechos frente al fondo

Las reparaciones a cargo de los fondos son *derechos* de la víctima, conferidos por la ley que establece el fondo de indemnización. No se trata, aunque la terminología empleada pueda dar la impresión de lo contrario, de beneficios de concesión discrecional. La terminología empleada (“ayudas”) no excluye su carácter debido y reglado, sujeto únicamente a la verificación objetiva del cumplimiento de los requisitos que en cada caso establezca la normativa.

Esto es justamente lo que separa a los fondos de indemnización de otras medidas públicas paliativas de daños personales. Compárese, por ejemplo, con las ayudas económicas por fallecimiento o por incapacidad absoluta y permanente en favor de las víctimas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica²⁹. La evaluación de

²⁸ Véase § 32 *Explanatory Report*.

²⁹ Art. 22 Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (BOE nº 164, 10 julio 2015). La *situación de emergencia* consiste en el «estado de necesidad sobrevenido a una comunidad de

las solicitudes no se limita a comprobar «la relación directa y determinante de los hechos causantes de la solicitud de ayuda, con una situación de emergencia o de naturaleza catastrófica»³⁰. La concesión o denegación de la ayuda, o su importe, dependen de un juicio que corresponde llevar a cabo a la administración y en el que debe atenderse a los siguientes criterios: el «carácter ineludible e inaplazable de las actuaciones a las que se ha de subvenir con la ayuda solicitada», la «proporcionalidad entre la magnitud de daños producidos y la cuantía de las ayudas» y el «carácter complementario con otras ayudas, indemnizaciones u otros beneficios que, por los mismos conceptos, pudieran ser concedidas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales»³¹. Por lo demás, y en particular respecto a la unidad familiar de una persona fallecida o lesionada, la administración «[deberá ponderar] la cuantía de la ayuda en proporción a los recursos económicos de que dispongan para hacer frente a una situación de emergencia o catástrofe»³². Por lo tanto, es característico de este entorno que exista un elevado margen de discrecionalidad. No se trata de un acto en que todos los elementos son reglados, sino más bien de lo que se ha caracterizado como ayudas causalizadas a una finalidad de reparación, en las que restaría en manos de la administración la selección de los sujetos y objetos de reparación. Lo cual no es óbice, naturalmente, para que la actuación administrativa esté sujeta al control judicial de la motivación y justificación de la denegación³³.

3. Todos los fondos son contextuales

El elemento más característico de los fondos de indemnización es que las medidas en favor de las víctimas no son universales. Es decir, no se dirigen a la víctima porque ha sufrido ciertos daños o perjuicios (v.gr. daños corporales) sino porque los ha sufrido en

personas ante un grave e inminente riesgo colectivo excepcional, el cual, por su propio origen y carácter, resulta inevitable o imprevisible». Deviene en *situación de naturaleza catastrófica* cuando, «una vez actualizado el riesgo y producido el hecho causante, se alteran sustancialmente las condiciones de vida de esa colectividad y se producen graves daños que afectan a una pluralidad de personas y bienes» (art. 1.2 Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión [BOE nº 67, 19 marzo 2005]). En cualquier caso, como observa JUTRAS, p. 152, en tanto que estos eventos no suelen dar pie a reclamaciones de daños también es difícil incluirlos entre los sistemas alternativos a la responsabilidad civil.

³⁰ Art. 10, a) Real Decreto 307/2005. Véase también art. 18.3.

³¹ Art. 10, b), c) y d) Real Decreto 307/2005. Repárese, por lo demás, en que los daños o siniestros por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno como catástrofe o calamidad nacional no son indemnizables por el Consorcio (Art. 6.3 e) Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros).

³² Art. 5.1 a) Real Decreto 307/2005.

³³ Véase sobre todo ello, JORDANO FRAGA, Jesús, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 260-263.

un determinado contexto dañoso. Típicamente las normas especiales dirigidas a paliar daños corporales al margen de la responsabilidad civil identifican un supuesto de hecho respecto al cual las víctimas que encajen en el mismo podrán obtener un resarcimiento más o menos amplio de sus daños. A diferencia de la norma de responsabilidad civil, las pretensiones contra los fondos de indemnización ignoran la acción del dañante y se centran en la situación de la víctima y las circunstancias del daño. La finalidad de la norma que fija el contexto dañoso es delimitar qué víctimas deben ser resarcidas por el fondo y cuáles quedan fuera de su cobertura³⁴.

Veamos diversas manifestaciones de esta característica fundamental³⁵.

Es carga de la víctima de un vehículo desconocido demostrar la intervención de éste para obtener la indemnización de sus perjuicios con cargo al fondo de garantía del SOA.

Como señalara la SAP Granada (Sección 3ª) nº 84/2013, 4 marzo 2013:

«en la prueba de la efectiva participación de ese vehículo no identificado, no rige la inversión de la carga probatoria, *en la medida en que la intervención del vehículo desconocido en el accidente es un hecho constitutivo de la pretensión (...)* No cabe exigir [al Consorcio] que pruebe la no intervención de ningún otro vehículo diferente a los directamente implicados en el siniestro, lo que entrañaría una prueba diabólica al recaer sobre un hecho negativo, potenciando la posibilidad de fraudes, ya que sería suficiente que cualquier lesionado en un accidente manifestara que el causante del accidente fue un vehículo desconocido para que surgiera sin más la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros»³⁶.

³⁴ MACLEOD, HODGES, p.635-638.

³⁵ KNETSCH, *Le droit de la responsabilité*, pp. 219-220. Esta característica es la que plantea más dificultades al implantar un fondo de indemnización (JUTRAS, p. 156). Está demostrado que, una vez establecido, víctimas de incidencias distintas a las previstas al crear un fondo de indemnización tratan de obtener reparación de sus daños con cargo a ese fondo. Como consecuencia, los menores costes de transacción respecto a la litigación privada se incrementan, obligando a un control burocrático que reduce la eficacia y la legitimidad del instrumento. En este sentido, véase WAGNER, Gerhard, «Comparative Tort Law» en M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1027-1028.

³⁶ Énfasis añadido. Para considerar probado el hecho de un siniestro circulatorio protagonizado por un vehículo desconocido se estará a las circunstancias del accidente tal como las relatan, de un modo coherente y consistente, la propia víctima o los testigos, así como al tipo de lesiones o al lugar del siniestro. «La versión del accidente que ofrece el demandante desde un inicio es la misma, al atribuir la caída a la acción de un vehículo que no se detuvo tras causar la caída. La naturaleza de las lesiones es compatible con esta afirmación, más que con la posibilidad de una caída accidental del propio ciclista al circular. No se explica que en la zona en la que se produjo el siniestro hubiera ningún obstáculo o alteración que propiciara esa caída, excluyendo la intervención del vehículo» (SAP Illes Balears, Sección 4ª, nº 392/2018, 10 diciembre 2018 [JUR 2019, 28606]).

Ya vimos que las víctimas de delitos violentos o de actos terroristas acreditan su condición mediante la correspondiente resolución judicial, aunque ésta no necesariamente tiene que ser condenatoria, siempre y cuando se tengan por probados hechos delictivos causantes de daños que se puedan incluir dentro de los supuestos que tipifica la normativa. En relación con las víctimas del terrorismo, el artículo 3 LRPIVT define como *actos terroristas* los que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, al margen de si son llevados a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales o no³⁷.

En otros tipos de fondos, señaladamente los que he denominado *retrospectivos*, el cobro de indemnizaciones resulta de un expediente instruido para comprobar que la víctima reclamante forma parte del tipo de personas al que se dirigen, según las circunstancias de producción de los perjuicios que reclama. Este ha sido el procedimiento dispuesto para las víctimas del uso de determinados fármacos o de sangre y hemoderivados contaminados con VIH o VHC. Los destinatarios de los fondos no son todas las personas que se hayan contagiado de SIDA o de Hepatitis C, ni quienes nacieron con malformaciones corporales, sino únicamente aquellas personas que puedan vincular su enfermedad o discapacidad con las concretas circunstancias factuales descritas por la ley.

En primer término, esto va a resultar del análisis del caso que haga un órgano técnico específicamente designado. En el caso de víctimas de sangre contaminada con VIH el trámite de solicitud de las prestaciones se lleva a cabo ante el Ministerio de Sanidad y Consumo. La Comisión de Ayudas Sociales a Afectados por VIH (CASVIH) es quien se encarga de la gestión de estos expedientes³⁸ y examina las pruebas aportadas «a efectos de verificar la concurrencia en los solicitantes de las circunstancias exigidas»³⁹, en especial las causas y el momento de la contaminación. El informe de la CASVIH es vinculante para la emisión de la resolución motivada de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación que pone fin a la vía administrativa⁴⁰. En el caso de víctimas contaminadas con VHC, la elevación de las propuestas de inclusión en el censo y la resolución de las solicitudes de ayuda social corresponden a la Comisión de Evaluación de VHC (CEVHC). Por su parte, el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, reguló el procedimiento para el reconocimiento y abono de las indemnizaciones de las

³⁷ Sobre la cuestión de si se consideraba acto terrorista el asesinato de capitán de infantería de marina por los disparos de un cabo de la guardia civil, que actuó por miedo tras recibir unas amenazas de ETA véase, en sentido afirmativo, STS (Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 10 febrero 2010 (RJ 3321).

³⁸ Creada por Orden Ministerio Sanidad y Consumo de 19 de julio 1993 (BOE nº 177, 26 julio 1993).

³⁹ Art. 6.1 Real Decreto-ley 9/1993.

⁴⁰ Art. 7º Orden Ministerio de Presidencia de 17 de mayo 2001 (BOE nº 125, 25 mayo 2001).

víctimas de la talidomida tomando como punto de partida el diagnóstico de las personas solicitantes, que debía ser realizado por el Instituto de Salud Carlos III.

Por su importancia para el tema, vamos a examinar con más detalle cómo han funcionado estas reglas para delimitar el derecho a indemnización en estos tres fondos.

3.1. Víctimas de sangre contaminada con VIH

En relación con la contaminación con VIH, el Real Decreto-ley 9/1993 se refiere a quienes hubiesen recibido tratamiento para la hemofilia u otras coagulopatías congénitas con hemoderivados contaminados o una transfusión con sangre contaminada, en ambos casos dentro del sistema sanitario público, o bien hubiesen resultado infectados por la relación con esas personas, al tratarse de sus cónyuges, «personas que hayan formado una unidad familiar debidamente acreditada» o sus hijos, en este último caso siempre que «hubieran nacido de un embarazo anterior a la fecha de diagnóstico del VIH de la madre» (art. 1.1, letras a)-d) Real Decreto-ley 9/1993)⁴¹.

El primer elemento que debe establecerse es el contagio con el VIH y que ese contagio se produjo por alguna de las causas mencionadas. En principio, la carga de la prueba de este elemento recae sobre la persona que solicite la ayuda. No obstante, se ha sostenido que bastaría con probar el diagnóstico de SIDA y que la persona afectada había recibido un tratamiento o transfusión dentro del sistema sanitario público⁴². Correspondería a la administración aportar la prueba de que el contagio tuvo un origen diferente al tratamiento o transfusión o a la relación con la persona contagiada, o que se produjo al margen del sistema sanitario público⁴³. Según el Tribunal Supremo, sin embargo, «no es suficiente la sola constatación de la contaminación unida a la

⁴¹ Aparte de las personas afectadas por la contaminación, la normativa también reconoce como beneficiarios de ciertas prestaciones a sus hijos y a las personas que conviviesen con ellas y a sus expensas. Art. 1.1 e) y f) Real Decreto-ley 9/1993: Los hijos dependientes, menores de veinticuatro años, de persona afectada viva o fallecida, e hijos discapacitados, cualquiera que fuera la edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno (letra e) y cualquier adulto dependiente mayor de sesenta y cinco años, o discapacitado dependiente, cualquiera que sea su edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno (letra f).

⁴² También, en su caso, que una persona contagiada de ese modo era el cónyuge o conviviente o padre o madre de quien por ello se contagió.

⁴³ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas: respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 379-382.

existencia de una transfusión sanguínea realizada en fecha anterior a la obligatoriedad de la prueba de detección del virus»⁴⁴.

Ahora bien: el propio Tribunal Supremo ha declarado que «es contrario a las reglas de la sana crítica exigir a los justiciables un comportamiento probatorio imposible» y que no puede ignorarse que «la problemática procesal ... relativa a la dificultad de cumplimentar de manera acabada la carga de la prueba de la relación causal de la contaminación con la transfusión sanguínea, en ocasiones realizada en tiempo que hace no posible por causas ajenas al solicitante de la ayuda el acceso a la fuente de conocimiento, cual es la falta de conservación de la historia clínica del acto médico que la requirió»⁴⁵.

En un caso que lamentablemente se alargó más de 10 años, el Tribunal Supremo concluyó a tal efecto que

«por el juego de las presunciones que autoriza nuestro ordenamiento se puede llegar a la conclusión... de estimar probado que el virus lo adquirió el afectado a partir de la transfusión de sangre que en tiempo anterior se le había realizado, ya que si bien dado el tiempo transcurrido desde la transfusión hasta la adquisición del virus, y por la falta de antecedentes en la Clínica sobre el particular, no era posible realizar esa prueba directa y acabada, es lo cierto, que *constan los antecedentes y datos desde las historias clínicas hasta la versión del afectado, sin contradicción alguna, sobre que no había otros factores de riesgo (...) únicos datos ciertos que el recurrente ha podido aportar por tenerlos a su disposición, sin que se le pueda exigir, como adecuadamente refiere la sentencia recurrida el acreditar plenamente la fuente de contagio, que sería ciertamente una prueba diabólica*, al referirse en parte a hechos negativos y a datos que ni ha tenido ni ha podido tener a su disposición»⁴⁶.

En este caso la CASVIH había rechazado la solicitud aduciendo que no se había demostrado que la sangre recibida estuviese contaminada y la Audiencia Nacional había confirmado la denegación⁴⁷. El Tribunal Supremo ordenó la retroacción de las actuaciones para realizar una prueba que indebidamente se había inadmitido y que

⁴⁴ STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 5 julio 2011 (RJ 5661). El recurso de casación pretendía que «tienen derecho a las ayudas quienes hubieran sido sometidos a transfusión sanguínea en el sistema sanitario público, antes de la obligatoriedad de la prueba y contagiados, *sin más*» (énfasis añadido). Véase también SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 30 junio 2010 (JUR 265099): «la actora debió haber aportado una prueba pericial suficiente, objetiva e idónea, a través de informe de especialista adecuado, como pudiera ser médico hematólogo, para demostrar, o al menos, admitir, la probabilidad elevada y relación de causalidad, entre el mencionado contagio en 1986 y la detección en el año 2.002».

⁴⁵ STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 5 julio 2011 (RJ 5661).

⁴⁶ STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 29 mayo 2007 (RJ 5920). Énfasis añadido.

⁴⁷ SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 23 septiembre 1998 (inérita).

consistía en requerir al centro hospitalario un informe sobre el origen de la sangre transfundida, los medios de identificación de los donantes y cuáles eran sus características⁴⁸. Se trataba de transfusiones realizadas en 1974 y el hospital manifestó que carecía de tal información⁴⁹. Ante la indefensión que la situación creada habría provocado a la víctima, la Audiencia Nacional acabó concediendo la ayuda⁵⁰ y el recurso de casación de la abogacía del Estado fue desestimado.

Existiendo prueba de la transfusión, únicamente la demostración (por la administración) de la pureza o inocuidad de la sangre transfundida⁵¹ o de la existencia de indicios que pudieran hacer pensar en la presencia de otras causas posibles de contagio⁵², podrían llevar a la desestimación de la solicitud. En cambio, si no se consigue aportar algún indicio del que colegir que había recibido una transfusión de sangre o un tratamiento con hemoderivados en un centro sanitario público⁵³, el mero hecho de que la víctima no pertenecía a ningún grupo de riesgo es insuficiente⁵⁴.

⁴⁸ STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 27 marzo 2003 (RJ 4509)

⁴⁹ «No existe en los archivos de la Unidad de Hemoterapia documentación que permita cumplimentar los extremos solicitados».

⁵⁰ SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 16 junio 2004 (JUR 235713).

⁵¹ Esto fue lo que llevó a rechazar el recurso de casación de la víctima en la STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 5 julio 2011 (RJ 5661), al considerarse suficientemente acreditado a través de los datos obrantes en los archivos oficiales cuál fue la bolsa de sangre transfundida a la paciente en 1986 y a la que le fue practicada la prueba cruzada de HTLV III que resultó negativa. Sobre la fiabilidad de las pruebas existentes en este período, y la incidencia de la misma en la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, véase no obstante SEUBA TORREBLANCA, pp. 231-232.

⁵² Esto fue lo que sucedió en una reclamación de responsabilidad patrimonial donde, junto a la existencia de transfusiones de sangre, el demandante había referido, mucho antes del pleito en cuestión, que se había pinchado con una jeringa en una zona frecuentada por drogadictos. La STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 9 julio 2003 (RJ 5948) concluyó no acreditada la relación de causalidad tanto por «la falta de demostración de que realmente la inoculación del virus VIH hubiese sido ocasionada por las transfusiones recibidas, como la existencia de otros posibles factores de riesgo para la contaminación».

⁵³ En efecto: se han denegado solicitudes porque los solicitantes no han conseguido demostrar la existencia de las supuestas transfusiones de sangre o el uso de hemoderivados de los que se hubiera podido derivar la infección. En el caso de la SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 10 abril 2002 (JUR 2003, 58821) porque la solicitud se basaba de modo exclusivo en la información aportada por el paciente durante la confección de su historial médico con ocasión de otras intervenciones y no aparecía corroborada por los datos existentes en los hospitales donde dijo que había recibido transfusiones. La SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 30 enero 2008 (JUR 87177) concluyó que no había quedado demostrado que la solicitante hubiese recibido una politransfusión a raíz de un aborto por desprendimiento de placenta. Ni el hospital que refería, ni ninguno de sus servicios tenía dato alguno de la solicitante. La AN rechazó la queja de que la falta de constancia documental de su paso por el hospital fuera debida a «una inundación habida en 1993 en los archivos generales del Servicio Andaluz de Salud, ubicado en las paupérrimas instalaciones del antiguo Complejo Psiquiátrico de Miraflores en Sevilla».

⁵⁴ Por ejemplo «que está casada, siendo su pareja seronegativa para VIH, ni es ni ha sido drogadicta por vía parenteral, ni tiene otros hábitos relacionados con la adquisición del VIH» (SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 30 enero 2008 [JUR 87177]).

El segundo elemento a demostrar es que el contagio por vía transfusional se había producido antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH. La doctrina ha precisado que es necesario distinguir el caso de los productos hemoderivados del de las donaciones de sangre. En relación con los hemoderivados, la obligatoriedad de la prueba de detección del VIH se impuso a partir del 1 de octubre de 1985 y abarcaba tanto al nuevo material que se fabricase o importase como a las existencias de plasma que tenían los laboratorios⁵⁵. Por lo que se refiere a las donaciones de sangre, el ministerio no impuso la obligación de practicar las pruebas de detección del VIH hasta el 18 de febrero de 1987⁵⁶. Aunque previamente ya existían normas autonómicas que prescribían esa misma obligación⁵⁷ se considera que la finalidad social perseguida requiere que la fecha de la normativa ministerial valga para identificar todos los casos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 9/1993⁵⁸.

Por último, el artículo 5 Real Decreto-ley 9/1993 estableció un plazo de dos meses para solicitar las ayudas, que finalizaba el día 1 de agosto de 1993⁵⁹. Dada la extrema brevedad de ese plazo, el párrafo segundo de la misma norma señaló que «excepcionalmente, cuando el afectado desconociera la contaminación por VIH a la publicación de este Real Decreto-ley, el plazo de dos meses se computará a partir del momento en que se determine dicha contaminación». La jurisprudencia se ha decantado por una interpretación de este requisito favorable a las víctimas. Primero porque el *dies a quo* no es el momento de detección de la infección, sino aquel en que la víctima pudo tomar pleno conocimiento del diagnóstico, por sí misma o a través de sus representantes legales⁶⁰. Segundo, porque el plazo se califica como de prescripción,

⁵⁵ Resolución de la subsecretaria del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1985 (BOE nº 217, 10 septiembre 1985).

⁵⁶ BOE nº 44, 20 febrero 1987.

⁵⁷ Véase SEUBA TORREBLANCA pp. 145-146.

⁵⁸ SEUBA TORREBLANCA, p. 378 («por la naturaleza de ayuda social de las cuantías establecidas y por el hecho que en aquella fecha los tests de detección eran más fiables»).

⁵⁹ Este plazo fue ampliado por períodos de tres meses, primero hasta el 1 de abril de 1995 por la DA 2ª Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 313, 31 diciembre 1994), y posteriormente de nuevo hasta el 1 de abril de 2000 (Art. 79 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social [BOE nº 312, 30 diciembre 1999]).

⁶⁰ La SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) 31 enero 2000 (RJCA 128) situó el *dies a quo* en la edad de mayoría, en un supuesto en que los padres del solicitante le habían ocultado el diagnóstico. Sin embargo, la STS (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 20 mayo 2003 (RJ 4214) estimó que legalmente el conocimiento relevante es el de los representantes legales de las víctimas menores de edad, pero para que corra el plazo tienen que haber poseído información completa y suficiente de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción contra la Administración. Es decir, debían conocer no solo la infección padecida por el menor sino también la etiología de la enfermedad diagnosticada.

no de caducidad, entendiéndose que el cómputo no puede iniciarse hasta que el beneficiario estuviese en condiciones reales de solicitar las ayudas⁶¹.

3.2. Víctimas contaminadas con VHC

Tal vez las dificultades derivadas de no poder anticipar con alguna exactitud el número de personas afectadas y que pudiesen acogerse al fondo movieron a las autoridades a modificar el procedimiento cuando se decidieron a ofrecer indemnizaciones a las personas contaminadas de VHC en el curso del tratamiento de la hemofilia u otras coagulopatías congénitas. Efectivamente: el artículo 80 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁶², ordenó al gobierno elaborar y hacer público «un censo de 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». El procedimiento consistía, en primer lugar, en que un comité técnico de expertos fijaría los criterios de inclusión y que, a continuación, una comisión *ad hoc* (que se llamaría «comisión gestora») se ocuparía de materializar los trámites para identificar a las personas que los cumplían, empleando los datos disponibles en los centros sanitarios públicos. Finalmente, se abriría un período breve, de dos meses, para que las personas no incluidas en el censo y que creían que debían serlo efectuaran la oportuna reclamación. Únicamente las personas incluidas en el censo definitivo tendrían derecho a una ayuda social, con las condiciones y en la cuantía que determinase la ley.

El comité técnico fue nombrado el 18 de enero de 2000 y estableció los siguientes criterios de inclusión en el censo⁶³:

1. Ser hemofílico o padecer coagulopatía congénita.

⁶¹ Así, si el plazo se habría consumado mientras el paciente sufría un episodio de incapacidad psíquica, se rechaza presumir que aquel podía ejercer su derecho a reclamar. SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 7 junio 2000 (JUR 276683). Criterio confirmado, a pesar de la anulación de la sentencia, por la posterior STS (Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 26 enero 2005 (RJ 1522). La SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 28 marzo 2012 (JUR 129029) resolvió en contra del solicitante porque no se consiguió probar que «en los tres meses siguientes [a la fecha de comunicación del diagnóstico] el actor estuviese [como sostenía el recurso] psíquicamente imposibilitado para interesar la ayuda social».

⁶² BOE nº 312, 30.12.1999.

⁶³ Véase anexo de la orden del ministerio de sanidad y consumo de 21 de marzo de 2000, por la que se crea la Comisión del Ministerio de Sanidad y Consumo para la gestión de un censo de personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas, que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento en el sistema sanitario público (BOE nº 72, 24 marzo 2000).

2. Haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público.
3. Haber desarrollado la hepatitis C.
4. Demostrar que se ha desarrollado la hepatitis C mediante las siguientes determinaciones:
 - a) Presencia de anticuerpos anti-VHC con ARN-VHC positivo por PCR.
 - b) Demostrar transaminasas elevadas tres veces en un período de seis meses.

El procedimiento de confección del censo provisional, que en principio debía recoger los datos suministrados por los centros sanitarios públicos, incluyó también un plazo para que quienes consideraban que reunían estos criterios y no constasen censados pudieran presentar una solicitud de inclusión en el censo. Este trámite debía formalizarse del 11 al 25 de mayo de 2000⁶⁴. En cualquier caso, tras publicar un primer censo provisional, la comisión gestora aprobó el censo definitivo el 21 de noviembre de 2000 y se inició la tramitación del proyecto de ley que culminaría en la Ley 14/2002, de 5 de junio.

Para identificar a los beneficiarios directos de las “ayudas sociales”, el artículo 1 Ley 14/2002 parte precisamente de la inclusión de las personas afectadas en el censo definitivo. No obstante, la disposición adicional 1ª Ley 14/2002 sigue admitiendo la posibilidad de cursar nuevas solicitudes, y remite al futuro reglamento el procedimiento para incluir a las personas que no hubieran podido constar en el censo definitivo «debido a circunstancias objetivas y debidamente acreditadas»⁶⁵.

Las personas incluidas en el censo definitivo pudieron solicitar las ayudas hasta el 29 de julio de 2003. Quienes se considerasen con derecho a las ayudas y no estuviesen censados podían solicitar la inclusión en el censo en el plazo de cuatro meses, contados a partir del momento en que tuviesen conocimiento de haber desarrollado la hepatitis C⁶⁶. El artículo 6 Real Decreto 377/2003 reiteró en tal caso los mismos criterios que fijó el comité técnico en 2000, sin particularizar prueba alguna para las «circunstancias

⁶⁴ Véase resolución de la subsecretaria del sanidad y consumo, de 3 de mayo de 2000 (BOE nº 113, 11 mayo 2000), por la que se hacen públicos el modelo de solicitud y los plazos para la inclusión en el censo de personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento en el sistema sanitario público.

⁶⁵ Véase Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo, que regula el procedimiento para la tramitación y concesión de las ayudas sociales a personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público (BOE nº 76, 29 marzo 2003).

⁶⁶ Art. 6.3 Real Decreto 377/2003.

objetivas y debidamente acreditadas» a las que alude la disposición adicional 1ª Ley 14/2002 y debido a las cuales esas personas no estaban en el censo definitivo⁶⁷.

El primer elemento a probar es la infección de VHC. Pero para acceder al fondo esto no es suficiente: debe tratarse en todo caso de una persona con hemofilia o que padezca una coagulopatía congénita⁶⁸ y que, además, hubiese recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en centros sanitarios públicos⁶⁹. Dado que ni la Ley 14/2002 ni el reglamento requieren de modo expreso que el contagio se haya producido antes de una fecha determinada, parece que mientras se cumplan los criterios reglamentarios, se podrá tener acceso a las ayudas, aunque la contaminación se haya producido con posterioridad a su entrada en vigor y al margen de cuándo pasaron a ser obligatorias las pruebas de detección de anticuerpos del VHC⁷⁰. A diferencia de las ayudas vinculadas a la infección con sangre o hemoderivados contaminados con VIH, por lo tanto, las medidas a favor de las personas contaminadas con VHC funcionarían con carácter tanto retrospectivo como prospectivo⁷¹. Con todo, en los tratamientos efectuados con posterioridad a la existencia y obligatoriedad de las pruebas, el resultado (positivo o negativo) de una reclamación basada en la contaminación de la sangre o hemoderivado será más fácil, al contar la administración con suficientes elementos para acreditar la pureza o inocuidad de los concentrados de factores de coagulación recibidos por el solicitante. En caso de que se produzca la

⁶⁷ Véase Anexo IV Real Decreto 377/2003, que incluye el modelo de certificado del centro sanitario público. SEUBA TORREBLANCA, p. 405 ya se había mostrado crítico con la remisión a un reglamento para prever algo que ya podía decidir la propia ley.

⁶⁸ Si la persona afectada de VHC no padece hemofilia o coagulopatía congénita, aunque hubiese resultado infectada con ocasión de una intervención quirúrgica en un centro sanitario público, tampoco tiene derecho a la ayuda. SSAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 11 octubre 2006 (JUR 256990) y 4 julio 2007 (JUR 198945). Véase asimismo STJ Madrid (Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 779/2008, 25 abril 2008 (JUR 377873).

⁶⁹ La inclusión en el censo también ha sido denegada cuando «se considera probado que, aunque fue objeto de intervenciones quirúrgicas en el Sistema Nacional de Salud, no consta la aplicación de transfusiones sanguíneas o de hemoderivados, circunstancia ésta que no se ha podido deducir tampoco de los historiales médicos» (SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 28 noviembre 2007 [JUR 362356]).

⁷⁰ La exposición de motivos de la Ley 14/2002 alude a que el test de detección de anticuerpos del VHC solo empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre a partir de una orden del ministerio de sanidad y consumo de 3 de octubre de 1990. Y añade que la justificación de las ayudas radica en que un gran número de pacientes hemofílicos desarrollaron la enfermedad de la hepatitis C, como consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público, «en un momento en el que el estado de la ciencia no permitía disponer de medidas oportunas para prevenir esta transmisión». Pero ni en la ley ni en su desarrollo reglamentario se establece ningún período durante el cual se hubiera producido la infección o contaminación.

⁷¹ La SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 28 noviembre 2007 (JUR 362356) parece requerir *obiter* que se trate de tratamientos recibidos «en un momento en el que no era posible detectar el VHC» pero este requerimiento no es determinante del fallo.

contaminación, no obstante, no podría negarse a la víctima el acceso a las ayudas de la Ley 14/2002, ni remitirla a la posible reclamación de responsabilidad patrimonial contra la administración correspondiente.

3.3. Víctimas de la talidomida

Mediante la ley de presupuestos para 2010 se estableció el derecho a una indemnización a tanto alzado para quienes «durante el periodo 1960-1965 sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación como consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante»⁷².

Según el artículo 2 Real Decreto 1006/2010, se requería

1. Haber sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación en el período 1960-1965, cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de Talidomida en España por la madre gestante.

.../...

3. Para las personas nacidas en el extranjero, la madre gestante deberá haber residido en España en cualquier período comprendido entre 1960-1965. Asimismo la persona solicitante no deberá haber recibido, en el país en el que se produjo su nacimiento, una ayuda o prestación con finalidad análoga a la regulada en este Real Decreto.

A pesar de la fórmula textual del primer requisito, que desde luego no presupone que las malformaciones tengan que deberse con certeza a la ingesta de talidomida por la madre sino solo que sean compatibles con ella, el procedimiento de reconocimiento dejó fuera a la inmensa mayoría de las personas interesadas que cursaron la solicitud. De un lado, a causa del período de tiempo al que se circunscribía la norma⁷³. De otro lado, muchas de las solicitudes se denegaron por no cumplir los requisitos expuestos⁷⁴.

⁷² Estos medicamentos, comercializados por varios distribuidores en España durante los años 50 y 60 bajo patente de la empresa Grünenthal, fueron prohibidos en todo el mundo a causa de las graves malformaciones producidas en miles de nacidos, muchos de los cuales fallecían al nacer.

⁷³ La persona solicitante debía acreditar que había nacido «entre el 1 de enero de 1960 y el 30 de septiembre de 1966, ambas fechas inclusive» (art. 6 d) RD 1006/2010). La STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 1047/2013, 18 diciembre 2013 (JUR 2014, 14926) confirmó la denegación de la ayuda a una persona nacida en 1973 y rechazó la petición de plantear cuestión de inconstitucionalidad por supuesta discriminación por razón de edad; el tribunal justificó su decisión en que «el legislador configura un espacio temporal en razón a motivos objetivados y concretos y con ánimo de especificar un periodo en el que la venta del medicamento cuestionado en España se estuviera produciendo normalmente y suministrándose a mujeres en estado de gestación».

⁷⁴ Por ejemplo, en el caso resuelto por STSJ Madrid, (Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) nº 1057/2013, 20 diciembre 2013 (JUR 2014, 58678) se denegó la solicitud porque «el juicio diagnóstico es concluyente al indicar [que] al estar afectado un miembro superior y ser el otro completamente normal, se puede descartar que se deba al efecto de la talidomida».

La información recogida por la prensa cifró en 23 las solicitudes estimadas sobre un total de 243⁷⁵.

La presión de la entidad que agrupa a los afectados (AVITE) consiguió que la ley de presupuestos generales del estado para 2018 incluyera una revisión de la normativa en vigor, ampliándose el alcance de la medida para incluir a todos los posibles afectados en España⁷⁶. Esta disposición quedó en suspenso por la falta de aprobación de presupuestos en 2019. El real decreto que debía regular el procedimiento de reconocimiento y abono también quedó en proyecto⁷⁷. No obstante, interesa señalar que establecía en su artículo 2, letra c) que la persona solicitante de las ayudas debía estar inscrita en el Registro Estatal de Enfermedades Raras gestionado por el Instituto de Salud Carlos III, «en virtud del informe de validación positivo emitido por el Comité Científico-Técnico de la Talidomida»⁷⁸.

A fecha 15 de octubre de 2018 se habían presentado 528 solicitudes, de las que se decía que 458 estaban “en evaluación” y únicamente 78 habrían alcanzado el estadio de informe provisional. De estos 78 casos, 38 ya se habrían declarado “no compatibles” y 40 “compatibles”. Según la prensa, a finales de 2019 las primeras conclusiones del comité científico-técnico señalaban que apenas 103 de las 511 personas analizadas

⁷⁵ Emilio de Benito, «Los partidos ofrecen abrir el registro de los afectados por la talidomida», El País, 8.2.2016 <https://elpais.com/politica/2016/02/08/actualidad/1454_939669_374777.html>

⁷⁶ DA 56ª Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. El supuesto de hecho en que se inscriben las ayudas a los supervivientes de la talidomida es el siguiente: «personas que durante el periodo 1950-1985 sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación compatibles con las descritas para la talidomida, cuyo origen no pueda ser explicado por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas, siempre que la gestación se haya producido en España». La prueba de que la gestación se haya producido en España pasa por la presentación del certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba admitido en derecho donde se acredite que durante el período de gestación la madre gestante ha residido en España (art. 6.1 proyecto de real decreto). En el RD 1006/2010 la fórmula era distinta: se vinculaba a los nacidos en España, y sólo cuando el nacimiento se había producido en el extranjero se tenía que acreditar que la madre gestante había residido en España durante el período objeto de la norma.

⁷⁷ El proyecto de real decreto fue sometido al trámite de audiencia e información pública con fecha 20 de febrero de 2019.

⁷⁸ Según el art. 8.2 del proyecto de real decreto, «para la calificación que permita identificar a la persona solicitante como persona que ha sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación, compatibles con las descritas para la talidomida, será *preceptivo y vinculante el certificado emitido por el Instituto de Salud Carlos III, que acredite que la persona solicitante está inscrito en el Registro Estatal de Enfermedades Raras en virtud del informe de validación positivo emitido por el Comité Científico-Técnico de la Talidomida*». Pese a ello, el propio texto señala que en la instrucción del expediente la Dirección General del Inmerso realizará de oficio las actuaciones que estime pertinentes para la comprobación de los hechos o datos alegados. En particular, «a tal efecto, a fin de esclarecer la naturaleza y alcance de la discapacidad de la persona afectada, se podrán recabar los antecedentes, datos o informes que pudieran constar en los servicios sanitarios correspondientes, así como en otros registros donde pudiera haber quedado constancia de los mismos» (art. 7.1).

presentaban malformaciones “compatibles” con la talidomida⁷⁹, y que quedaban 73 estudios por completar⁸⁰. La noticia recoge declaraciones de la presidenta del comité científico-técnico en el sentido que en muchos casos el origen no estaba en el medicamento sino en raras enfermedades hereditarias, cuya identificación «es muy importante, ya que si pasan desapercibidas en los pacientes evaluados pueden transmitirse y suponer un riesgo para su descendencia». El dato es relevante, aunque su efecto práctico sobre una futura litigación es dudoso ya que, como es bien sabido, el Tribunal Supremo ha considerado que la acción de responsabilidad civil contra el fabricante del medicamento está prescrita⁸¹.

4. Las indemnizaciones del fondo tienden a una reparación integral

Aunque ciertamente el alcance de la cobertura que proporcionan los fondos de indemnización es muy diferente entre sí, tanto por las sumas garantizadas como por los conceptos perjudiciales que se resarcan, todo fondo pretende suplir la falta o las dificultades de reparación de los daños corporales a través del recurso a la responsabilidad civil. En esta medida, como la propia responsabilidad civil, persigue el resarcimiento integral de las víctimas.⁸²

El caso ejemplar es el del fondo de garantía del SOA, que cubre los daños a las personas en la misma medida en que los cubre cualquier asegurador de un vehículo

⁷⁹ Oriol Güell, «El 80% de las malformaciones atribuidas a la talidomida tiene causas ajenas al fármaco», *El País*, 23.12.2019 <https://elpais.com/sociedad/2019/12/23/actualidad/1577124991_542360.html>.

⁸⁰ Cifras desde luego muy alejadas de las 500 víctimas vivas y de las 2500 ya fallecidas que indica la asociación AVITE (véase <https://www.avite.org/>). Con fecha 3 de enero de 2020, el diputado popular José Ignacio Echániz Salgado formuló una batería de preguntas al gobierno en relación con las críticas planteadas por AVITE (núm. reg. 3877) (BOCG, Congreso, Serie D, nº 17, 22 enero 2020). El gobierno informó que el procedimiento de evaluación seguiría abierto hasta que el IMSERSO regulase el procedimiento administrativo de concesión y plazos de las ayudas y se estableciese la fecha final de admisión de posibles solicitudes (BOCG, Congreso, Serie D, nº 39, 24 febrero 2020).

⁸¹ STS nº 544/2015 20 octubre 2015 (RJ 4226). Comentada por AVILÉS GARCÍA, Javier, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* nº 101/2016 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Revista Responsabilidad Civil y Seguro* nº 2016, pp. 57-66. Véase además NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015», *Revista de Bioética y Derecho*, nº 37, 2016, pp. 133-145 y VAQUERO PINTO, M^a José, «Historia del caso de la Talidomida. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil. Prescripción y amparo constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, nº 31, 2017, pp. 275-316 (con análisis del ATC 22 junio 2016, que inadmitió el recurso de amparo presentado por AVITE).

⁸² En este sentido VANSWEEVELT, Thierry; WEYTS, Britt; VANHOOFF, Larissa; WATTS, Kim, «Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future» en T. Vansweevelt; Britt Weyts (eds.), *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 200.

identificado⁸³. En otros casos, sin embargo, las razones de naturaleza presupuestaria — sobre todo cuando se nutre principalmente de recursos públicos— o de oportunidad, impiden equiparar cuantitativa o cualitativamente la pretensión frente al fondo a la pretensión frente al responsable. El caso más claro es el de las ayudas a cargo de los fondos retrospectivos en favor de las víctimas contaminadas con VIH o VHC.

En el caso de las víctimas de delitos, la sentencia condenatoria del delincuente es la referencia de las normas que ordenan las prestaciones a favor de las víctimas (art. 6.1 LAVDV). La propia LRPIVT también se dictó «buscando en última instancia la reparación integral de la víctima»⁸⁴. Sucede, sin embargo, que la normativa establece unas cuantías indemnizatorias que siempre constituyen importes *máximos*. Por tanto, el resarcimiento a cargo del fondo puede ser inferior al máximo legal si la suma establecida en la resolución judicial es menor y puede ser inferior al daño reconocido en la sentencia si se condenó al responsable a un importe superior a los máximos que establece la normativa⁸⁵.

Hasta la aprobación de la LRPIVT en 2011 el enfoque para las víctimas del terrorismo fue muy distinto. La Ley 32/1999, de 8 de octubre, *de solidaridad con las víctimas del terrorismo*⁸⁶, les otorgó una compensación «con carácter extraordinario» a cuenta de la responsabilidad civil del causante de los daños⁸⁷. La cuantía de estas indemnizaciones se correspondía con la cantidad acordada por la sentencia firme⁸⁸. La remisión legal a las sumas reconocidas en las sentencias provocó una deriva inflacionista que agravó todavía más la diferencia de trato de las víctimas del terrorismo frente al resto de

⁸³ No cubre, en cambio, la totalidad de los daños materiales que ocasione el vehículo a motor no identificado, sino únicamente los que se conecten a un siniestro en que los daños personales también sean «significativos». Según el art. 11.1 a) II LRCSCVM se considerarán daños personales significativos la muerte, la incapacidad permanente o la incapacidad temporal que requiera, al menos, una estancia hospitalaria superior a siete días. Los tribunales interpretan que la noción de «incapacidad permanente» no se aplica a cualquier secuela, sino que debe tratarse de una lesión permanente que origine una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, sea esta parcial, total o absoluta (véase como ejemplo SAP Barcelona (Sección 16ª) nº 505/2017, 23 octubre 2017).

⁸⁴ Preámbulo § 1 LRPIVT.

⁸⁵ Véase art. 20.4 LRPIVT para las indemnizaciones en favor de las víctimas del terrorismo.

⁸⁶ BOE nº 242, 9 octubre 1999.

⁸⁷ A tenor de su artículo 1, «mediante la presente Ley, el Estado rinde testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, *asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de tales actos*».

⁸⁸ No obstante, si la cantidad fijada en la resolución judicial era inferior a la determinada por la propia ley debía abonarse esta última suma. Lo mismo sucedía cuando no hubiese existido sentencia firme, o si esta no hubiese reconocido o no hubiera permitido reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil por daños físicos o psicofísicos (art. 6.2 Ley 32/1999). Como consecuencia, la ley dio lugar a un tratamiento diferente de las víctimas dependiendo de si hubo o no un proceso penal, aparte de la propia caracterización del acto criminal.

víctimas de delitos dolosos violentos. El ejemplo paradigmático es el de las indemnizaciones que la Audiencia Nacional condenó a pagar a los culpables del peor atentado terrorista de la historia en España, cometido en Madrid el 11 de marzo de 2004 y que causó más de 140 muertos y en el que numerosas personas resultaron heridas⁸⁹. Las cuantías que se acordaron y que el Estado hubo de abonar eran veinte veces lo que podía llegar a percibir la víctima de un delito violento, y cinco veces lo que la propia Ley 32/1999 establecía para las mismas situaciones en defecto de sentencia condenatoria⁹⁰. En la actualidad, en cambio, la cantidad total a abonar por el Estado, en concepto de responsabilidad civil fijada en sentencia, no podrá exceder de las cuantías estipuladas por el artículo 20.4 LRPIVT⁹¹.

5. Procedimiento ad hoc y recurso administrativo previo

Frente al carácter eminentemente judicial de la acción de responsabilidad civil, las pretensiones frente a los fondos de indemnización se tramitan ante la administración encargada funcionalmente de las correspondientes ayudas, o ante organismos específicamente creados para llevar a cabo esta tarea.

Además, antes de recurrir a los tribunales las víctimas deben agotar los procedimientos internos de revisión de las solicitudes que hubiesen sido total o parcialmente denegadas, sin que esta especialidad en el tratamiento de sus derechos constituya de ninguna manera una discriminación arbitraria e injustificada⁹². Tras la finalización del trámite gubernativo cabe desde luego la vía de recurso ante los tribunales

⁸⁹ SAN (Penal) nº 65/2007, de 31 octubre 2007 (JUR 328722).

⁹⁰ El tribunal declaró el derecho de todos los lesionados a una indemnización mínima de 30.000 euros, que se incrementaría, dependiendo de la gravedad de las lesiones, hasta un millón y medio de euros en caso de gran invalidez. Para comprender mejor la dimensión de la sentencia, hay que decir que en 2007 las víctimas de delitos violentos podían recibir un máximo de 65.000 euros. Por lo demás, la propia Ley 32/1999 fijaba un máximo de 390.000 euros para estos casos. Por otro lado, la sentencia mencionada otorgó a los familiares de personas fallecidas 900.000 euros, siendo así que el monto de referencia de la Ley 32/1999 en ese caso eran 138,500 euros. Se ha estimado que el coste para el Estado español por este concepto alcanzó la suma de 139 Millones de euros (HALSELL, Kaitlin, «Whole Again? Statutory Compensation Schemes as a Tort Alternative in the Aftermath of Terror Attacks», *Temple Int'L & Comp. L.J.* nº 30(2), 2016, p. 300 y allí otras referencias).

⁹¹ Según el preámbulo de la LRPIVT, otro de los objetivos de la ley era «evitar posibles diferencias de trato económico ante situaciones iguales» (§ 1). En este sentido, véase Pérez Rivas, Natalia, «Las ayudas compensatorias a las víctimas de terrorismo: análisis de la Ley 29/2011 y su reglamento de desarrollo», *Estudios de Deusto*, nº 64/2, 2016, p. 181.

⁹² Este razonamiento es el mismo que emplea la jurisprudencia constitucional para rechazar que el establecimiento por la ley de una vía previa administrativa, cuya utilización se configure como requisito procesal para el acceso a la jurisdicción ordinaria, constituya una desigualdad de trato injustificada, o una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Véase STC nº 21/1986, de 14 de febrero y en particular STC nº 17/1994 de 20 enero.

competentes, habitualmente del orden contencioso-administrativo, con la excepción del procedimiento correspondiente a las reclamaciones contra el Consorcio de Compensación de seguros en su función de fondo de garantía del SOA.

IV. EL FUNDAMENTO DE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN

1. *¿Qué justifica el establecimiento de un fondo de indemnización?*

El elemento común a todas las medidas examinadas es que dan respuesta a un tipo de víctima a quien dejar sin reparación se estima socialmente intolerable⁹³. Estas medidas suelen apuntar a casos que ocasionan grave alarma social, por el número de afectados o por sus desastrosas consecuencias.⁹⁴ En ocasiones, ello da pie a instaurar un mecanismo estable que atienda a casos por venir (v.gr. vehículo no identificado, delitos violentos dolosos). En otros ejemplos, se trata de episodios ya superados, pero que dejan un impacto que debe ser reparado. En general, aunque pueda existir un responsable, o bien es imposible determinarlo o, si se puede determinar, hacerlo responder o que responda es hartamente complejo, y la probabilidad de que la víctima reciba la reparación de sus daños es mínima si no nula⁹⁵.

Este tema se planteó con ocasión del Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, que acordó reconocer las ayudas a cierto tipo de enfermos contagiados a través del empleo de sangre contaminada de SIDA en el sistema sanitario público. En principio, la justificación que explica el porqué del establecimiento de este fondo radica en que, en el momento en que se estableció, se consideraba que las circunstancias de producción del daño imposibilitaban imputar su producción a los servicios sanitarios públicos⁹⁶. A

⁹³ Véase sobre esta definición KNETSCH, *Le droit de la responsabilité*, pp. 264-269 (para quien la clave explicativa de los fondos radica en paliar un «daño socialmente condicionado», que sitúa en factores muy distintos entre sí: conexión remota con negligencias en la acción pública, aparición de nuevos riesgos vinculados al desarrollo de tecnologías o la inevitabilidad de comportamientos individuales socialmente motivados que causan daños, como la delincuencia o el terrorismo). Véase también MACLEOD, HODGES, p. 21 («circumstances in which legal liability [is] unclear but social responsibility [is] evident») (sobre el Thalidomide Trust).

⁹⁴ VANSWEEVELT / WEYTS / VANHOEFF / WATTS, p. 192.

⁹⁵ En todo caso, la existencia del fondo supone que se garantiza a las víctimas un recurso más rápido para acceder a las indemnizaciones que precisan, porque el procedimiento también se supone que será más sencillo y eficiente. VANSWEEVELT / WEYTS / VANHOEFF / WATTS, p. 197-198.

⁹⁶ Este planteamiento es el que consagró el art. 141.1 LRJPAC (en su redacción por Ley 4/1999, de 13 de enero) y que repite en la actualidad el art. 34.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «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 aquéllos, *todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*» (énfasis añadido). Repárese

partir de ahí, para justificar el establecimiento del fondo, el legislador se centró en la extrema gravedad de la situación de la mayoría de las víctimas. Efectivamente: se arguyó que el origen de la enfermedad se hallaba en «actuaciones terapéuticas realizadas en el sistema sanitario público destinadas a combatir otro tipo de patologías», de modo que «en una buena parte de estos enfermos las consecuencias propias del VIH/SIDA se suman a las derivadas de los procesos que originaron su tratamiento». En este sentido se resaltaba que en cierto tipo de casos —como el de las personas hemofílicas— el contagio transfusional había afectado a la mitad del colectivo.

El fundamento de los fondos de víctimas de delitos no es la asunción por el Estado de responsabilidades por haber fallado o no haber dispuesto las medidas requeridas para evitar el daño⁹⁷. Típicamente, las normas que establecen fondos de indemnización o medidas funcionalmente equivalentes invocan la solidaridad de la sociedad para con las víctimas y la equidad⁹⁸. Se considera injusto que únicamente ellas deban soportar sus perjuicios y se decide que la carga sea repartida entre todos.

El fundamento social, sin embargo, viene reforzado por un enfoque victimológico de la respuesta penal al delito. Este enfoque prima los intereses de las víctimas para facilitar una mejor gestión del conflicto penal: la necesidad de compensar a las víctimas no solo persigue aliviar en la medida de lo posible los daños que han sufrido sino también «pacificar el conflicto social causado por el delito y facilitar la aplicación de una política criminal que sea racional y efectiva»⁹⁹. Esta misma idea subyace, con un claro componente político, en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, *de solidaridad con las víctimas del terrorismo*. Esta norma mejoró enormemente el trato dado por el Estado a las víctimas del terrorismo por la vía de que éste se hiciera cargo de las indemnizaciones debidas por los responsables de los hechos terroristas. Además, activó un extenso abanico de medidas de reconocimiento simbólico. En lo que ahora interesa, la ley se enmarcaba en un período durante el cual el gobierno estaba negociando con

no obstante en que la jurisprudencia de finales de los años 90 no era unánime respecto a la admisión de la exoneración por fuerza mayor en el caso de contagio transfusional de SIDA o VHC. Un buen resumen de la evolución de la jurisprudencia, en SEUBA TORREBLANCA, pp. 316-327.

⁹⁷ El art. 2 Ley 32/1999, de 8 de octubre, *de solidaridad con las víctimas del terrorismo* dejaba explícito que las indemnizaciones acordadas «no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna». Actualmente, véase art. 20.7 LRPIVT.

⁹⁸ PÉREZ RIVAS, *Lex*, nº 18-II, 2016, p. 114. Véase Resolución (77) 27 sobre la compensación de las víctimas de crímenes (aprobada por el Comité de ministros el 28 de septiembre de 1977): «For reasons of equity and social solidarity». Disponible en <https://rm.coe.int/16804f3e59>.

⁹⁹ En estos términos, véase § 7 *Explanatory Report to the to the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* («This points to the need to compensate the victim, not only to alleviate as far as possible the injury and distress suffered by him, but also to quell the social conflict caused by the offence and make it easier to apply rational, effective crime policy»).

ETA el fin de su actividad armada. Constituía, por lo tanto, el contrapunto de unas hipotéticas medidas de gracia o de mejora de la situación de los presos en caso de que la negociación en curso hubiese tenido éxito. En este sentido, perseguían mitigar el posible rechazo de las víctimas a esas medidas¹⁰⁰.

Por otro lado, la referencia a la equidad también puede relacionarse con la mutualización de riesgos propia del ámbito del aseguramiento de la responsabilidad civil. Este podría ser el fundamento de la reparación de los daños corporales sufridos por las víctimas de vehículos no identificados. No obstante, dado que es posible que el vehículo a motor que causó los daños no estuviera asegurado, en puridad la puesta a cargo del fondo de garantía de esos daños no sería fruto de la mutualización en sí (que se conecta al riesgo de insolvencia del responsable), sino una respuesta coherente con la decisión colectiva de solidarizarse con un tipo de víctima que de otro modo quedaría desamparada por un riesgo aceptado en interés del conjunto de la sociedad (la circulación de vehículos a motor)¹⁰¹. Cuestión distinta es cómo se allegan los recursos para sufragar ese daño. Hoy esta carga grava a la comunidad formada por quienes, efectivamente, tienen contratado el SOA. Pero podría ser de otro modo. El Estado podría obtener los recursos para reparar los daños de aquellas víctimas gravando a los propietarios o poseedores de vehículos a motor por el mero hecho de serlo. Razones prácticas aconsejan no hacerlo así: hoy el colectivo de propietarios y el colectivo de asegurados se superponen ya que todo propietario de un vehículo a motor está obligado a asegurarlo independientemente del uso que se haga o pueda hacerse del vehículo, y de la intención de utilizarlo efectivamente o no¹⁰².

Por último, es innegable que los fondos de indemnización son medidas muy sensibles al riesgo de instrumentalización política.¹⁰³ La propia decisión de establecer un fondo o de ampliar su alcance a menudo es fruto del interés partidista por ganar apoyo electoral¹⁰⁴. Se ha denunciado en el caso de los fondos para víctimas de sangre

¹⁰⁰ Entre líneas, la Exposición de Motivos de la Ley 32/1999 hacía referencia a este estado de opinión: «...hoy las expectativas de un mañana sin violencia tienen un horizonte más esperanzado que en otros momentos. .../... Esta Ley es, pues, expresión del acuerdo del conjunto de los representantes legítimos de los españoles para contribuir a que la paz sea fruto de la conciliación y de la justicia...».

¹⁰¹ En este sentido, MACLEOD, HODGES, p. 14.

¹⁰² STJUE 4 septiembre 2018, C-80/17, *Fundo de Garantia Automóvel c. Alina Antónia Destapado Pão Mole Juliana y Cristiana Micaela Caetano Juliana* § 42.

¹⁰³ Como dicen MACLEOD, HODGES, p. 647, un principio general de cualquier fondo de indemnización es que debe ser «unbiased and objective» (p. 647).

¹⁰⁴ No hace falta insistir en la influencia que ejercen los medios de comunicación, en particular a través de noticias o reportajes que dan visibilidad a la situación de ciertas víctimas y que sensibilizan a la opinión pública a su favor. En este sentido, JUTRAS, p. 169 destaca que la presión de los grupos de interés

contaminada¹⁰⁵ y ha tenido influencia en la gestión del tema de las indemnizaciones para las víctimas de la talidomida.

Sin embargo, las motivaciones políticas también pueden ir en la dirección contraria, y buscar limitar o reducir los derechos de las víctimas. Esto es lo que ha sucedido con las indemnizaciones y reconocimientos de la LRPIVT. En 2012 esta ley se modificó para incluir un nuevo apartado 2º en el artículo 3 bis que hiciera remisión expresa a los «principios» del convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos¹⁰⁶ y que permitiera aplicar las causas de exclusión de su artículo 8:

«2. Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.

3. También se podrá reducir o suprimir la indemnización en el caso en que una reparación total o parcial fuera contraria al sentido de la justicia o al orden público»

Este precepto reconoce a los estados cierta discreción al otorgar las indemnizaciones y que puedan rechazarla cuando está claro que un gesto de solidaridad sería contrario a los sentimientos o intereses públicos o a los principios básicos del derecho¹⁰⁷. La idea es que un delincuente, y más aún un terrorista, se enajena la solidaridad de la sociedad y por eso puede negársele la indemnización aunque el delito que sufrió no estuviese directamente relacionado con sus actividades delictivas¹⁰⁸. La aplicación práctica de la exclusión constituye una decisión que queda al juicio discrecional de quien gestiona el fondo.

Tras la modificación legal de 2012 el Ministerio del interior comenzó a rechazar sistemáticamente, con carácter retroactivo a la fecha de entrada en vigor de la LRPIVT, las solicitudes referentes a víctimas de atentados terroristas perpetrados por organizaciones paramilitares financiadas por el Estado español, como los GAL o el

y la atención mediática deben conseguir justificar a ojos de la opinión pública la capacidad política de asumir más gasto público.

¹⁰⁵ SEUBA TORREBLANCA, p. 371 nota 634 con acopio de evidencias en el debate parlamentario.

¹⁰⁶ DF 27.1 Ley 17/2012, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE nº 156, 30 junio 2012): «La concesión de las ayudas y prestaciones reconocidas en la presente ley se someterá a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos».

¹⁰⁷ *Explanatory Report to the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* (§ 35.c).

¹⁰⁸ *Explanatory Report to the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* (§ 35.b). En caso de fallecimiento estos principios son aplicables no sólo al delincuente sino a las personas que dependían de él.

Batallón Vasco-Español¹⁰⁹. La denegación de los derechos económicos de la LRPIVT se basó en que la policía o la guardia civil vinculaban a las víctimas directas con ETA, a pesar de que estas personas nunca habían podido ser procesadas ni condenadas por su pertenencia a esa organización. El ministerio sostuvo dos líneas argumentales: primero, que para establecer que la víctima pertenecía a ETA no se exige una sentencia condenatoria firme, sino que esta puede ser reemplazada por cualquier otro medio probatorio válido en derecho; y segundo, que los informes policiales constituyen una prueba documental, de carácter oficial y emitida por órgano competente, con capacidad de demostrar la participación y pertenencia de la víctima a la delincuencia organizada¹¹⁰.

En varios autos, el Tribunal Constitucional rechazó admitir los recursos de amparo interpuestos por los familiares de algunas de las víctimas. Consideró que los informes policiales tomados en cuenta para denegar la solicitud no podían infringir la presunción de inocencia ya que no formulaban ningún juicio de culpabilidad contrario a lo establecido en una decisión penal definitiva sobre la inocencia de las víctimas; además, esos informes habían sido sometidos a debate en un proceso con todas las garantías procesales¹¹¹. Poco tiempo después, no obstante, el propio Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley foral que establecía un fondo regional para indemnizar a las víctimas de delitos de motivación política atribuibles a grupos de extrema derecha o funcionarios públicos. El argumento en este caso fue que las funciones encomendadas a la comisión que debía reconocer el derecho a indemnización violaban una supuesta reserva constitucional al orden jurisdiccional penal de cualquier investigación sobre hechos delictivos¹¹². Como observó el voto particular del magistrado Xiol Ríos, esta posición es abiertamente contradictoria con haber estimado, en los autos anteriormente resumidos, que el ministerio del interior puede investigar hechos para determinar la comisión de un delito de integración en banda armada y hacerlo al margen del orden jurisdiccional penal con fines desfavorables y limitativos de derechos prestacionales.

¹⁰⁹ Véase PÉREZ RIVAS, *Estudios de Deusto*, nº 64/2, 2016, pp. 167-168.

¹¹⁰ MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; PÉREZ MACHÍO, Ana I., «Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública* nº 99-100, 2014, p. 2121.

¹¹¹ ATC nº 30/2017 a 34/2017, 27 febrero 2017. En todos se incluye un voto particular de la magistrada Adela Asúa que reclamaba la necesidad de un pronunciamiento del tribunal acerca de «la suficiencia de los informes policiales para acreditar la comisión de un delito a efectos de la adopción de determinadas resoluciones administrativas, y, por otro lado, la aplicación directa de previsiones de un Convenio internacional no auto-ejecutivo».

¹¹² STC nº 85/2018, 19 julio 2018.

En cualquier caso, el Tribunal europeo de derechos humanos ha validado esta motivación e inadmiso los recursos presentados por los familiares de las víctimas por supuesta infracción del artículo 6.2 CEDH¹¹³. El tribunal con sede Estrasburgo estima que el derecho a la presunción de inocencia no es aplicable en estos casos porque «el objeto de dichos procedimientos [es] jurídica y materialmente diferente a los procedimientos o instrucciones penales entablados contra sus familiares con anterioridad a su fallecimiento por presunta participación o colaboración con ETA» (§ 46). Por esta razón, las normas probatorias y la carga de la prueba ante los órganos administrativos pueden ser diferentes de las aplicables en el marco de un procedimiento penal (§ 51) y se podía considerar probado que las personas afectadas habían sido miembros de ETA independientemente de cualquier condena previa en España por pertenencia a banda armada y con base en pruebas como publicaciones no oficiales sobre la historia de la organización terrorista en las que esas personas eran citadas como miembros o declaraciones realizadas por otros presuntos miembros de ETA (§ 48).

2. ¿Quién y por qué debe sufragar el fondo de indemnización?

El establecimiento de un fondo de indemnización siempre plantea qué coste tendrá, quién va a hacerse cargo del mismo y por qué. La pregunta es muy pertinente cuando se trata de fondos retrospectivos y lo que se pretende es que el fondo, en todo o en parte, sea sufragado por particulares. Si es el erario público, en cambio, en principio no hace falta plantearse si existe alguna conexión entre el daño que se repara y el sujeto que debe contribuir a la financiación del correspondiente fondo de indemnización. No obstante, en este caso las dificultades provienen de explicar por qué ese tipo de víctimas percibe una indemnización a cargo del Estado y otro tipo de víctimas similares no¹¹⁴.

La mayoría de los fondos se nutre de aportaciones de los presupuestos estatales o autonómicos. Esto es lógico tratándose de fondos destinados a víctimas de actos delictivos o terroristas, donde la posibilidad de obtener la indemnización de los responsables es muy remota. Y también en relación con los fondos vinculados al contagio por sangre contaminada, donde se aprecia claramente que el sustrato de las ayudas reside en la actuación de los servicios públicos de salud, acordándose un

¹¹³ Auto TEDH (Sección 3ª) 25 junio 2019, nº 75529/16, *Karmele Martínez Agirre y Nagore Otegi Martínez c España*. Véase asimismo autos de la misma fecha sobre los recursos nº 79503/16 (*María Antonia Iburguren Astigarraga c España*) y 73911/16 (*María Cristina Larrañaga Arando c España*).

¹¹⁴ Por ejemplo, respecto a las víctimas de la talidomida, véase VAQUERO PINTO, p. 313.

importe en un contexto en el que, en el momento en que se promulgó la norma, no estaba claro que las víctimas pudieran obtener algún tipo de indemnización de la administración pública¹¹⁵.

Cuando quien contribuye a nutrir el fondo son empresas o sujetos privados, el punto de conexión es que el origen de los daños debe encontrarse en su actividad¹¹⁶, aunque por definición no se trate de la imputación de responsabilidad por los daños que se resarcan¹¹⁷. Y es que por principio la igualdad ante las cargas públicas impide gravar el patrimonio de personas que sean totalmente ajenas a ese daño.

Entre los fondos existentes en España solo la financiación del fondo de garantía del SOA se conecta con la actividad en la que tienen lugar los daños cubiertos¹¹⁸. La participación de otros sujetos en la financiación del fondo se planteó, siquiera sea muy tímidamente, en relación con el fondo para afectados por la talidomida. En efecto: según el § 4 DA 56ª Ley 6/2018,

«El Gobierno de España recabará de la compañía propietaria de la patente y, en su caso, de aquellas que hubieran realizado la distribución del fármaco en España la colaboración económica necesaria para la reparación de las víctimas, así como el reconocimiento del daño causado».

Esta previsión se matizaba después señalando que la colaboración en la reparación no se destinaría a cubrir el coste asumido por el Estado sino «a incrementar proporcionalmente las cantidades reconocidas a las personas afectadas». Ahora bien, salvo que la presión del gobierno o el deseo de mejorar su imagen pública pudieran servir de incentivo, difícilmente Grünenthal se avendrá a participar en la financiación de ayudas adicionales a las víctimas. El resultado de la litigación producida sobre los

¹¹⁵ En su completo estudio, SEUBA TORREBLANCA, p. 411 concluye que las “ayudas” constituyen “transacciones encubiertas” pues de lo contrario no se requeriría la renuncia a posibles acciones contra sujetos vinculados con quien se hace cargo del daño. Cabe objetar que propiamente no se dan los presupuestos del concepto civil y procesal de transacción. Sobre el abuso de la noción de transacción en relación con los derechos frente a los fondos de indemnización, véase el incisivo análisis de KNECHST, *Le droit de la responsabilité* pp. 440-447.

¹¹⁶ MACLEOD, HODGES, p. 650.

¹¹⁷ KNETSCH, *Le droit de la responsabilité*, p. 256.

¹¹⁸ La financiación del fondo de garantía es común para todos los supuestos previstos en la LRCSCVM: vehículo desconocido, robado o no asegurado. El Consorcio cobra actualmente un recargo del 1,5% sobre la prima de cada póliza de seguro obligatorio de automóviles firmada en España (Resolución de 31 de mayo de 2016, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones [BOE nº 135, 4 julio 2016]). En el ejercicio 2017 el importe recaudado alcanzó la cifra de 80,22 Millones de euros (Consorcio de Compensación de Seguros, *Informe Anual 2017*, p. 124). En 2016 esta magnitud había alcanzado la cifra de 93,81 Millones de euros.

efectos de la talidomida en España supone hoy por hoy un obstáculo muy difícil de superar.

3. *¿Crea el fondo de indemnización un agravio comparativo que constituye discriminación?*

Con ocasión del reconocimiento de las ayudas a las personas afectadas por contagio transfusional del VIH, el gobierno de turno mostró una gran preocupación porque esa decisión pudiese dar pie a otros colectivos a solicitar ayudas. En el propio preámbulo del Real Decreto-ley 9/1993 se destacaba que

«[L]as ayudas acordadas se justifican exclusiva y específicamente en la excepcionalidad y trascendencia social del problema creado, por lo que *en ningún caso podrán servir de precedente para determinar la oportunidad o forma de atender a otros sucesos o daños futuros que pudieran ser también apreciados como extraordinarios*».

La inquietud del gobierno estaba justificada. Poco tiempo después no pudo dejar de reconocer un régimen de ayudas equivalente, en este caso para las personas con hemofilia afectadas por sangre y hemoderivados contaminados por VHC. Pero incluso este paso no estuvo exento de polémica, porque el fondo para las personas contagiadas de VHC se dirigió exclusivamente a pacientes que padecían hemofilia u otras coagulopatías congénitas, y el acceso a las ayudas está limitado a quienes siguiesen con vida en el momento solicitar la indemnización¹¹⁹. Ambas cuestiones fueron objeto de intenso debate, primero en sede parlamentaria¹²⁰, y posteriormente ante los tribunales. Sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativo se ha atendido a una interpretación estricta de la normativa, desoyendo aquellas voces que proponían someter la interpretación de la norma a unos criterios más generosos con base en la finalidad social de la medida. Los tribunales también han rechazado repetidamente plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de consideraciones como las siguientes:

¹¹⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 24 octubre 2007 (JUR 329326): «la cualidad de "censado" desde el punto de vista etimológico presupone la condición de persona viva». Los pacientes hemofílicos contaminados de VHC ya fallecidos no causan por tanto derecho alguno a favor de sus familiares. SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 13 junio 2007 (JUR 199106): «el derecho a la ayuda viene dado por la inclusión en el censo, lo cual no puede tener lugar, sino a favor de personas vivas, de acuerdo con la interpretación literal del precepto y por la propia finalidad de la ley. Y solo en el caso de que estas fallezcan, su derecho se transmite a las personas que determina el citado artículo 1, lo cual no puede suceder en el caso que es objeto de examen, cuando el beneficiario ha fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley que le reconoce el derecho; razón por la que nada podrá transmitir». En el mismo sentido, SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 14 noviembre 2007 (JUR 148380) y 13 febrero 2008 (JUR 97949).

¹²⁰ SEUBA TORREBLANCA, p. 401-403.

«[es] una libre opción de legislador, que en el presente caso se concibe en términos objetivos, no arbitrarios, y en la que se han valorado las limitaciones inherentes al gasto público -lo que constituye un interés igualmente protegible, ex art. 31.3 CE - como igualmente la consideración relativa a que las personas hemofílicas y las que han padecido otras coagulopatías congénitas, tal como se deduce de los debates parlamentarios, han visto añadida a una primera dolencia congénita, la agravación que ha derivado del padecimiento del virus de la hepatitis C, como consecuencia de haberse visto sujetas de forma continuada a las necesarias transfusiones, lo cual constituye una situación claramente distinta de aquellas personas que han padecido únicamente el contagio del virus de la hepatitis C en hospital perteneciente al sistema sanitario público, y sin que pueda entenderse exigible al legislador una configuración del otorgamiento de las ayudas sociales en términos absolutos y sin límite alguno, con una eficacia extensiva a otros beneficiarios no expresamente contemplados, lo que constitucionalmente no resulta exigible.¹²¹»

Más allá del riesgo de proliferación de fondos por una especie de efecto contagio en otros colectivos, y de la amplitud o del alcance que deba darse en la aplicación de cada uno de los fondos establecidos, subyace al tema la desigualdad de trato de unas víctimas con respecto a otras.¹²² El problema se agudiza si quien financia el fondo es el Estado, que debería justificar por qué los beneficiarios de un fondo tienen un derecho a ser indemnizados mientras que otras víctimas, que tal vez padecen daños igualmente graves en otros contextos, carecen de esa alternativa y deben conformarse con las acciones de responsabilidad civil, que tienen carácter general pero que en su caso tal vez también carecen de posibilidades de éxito. En este punto, la libertad de configuración del legislador, en particular en el destino de los recursos para atención social, no debería generar diferencias irrazonables ni caprichosas, y el establecimiento de una medida que facilite la reparación de los daños debe ser proporcionada al número de personas afectadas, a la gravedad de los daños sufridos por estas y a las dificultades sustantivas y procesales de obtener una reparación rápida y suficiente de sus perjuicios con cargo a los posibles responsables. Estos factores servirían para explicar por qué se obvia el medio general de tutela puesto a disposición de los ciudadanos y se crea otro, especial y limitado a cierto tipo de personas¹²³.

¹²¹ SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) 6 junio 2007 (JUR 199268), 11 julio 2007 (JUR 229141) y 10 octubre 2007 (JUR 325059) entre muchas otras.

¹²² VANSWEEVELT / WEYTS / VANHOOFF / WATTS, p. 210-211 dedican particular atención a este punto.

¹²³ Véase la experiencia constitucional francesa y alemana sobre esta cuestión en KNETSCH, *Le droit de la responsabilité*, pp. 275-276. En la misma línea, como conclusión general, VANSWEEVELT / WEYTS / VANHOOFF / WATTS, p. 212.

4. A modo de ejemplo: la propuesta de fondo de indemnización de víctimas de amianto

Todos los elementos de carácter técnico y político-jurídico en torno a la puesta en marcha de fondos de indemnización se han reflejado, aunque muy sucintamente, en el debate en torno a una proposición de ley de creación del fondo de indemnización de afectados por el amianto¹²⁴.

4.1. Objeto del fondo y beneficiarios

La proposición de ley del parlamento vasco apuntaba en términos generales a «la reparación íntegra de los perjuicios tanto de toda aquella persona que haya obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto como de toda persona que haya padecido un perjuicio resultante de una exposición al amianto en el territorio del Reino de España» (art. 2)¹²⁵. En las enmiendas presentadas a este texto por los diversos grupos parlamentarios ya se revelaron distintos modos de encarar este tema¹²⁶. Así, en la enmienda nº 3, el grupo parlamentario Ciudadanos propuso añadir a la Exposición de Motivos un apartado en el que explícitamente se vinculasen las prestaciones del fondo a la responsabilidad del Estado por los daños producidos por el amianto¹²⁷. Por otro lado, el mismo grupo deseó matizar que los perjuicios a cargo del fondo sólo debían ser los causados «a la salud», no cualesquiera otros que hubiera padecido la víctima o los solicitantes de indemnizaciones¹²⁸.

La cuestión política de fondo la puso de manifiesto muy claramente el texto alternativo presentado por el grupo parlamentario socialista. Para este grupo, la justificación del fondo de indemnización se encontraría en el «principio de solidaridad que ha de regir en la reparación de situaciones como la descrita». Por eso el texto alternativo comienza señalando que en España ya «se han dado importantes pasos para la eliminación de esta problemática desde el punto de vista preventivo y se cuenta con una cobertura social adecuada para reparar sus consecuencias». En particular, se considera que «la Seguridad Social da cobertura a esta problemática mediante el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de

¹²⁴ Véase *supra* § II.3.

¹²⁵ Véase también art. 13 (*Titulares del derecho*).

¹²⁶ BOCG, Congreso, Serie B, nº 109-4, 9 octubre 2018.

¹²⁷ «Esta Ley pretende reconocer la responsabilidad del Estado en los afectados y fallecidos a causa del amianto como consecuencia de su inacción en la retirada de este material y prevención de los trabajadores que lo manipularon cuando ya existían advertencias e indicios y normativa contrastados sobre sus efectos perjudiciales para la salud y reparar a las víctimas y sus familias».

¹²⁸ Enmienda nº 12.

enfermedad profesional»¹²⁹. Este enfoque lleva a la conclusión que el futuro fondo de indemnización de afectados por el amianto no podría dirigirse a los *trabajadores* sino únicamente a las personas «que hayan podido quedar expuestas al amianto por causas ajenas al trabajo y ello haya afectado a su salud, llegando a producirles una discapacidad o, incluso el fallecimiento, y que no gozan de una protección específica». Como consecuencia, la delimitación de los posibles beneficiarios también es mucho más restrictiva que en la proposición de ley original. Según las enmiendas del grupo socialista, sólo podrían acceder a las prestaciones del fondo «*las personas que hayan estado expuestas al amianto en España y que, habiendo residido legalmente en el país durante al menos diez años, hayan quedado afectas de una discapacidad permanente en grado igual o superior al 33 por ciento y no causen derecho a pensión o prestación del Estado, Seguridad Social o cualquier otro sistema público de previsión social, así como los familiares de quienes fallezcan por esa causa que se determinen reglamentariamente*»¹³⁰.

Por lo tanto, en la propuesta del grupo socialista se trata de un fondo de indemnización muy distinto al diseñado en la proposición de ley. El fondo del texto alternativo es de carácter totalmente subsidiario de los derechos que, en razón de la discapacidad, la persona afectada haya causado frente a cualquier sistema público de protección social, tanto de carácter contributivo como no contributivo, y basado o no en una discapacidad resultado de una enfermedad profesional. En cuanto a su alcance, la finalidad del fondo tampoco sería desde luego ofrecer un «resarcimiento integral»¹³¹,

¹²⁹ Las enfermedades relacionadas con el asbesto fueron calificadas como enfermedades profesionales a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social y la prestación de servicios de salud a partir de 1947, cuando la asbestosis se incluyó en la lista oficial mediante un decreto emitido el 10 de enero de 1947. En 1978 se incluyeron el cáncer y el mesotelioma pleural y peritoneal. No obstante, en la práctica, existen graves dificultades de reconocimiento oficial de la realidad de algunas dolencias como enfermedades profesionales. Algunas fuentes cifran en solo el 6,4% de los hombres y el 4,4% de las mujeres que fallecieron por mesotelioma pleural atribuible a exposición laboral al amianto entre 2007 y 2011 y que hubiesen sido reconocidos como enfermos profesionales por la Seguridad Social. La tasa de infraregistro de los fallecidos por cáncer de bronquio y pulmón atribuibles a exposición laboral al amianto aún es mayor: el 98,8%. Así lo rece el experto de la Universidad de Granada, Alfredo Menéndez Navarro. Entrevista disponible en <https://www.efesalud.com/amianto-salud-metro-de-madrid>.

¹³⁰ Enmienda nº 40.

¹³¹ En la justificación de la enmienda nº 40 el grupo parlamentario socialista señala que la pretensión de un resarcimiento integral «supone una compensación muy amplia que, además, no tiene en cuenta que cuando las personas afectadas son trabajadores están especialmente protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social».

como afirma la proposición de ley, sino únicamente «las ayudas que se determinen reglamentariamente»¹³².

4.2. Coste y financiación del fondo

Debido al tipo de iniciativa parlamentaria —una proposición de ley— se carece de antecedentes y de memoria económica que pudiesen aportar datos acerca de las previsiones del coste de implantar un fondo de indemnización como el propuesto. La realidad a la que hace referencia la iniciativa, sin embargo, abarca diferentes tipos de supuestos y sobre ella se proyecta la necesidad de reparación de daños. Las estimaciones realizadas por distintos agentes sitúan la cifra de víctimas graves por exposición al amianto en torno a 50.000 personas durante el primer tercio del siglo XXI, con una media 1000 fallecidos anuales. Una proyección similar resulta de la comparación con los datos en otros países industrializados a partir de la variable de la importación de amianto durante el siglo XX¹³³.

Según la proposición de ley, el fondo debería nutrirse a través de aportaciones obligatorias de varias fuentes: a) de todos los empresarios a que se refiere el número 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, tanto públicos como privados, por los trabajadores por cuenta ajena que tengan a su servicio, vinculados por relación laboral ordinaria; y también b) de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (véase art. 12).

Las enmiendas del grupo parlamentario popular se dirigieron a descartar de plano estas obligaciones¹³⁴. En el mismo sentido, el texto alternativo presentado por el grupo socialista hace recaer la financiación del fondo íntegramente sobre los presupuestos del Estado, sin perjuicio de aplicar los recursos obtenidos de la posible subrogación en

¹³² Enmienda nº 41, cuya motivación reza: «Se remite al desarrollo reglamentario de la ley las ayudas a reconocer a cargo del Fondo a favor de las personas a las que se refiere el artículo 2, por considerarse más adecuado, dada la disparidad de situaciones a proteger que pueden darse».

¹³³ Al igual que en otros países industrializados, desde los años cuarenta del siglo XX hasta finales de los años ochenta en España, el amianto se utilizó ampliamente en una gran cantidad de procesos industriales y en la fabricación de muchos productos de uso actual. Durante todo el siglo XX se importaron unas 2.600.000 toneladas de amianto. El pico máximo de consumo se produjo entre los años 1970 y 1980. Las importaciones de amianto alcanzaron su punto máximo en 1977 (140,000 Toneladas). Unas tres cuartas partes se utilizaron para fabricación de fibrocemento para la construcción, cifra similar a la de otros países. Se calcula en unas 2.300.000 toneladas el consumo de amianto entre los años 1960 y 1995.

¹³⁴ Véanse enmiendas nº 50, 51 y 52.

los derechos de los afectados a la financiación del fondo¹³⁵. Según el grupo socialista, imponer una nueva carga carece de justificación, tanto más cuanto que el fondo cubre a beneficiarios que no son trabajadores. En el diseño propuesto por el parlamento vasco, se considera que se gravaría a empresarios «con independencia de que en sus centros de trabajo no haya posibilidad de exposición al amianto y no haya existido tal posibilidad en algún momento». El grupo socialista considera en cambio que «no tiene sentido incrementar la cotización a la Seguridad Social, o recurrir a aportaciones de las mutuas, cuyos recursos tienen el mismo origen, para financiar una compensación por unos daños que no se han producido necesariamente con ocasión del trabajo».

Repárese en que la argumentación de las enmiendas del grupo socialista evidencia la necesidad de basar la eventual financiación del fondo por sujetos privados en criterios plausibles de conexión entre la actividad de éstos y los perjuicios que se indemnizan. El fondo se coloca en cierto modo en el lugar que debería ocupar el responsable de los perjuicios, si fuera fácilmente determinable y condenado a reparar el daño sufrido por las personas afectadas. No obstante, ni la proposición de ley, ni ninguna de las enmiendas, hacen referencia a la posible contribución a la financiación del fondo por las empresas importadoras de amianto o por las empresas que lo habían empleado en sus actividades durante decenios. Lo cual no impide que la proposición de ley disponga expresamente que «la aceptación de la oferta supondrá la renuncia de las acciones jurisdiccionales de indemnización en curso y hará inadmisibles cualquier otra acción jurisdiccional futura para reparación del mismo perjuicio» (art. 17.2 *pr*). Por consiguiente, de llegar a ver la luz del día, la creación del fondo y el cobro de las indemnizaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado supondría un alivio para empresas como la antigua URALITA (hoy COEMAC) y muchas otras, que en el pasado se beneficiaron de un uso intensivo del amianto en numerosos procesos industriales y contra las que, de un tiempo a esta parte, se ha desencadenado un verdadero ciclón de sentencias condenatorias¹³⁶. Al poner fin a las acciones futuras y

¹³⁵ Enmienda nº 42: «Artículo 4. Financiación. 1. El Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto se dotará con cargo al Presupuesto del Estado por el importe que determine la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, se financiará con el importe de las indemnizaciones por responsabilidad civil que se acuerden y hagan efectivas, en su caso, en favor de los afectados o sus familiares en vía judicial».

¹³⁶ La litigación en diversos órdenes jurisdiccionales no ha parado de aumentar, sobre todo en relación con demandas presentadas por antiguos trabajadores o sus causahabientes contra las empresas o entidades para las que trabajaron para obtener indemnizaciones por responsabilidad empresarial en el marco del contrato de trabajo. Aunque con retraso respecto a otros países, también se han admitido las demandas de los cónyuges o familiares de trabajadores colateralmente afectados por la exposición al amianto en sus domicilios, proveniente de la ropa de trabajo con fibras de amianto. Y por último, reclamaciones dirigidas por vecinos de las comunidades en las que se ubicaban factorías o centros de trabajo de los que se esparcía polvo de amianto, afectando la salud de aquéllos. Entre otras muchas, en

también a las que están en curso, las empresas podrían frenar los costes de una litigación que está drenando sus balances y poniendo en riesgo su continuidad¹³⁷. Como mínimo en los casos de aquellas víctimas que no puedan o no deseen esperar al siempre incierto resultado de una acción judicial. Si los importes que deba abonar el fondo de indemnización son suficientemente generosos, es probable que muchas víctimas desistan de entablar o de proseguir sus acciones civiles¹³⁸.

Se dirá que ese alivio es momentáneo, dado que la norma también establece la subrogación del Estado en los derechos de las víctimas¹³⁹. Pero repárese en que la vía de regreso es discrecional y puede suceder que, llegado el caso, el gobierno de turno decida no repetir lo que se acaba abonando.

V. ¿INDEMNIZAN REALMENTE LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN?

Al situarse entre la responsabilidad civil y las medidas de seguridad social o asistencia social, conceptualmente los fondos de indemnización se pueden caracterizar por perseguir el resarcimiento integral del daño corporal padecido por las víctimas¹⁴⁰. Esto no quiere decir que siempre sea así, ni siquiera que deba serlo, especialmente si los fondos se nutren de dinero público. Esto incide sobre el diseño legal del ámbito de aplicación del fondo, así como sobre el alcance cualitativo o cuantitativo de las medidas resarcitorias. De ahí que la pregunta pertinente no es si el fondo resarce íntegramente

la jurisdicción social STS 25 abril 2012 (RJ 8526), nº 1103/2018, 21 diciembre 2018 (RJ 6108) y nº 97/2019, 7 febrero 2019 (RJ 1318). En la jurisdicción civil, véase especialmente STS nº 639/2015, 3 diciembre 2015 (RJ 2016, 135) y Autos 28 junio 2017 (RJ 3508) y 31 octubre 2018 (JUR 297902). Toda esta litigación, a pesar de la tendencia al reconocimiento de la responsabilidad de la empresa para con sus trabajadores o en general respecto a las víctimas demandantes, presupone la inversión de mucho tiempo y esfuerzo por parte de éstos. Por lo demás, en no pocas ocasiones el pleito ha sido en vano al apreciarse la prescripción de la acción.

¹³⁷ Jordi Ribalague («Alarma en las víctimas del amianto: “Uralita quiere irse de rositas”», *El Mundo* 11 febrero 2020) informa que hasta finales de 2018, la antigua Uralita consignaba en reserva 27,8 millones de euros para atender litigios pendientes. Pagó 10,2 millones aquel año, fruto de procedimientos ya firmes. La firma declaró 15,6 millones de euros en pérdidas en 2018, el ejercicio más reciente con datos publicados; en cambio, ganó 8,6 millones en 2017, tras un trienio cerrando con déficit. Las auditorías señalaron en los últimos años que el futuro de Coemac era incierto y lo ligaban al resultado de los pleitos. En nota que envió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Coemac se dice incapaz de generar ingresos suficientes para resarcir los daños que causó con el amianto.

¹³⁸ FENN, Paul; RICKMAN, Neil, «Personal Injury Litigation», en P. Cane, H. M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, OUP, 2010, p. 254.

¹³⁹ «Dictada la resolución de indemnización y aceptada por el solicitante, el Fondo para la Indemnización de las Víctimas del Amianto se subrogará en todos los derechos y acciones que correspondiesen a los titulares del derecho contra la persona responsable del perjuicio y contra las personas u organismos que debieran reparar el daño total o parcialmente» (art. 19).

¹⁴⁰ Véase supra § III.4.

los daños, sino si permite obtener una indemnización *razonable* a las víctimas a quienes se dirige.

Las indemnizaciones a cargo del fondo de garantía del SOA no plantean dudas acerca de su razonabilidad, más allá de las generales que puedan plantearse respecto a ciertos límites cuantitativos y cualitativos del actual sistema de valoración de los daños a las personas en la LRCSCVM¹⁴¹. En cambio, en las denominadas ayudas sociales para personas contagiadas de VIH o VHC la situación es sangrante. Primero, porque en ambos casos se requiere «la renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones... contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias o el personal de las mismas»¹⁴². Lo cual supone de hecho renunciar a la indemnización de una parte significativa de los daños. Además, existen grandes diferencias entre los derechos económicos reconocidos a las personas contagiadas con VIH y los derechos de las personas hemofílicas contagiadas con VHC. Las primeras tienen derecho a una indemnización de 10 Millones PTA (60.000 €) y, además, a una pensión vitalicia de hasta dos veces el SMI¹⁴³. Las personas con hemofilia contagiadas de VHC, en cambio, sólo tienen derecho a una indemnización de 18.030€. Una evidencia de la insuficiencia de esta suma es que muchas comunidades autónomas han optado por conceder indemnizaciones de 12.000€ —en principio a título de “subvenciones”¹⁴⁴— que son

¹⁴¹ El importe total por prestaciones pagadas se cifró en 2017 en 46,08 Millones de euros. 36,1 Millones correspondieron a expedientes de vehículos “sin seguro”, 18,4 Millones a siniestros por vehículos desconocidos y 2,5 Millones a vehículos robados. En 2017 se intensificó el control de las reclamaciones por vehículos desconocidos, habiéndose denegado un 60,6% de las reclamaciones registradas y habiendo disminuido las prestaciones y gastos pagados en un 7,3% (CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS, *Informe Anual 2017*, p. 154). El coste medio de los siniestros en que está involucrado un vehículo desconocido en la última década se sitúa en 11.354 € (CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS, *Informe Anual 2018*, p. 165).

¹⁴² Art. 3.2 Real Decreto-ley 9/1993. Para el caso de reclamaciones por contaminación de VHC, véase arts. 3.5 Ley 14/2002, de 5 de junio, y 2.3 Real Decreto 377/2003. En cambio, las prestaciones a cargo de los fondos se declaran expresamente compatibles con cualquier pensión pública que se tenga derecho a percibir (art. 3.1 Real Decreto-ley 9/1993).

¹⁴³ Para atender los pagos previstos para poner en funcionamiento las ayudas a infectados con sangre contaminada por VIH en su día se acordó un crédito extraordinario de 6.610 Millones de PTA (aproximadamente 40 Millones de euros). Las pensiones de clases pasivas para este tipo de víctimas, dotadas inicialmente con un fondo inicial de 519 Millones de PTA (aproximadamente 3,1 Millones de euros), vienen costando cada año algo menos de esa cifra (en el último trimestre de 2018, el coste fue de 2.449.689,44 euros). Fuente: SECRETARÍA DE ESTADO DE PRESUPUESTOS Y GASTOS. DIRECCIÓN GENERAL DE COSTES DE PERSONAL Y PENSIONES PÚBLICAS, *Importes trimestrales de las pensiones abonadas por clases pasivas. Año 2018* (disponible en www.clasespasivas.sepg.pap.hacienda.gob.es)

¹⁴⁴ Por ejemplo, Orden 4/2015, de 1 de abril, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Rioja (BOLR nº 48, 10 abril 2015). Aunque véase por ejemplo el preámbulo de la Ley balear 14/2016, de 26 octubre (BOIB Nº 138, 1 noviembre 2016), que recuerda que el artículo 2.4.d) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, excluye del carácter de tales las prestaciones a favor de las

compatibles con la indemnización estatal¹⁴⁵. En alguna comunidad ese importe incluso se incrementa cuando la persona beneficiaria no ha percibido la indemnización estatal¹⁴⁶. En cualquier caso, las ayudas autonómicas son incompatibles entre sí, de modo que se deniegan si la persona solicitante ya hubiera recibido alguna por el mismo concepto en el ámbito territorial de otra comunidad autónoma¹⁴⁷.

En contraste con la situación de las personas contagiadas de VIH o VHC, las ayudas reconocidas a las personas afectadas por la talidomida tienen importes bastante más elevados. A tenor del artículo 3 Real Decreto 1006/2010 el Estado se comprometió a abonar un mínimo de 30.000€ y un máximo de 100.000€, a determinar en función de horquillas que aumentaban la indemnización según el porcentaje o grado de discapacidad acreditado¹⁴⁸. A pesar de que en este caso las cuantías parecen más razonables, no es menos cierto la inmensa mayoría de solicitudes fue denegada. De ahí que en 2018 se aprobara la ampliación de los supuestos y un cálculo distinto de las indemnizaciones, pasando a multiplicarse cada punto porcentual de discapacidad por 12.000€¹⁴⁹. La previsión presupuestaria para 2019 fue de 20 Millones de euros¹⁵⁰. El propio informe gubernamental adjunto al borrador de real decreto calificó esa suma de «insuficiente». Pese a ello, el ministerio de sanidad efectuó una extrapolación de costes consistente en prever que sólo una cuarta parte de las nuevas solicitudes de evaluación conduciría a elevar un informe provisional, de las cuales sólo obtendrían una validación positiva un tercio. Es decir, se estimaba que únicamente entre 38 y 44 personas, que representarían un 10% de las solicitudes previstas, recibiría indemnización. Esta suma cuadraba el número de los potenciales beneficiarios con el coste total presupuestado.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones que perciben las víctimas de delitos dolosos violentos, la LAVDV tipifica los daños que cubre el fondo: la *muerte*, las lesiones *invalidantes* en diversos grados, la incapacidad temporal *que afecte a la víctima a partir*

personas afectadas por el síndrome tóxico y *las ayudas sociales reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio*.

¹⁴⁵ Cf. Base 4ª 1 Orden de la Consejería Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha de 5 de julio 2010 (DO. Castilla-La Mancha, nº 134, 14 julio 2010) o Art. 2.3 Ley asturiana 10/2015, de 20 marzo, de ayudas sociales a enfermos de Hepatitis C por tratamiento recibido del Sistema Sanitario (BOPA nº 80, 8 abril 2015).

¹⁴⁶ Base 3ª Orden de la Consejería de Sanidad de las Islas Canarias, de 4 de septiembre 2009 (BOC nº 185, 21 septiembre 2009).

¹⁴⁷ Por ejemplo, DA única Decreto Consejo de Gobierno de Cantabria 40/2015, de 22 de mayo (BOC nº 105, 4 junio 2015).

¹⁴⁸ 30.000 € (33%-44%), 60.000 € (45%-64%), 80.000 € (65%-74%); 100.000 € (75% o superior).

¹⁴⁹ Además, está prevista la obtención gratuita de prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas que sean precisas para desempeñar las actividades básicas de la vida diaria, así como para suplir las deficiencias causadas por las lesiones originadas por la embriopatía (§§ 2 y 3 1 DA 56ª Ley 6/2018).

¹⁵⁰ Esta previsión no llegó a materializarse al prorrogarse la LPGE 2018.

de los seis meses del hecho delictivo y, en los delitos contra la libertad sexual, la necesidad de ayuda psicológica. El § III del preámbulo de la LAVDV recalca además que «no cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito»¹⁵¹. De este marco legal se desprende, por tanto, que no todos los conceptos perjudiciales del daño corporal son indemnizados, y que los que lo son se centran en las consecuencias económicas, salvo la referencia explícita a la ayuda psicológica, limitada a los casos de delitos contra la libertad sexual. Pese a que cabe aventurar que las sentencias condenatorias contendrán una indemnización por todos los conceptos, basada en gran medida en los perjuicios de carácter moral, el legislador parece excluir el reconocimiento e indemnización de este tipo de daño. Por otra parte, en el plano cuantitativo, un trabajo de Natalia Pérez Rivas incluye una tabla elaborada con datos oficiales hasta 2015 de la que se desprenden conclusiones muy reveladoras.

En esa tabla consta que desde 1995 se habían reconocido un total de 1022 víctimas directas de delitos dolosos violentos y 2159 víctimas indirectas de la muerte de personas a consecuencia de esos mismos delitos¹⁵². El porcentaje de solicitudes positivas fue del 29,77% (3181). La mayor parte corresponde a las solicitudes de familiares de fallecidos (2159). Las ayudas a víctimas directas, en cambio, tuvieron un porcentaje de resolución positiva muy bajo (16,86%). En un cálculo rápido y muy superficial, los datos revelan que se habría indemnizado anualmente a una media de 50 víctimas directas y 100 indirectas. La cifra parece muy baja. Comparándola con los registros de hechos conocidos por la policía y que encajan en el ámbito de aplicación de la LAVDV, se puede constatar que entre 2014 y 2018 el número de homicidios/asesinatos consumados fue superior a 200 por año, el de delitos de lesiones rondó los 78.000 anuales y el de agresiones sexuales graves paso de poco más de 6000 a más de 9.000¹⁵³. Por otro lado, según los datos publicados por Pérez Rivas el montante total de las ayudas otorgadas desde 1995 fue de 55.286.783,23 €¹⁵⁴.

¹⁵¹ Énfasis añadido.

¹⁵² PÉREZ RIVAS, *Lex*, nº 18-II, 2016, p. 126.

¹⁵³ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2018*, Tabla 3.1.3. p. 163. Disponible en <http://www.interior.gob.es/ca/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas>.

¹⁵⁴ En las estadísticas de clases pasivas constan datos desde 2011 del importe total abonado por estos conceptos, sin desglosar tipología de víctimas. En el primer trimestre de 2019, el Estado había abonado 724.752,47 € en ayudas de la LAVDV y en 2018 el importe global ascendió a 2.639.368,84 €, sin que conste el número ni el tipo de beneficiarios. Información disponible en <https://www.clasespasivas.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/QuienesSomos/EstadisticasInformes/Paginas/Beneficiarios.aspx>

Dividiendo el importe total correspondiente a cada tipo de víctimas resulta que el coste medio por víctima directa sería de 13.700 € y por víctima indirecta de 19.116 €. Habida cuenta de que la LAVDV se limita a los casos más graves, puede concluirse que el importe de las indemnizaciones realmente concedidas no es ni suficiente, ni proporcionado. Si a ello se añade que existen numerosos conceptos perjudiciales que quedan sin indemnizar, cabe concluir que este fondo no sirve para ofrecer a las víctimas una indemnización razonable. Muy pocas de las víctimas que deberían serlo son indemnizadas, y las que lo son reciben una indemnización mínima¹⁵⁵.

Por lo que hace a las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo, la memoria de la Dirección General de Atención a las Víctimas del Terrorismo de 2017 señalaba que el total de víctimas reconocidas era de 10.230 personas, de las cuales 1442 fallecidos y 4828 heridos. Entre 1999 y 2017 se habrían abonado, sumando las indemnizaciones baremadas y las determinadas por sentencia judicial, 872.418.238,51€¹⁵⁶. A falta de otros datos, la media aritmética es de 139.141,6€ por víctima, lo que hace pensar en indemnizaciones muy elevadas para los casos más graves y razonables para los menos graves. Cabe señalar, con todo, que la Ley 32/1999, de 8 de octubre, *de solidaridad con las víctimas del terrorismo*, en su artículo 2 también establecía que el Estado sólo se haría cargo de los «daños físicos o psicofísicos» y el reglamento¹⁵⁷ explicitaba que «no serán indemnizables los daños materiales *ni los daños morales* sufridos por las víctimas como consecuencia de los actos o hechos a que se refiere el artículo primero, aun cuando unos y otros hubieran sido reconocidos en sentencia firme» (art. 2.2). En la legislación vigente no hay rastro de estas exclusiones. Respecto a los daños corporales, se dice que las obligaciones asumidas por el Estado se extenderán al pago de las indemnizaciones que traigan causa de las contingencias que expresamente refiere (fallecimiento, gran invalidez, invalidez permanente total, absoluta y parcial, lesiones permanentes no invalidantes y secuestro)¹⁵⁸.

¹⁵⁵ La doctrina especializada, además, denuncia la brevedad del plazo establecido, la complejidad procedimental, la insuficiencia o inadecuación de oficinas de atención a las víctimas, y la inexistencia de protocolos de atención a las víctimas, entre otros problemas limitan seriamente su efectividad. SOLETO MUÑOZ, Helena; GRANÉ CHÁVEZ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 24. Véase también PÉREZ RIVAS, *Lex*, nº 18-II, 2016, p. 125, y allí más referencias.

¹⁵⁶ 137.892.721,85€ se abonaron en el período 2012-2017, es decir, tras la aprobación de la LRPVIT.

¹⁵⁷ Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre (BOE nº 305, 22 diciembre 1999).

¹⁵⁸ Art. 16 RRPVIT.

VI. REFLEXIONES FINALES

Tras el repaso de las medidas legales hoy vigentes, cabe constatar que los fondos de indemnización del daño corporal existentes en Derecho español mantienen una elevada consistencia técnica en cuanto a sus presupuestos y características principales. Aunque son muy pocos supuestos¹⁵⁹, en todos los casos parece respetarse la premisa según la cual el fondo existe y debe servir para franquear los obstáculos que impiden a las víctimas obtener la reparación de sus perjuicios por la vía ordinaria de la responsabilidad civil¹⁶⁰. Se ha podido constatar, no obstante, que en muchos casos la indemnización ofrecida a las víctimas no es ni siquiera mínimamente razonable, que existen notorias diferencias entre lo que abona un fondo u otro para un mismo daño y que, en ocasiones, no se calibra bien el coste de las medidas antes de adoptarlas, lo cual ha obligado al Estado a recurrir al crédito presupuestario extraordinario¹⁶¹.

Por lo demás, la posición de los fondos de indemnización es bastante residual y conviven con otras medidas de carácter público o privado dirigidas a la reparación de los daños corporales. Queda para un trabajo ulterior examinar cuál es la relación entre las pretensiones frente a los fondos de indemnización y las acciones de responsabilidad civil de las víctimas frente a terceros, así como qué grado de compatibilidad tienen las indemnizaciones debidas por los fondos respecto a las prestaciones de la seguridad social o a los derechos derivados de contratos de seguro. A menudo cada derecho o pretensión ha surgido de un modo enteramente independiente de los demás, y ha evolucionado por circunstancias coyunturales. Como no podía ser de otra manera, este errático proceso de ensayo y error en el reconocimiento de derechos y prestaciones ha producido un modelo que carece de la coherencia que sería deseable y que se refleja en la elevada incidencia tanto de la infracompensación como de la sobrecompensación¹⁶². Una y otra solo pueden minimizarse mediante el desarrollo de criterios que sirvan para determinar la relación de prioridad o de subsidiariedad que guardan entre sí los diversos sistemas de compensación de daños corporales, incluidos los fondos de indemnización.

¹⁵⁹ Es muy posible que la falta de desarrollo del tema en España tenga que ver con que supuestos presentes en otros ordenamientos se abordan aquí relajando los requisitos para establecer la responsabilidad de la administración o empresa concernida. Así, por ejemplo, los daños vinculados con vacunaciones obligatorias (véase STS Sala Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 18 septiembre 2007 [RJ 7062]) o a infecciones nosocomiales (en el plano civil, por todas STS nº 446/2019, 18 julio 2019 (RJ 3471)).

¹⁶⁰ JUTRAS, p. 169.

¹⁶¹ SEUBA TORREBLANCA, p. 397 informa que en el caso de sangre contaminada con VIH el presupuesto inicial de 7.129 Millones de pesetas se desbordó hasta más de 17.500 Millones.

¹⁶² En este sentido, agudamente, REGLERO CAMPOS, L. Fernando, en *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1º, 4ª ed. Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 51.

BIBLIOGRAFÍA

DUFWA, Bill, «Informe general: *sistemas alternativos de indemnización en daños personales*», *Revista española de seguros* nº 112, 2002, pp. 491-506.

FENN, Paul; RICKMAN, Neil, «Personal Injury Litigation», en P. Cane, H. M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, Oxford, 2010, p. 235-256. 254.

FIORE, Karine, «No-fault compensation systems», en M. Faure (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1 (Tort Law and Economics), 2ª ed., Cheltenham, Elgar, 2009, pp. 406-432.

GRUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE (GRERCA), *La socialisation de la réparation: fonds d'indemnisation et assurances*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

HALSELL, Kaitlin, «Whole Again? Statutory Compensation Schemes as a Tort Alternative in the Aftermath of Terror Attacks», *Temple Int'L & Comp. L.J.* nº 30(2), 2016, pp. 289-316.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000.

JUTRAS, Daniel, «Alternative compensation schemes from a comparative perspective», en M. Bussani, A. J. Sebok (eds.), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 151-170.

KNETSCH, Jonas,

- *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds: Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemand*, LGDJ, Paris, 2013.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8ª ed. Dalloz, Paris, 2016.

MACLEOD, Sonia, HODGES, Christopher, et alii, *Redress schemes for personal injuries*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; PÉREZ MACHÍO, Ana I., «Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública* nº 99-100, 2014, pp. 2107-2128.

NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015», *Revista de Bioética y Derecho*, nº 37, 2016, pp. 133-148.

PAZOS, Ricardo, «Panorama général et typologie des fonds», en GRERCA (Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance), *La socialisation de la*

réparation: fonds d'indemnisation et assurances, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 111-118.

PÉREZ RIVAS, Natalia, «El modelo español de compensación estatal a las víctimas de delitos», *Lex*, nº 18-II, 2016, pp. 107-128.

- «Las ayudas compensatorias a las víctimas de terrorismo: análisis de la Ley 29/2011 y su reglamento de desarrollo», *Estudios de Deusto*, nº 64/2, 2016, pp. 157-188.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, 4ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

SANZ PARRILLA, Milagros, «Informe presentado por la sección española de AIDA», *Revista española de seguros* nº 112, 2002, pp. 556-577.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (coords.), *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo*, Eolas, Madrid, 2014.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas: respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002.

SOLETO MUÑOZ, Helena; GRANÉ CHÁVEZ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, Dykinson, Madrid, 2018.

VAQUERO PINTO, Mª José, «Historia del caso de la Talidomida. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil. Prescripción y amparo constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, nº 31, 2017, pp. 275-316.

VANSWEEVELT, Thierry; WEYTS, Britt; VANHOOFF, Larissa; WATTS, Kim, «Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future» en T. Vansweevelt; Britt Weyts (eds.), *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 189-213.

WAGNER, Gerhard, «Comparative Tort Law» en M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2019, pp. 994-1029.

Fecha de recepción: 22.03.2020

Fecha de aceptación: 12.09.2020