

HISTORIA DEL CASO DE LA TALIDOMIDA.
DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.
PRESCRIPCIÓN Y AMPARO CONSTITUCIONAL

History of Thalidomide legal case. *Dies a quo* of
the statute of limitations on civil liability actions.
Limitation period and constitutional protection

MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO
Universidad de Salamanca
chevaq@usal.es

Cómo citar/Citation

Vaquero Pinto, M. J. (2017).

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, 31, 275-316.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.07>

(Recepción: 15/08/2017. Aceptación tras revisión: 21/09/2017. Publicación: 27/11/2017)

Resumen

A través de un Auto de 22 de julio de 2016, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo presentado por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España, integrada por las personas que nacieron con malformaciones como consecuencia de la ingesta de talidomida por sus madres en los primeros meses de gestación hace más de cincuenta años. En primera instancia, dicha asociación había conseguido una sentencia condenatoria contra Grünenthal Pharma, la distribuidora en España de la compañía alemana que había sintetizado y patentado el principio activo de la talidomida. Sin embargo, tanto la Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal

Supremo consideraron que la acción estaba prescrita cuando se planteó respecto de los daños permanentes cuya indemnización se solicitaba. Según el Tribunal Constitucional, era manifiesta la inexistencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial, pues se había producido una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia.

Palabras clave

Talidomida; daños; prescripción; amparo constitucional.

Abstract

By means of an order dated July 22, 2016 the Constitutional Court dismissed the constitutional appeal for protection of rights lodged by the Association of Victims of Thalidomide in Spain. This is composed of people born with malformations as a result of the intake of thalidomide by their mothers during the first months of gestation more than fifty years ago. In the first instance, the Association of Victims of Thalidomide in Spain had obtained a conviction against Grünenthal Pharma, the distributor in Spain of the German company that synthesized and patented the active substance of thalidomide. However, both the Provincial Court of Madrid and the Supreme Court considered the statute of limitation had lapsed in respect of the permanent damages for which compensation was sought. According to the Constitutional Court, there has been no violation of the right to judicial protection, for there has been a dismissal of the merits of the appeal and not a denial of access to justice.

Keywords

Thalidomide; torts; statute of limitations; constitutional protection.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRAGEDIA DE LA TALIDOMIDA: 1. Repercusiones mundiales. 2. Particularidades del caso español. 3. Ayudas a los afectados a través de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, y el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto: a medio camino entre la solidaridad y la responsabilidad. III. LA DEMANDA DE LA ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA. PROBLEMAS DERIVADOS DEL COMPLEJO SISTEMA DE COMERCIALIZACIÓN DEL MEDICAMENTO: OBLIGACIÓN *IN SOLIDUM* Y RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO. IV. EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 19 de noviembre de 2013. 2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de octubre de 2014. 3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015. 4. Valoración de la respuesta judicial al asunto del *dies a quo* del plazo de la acción de responsabilidad civil: 4.1. *Un argumento falaz: la primacía de la justicia sobre la seguridad jurídica en la determinación del dies a quo cuando el caso es excepcional*. 4.2. *Sobre el carácter puramente instrumental de las clasificaciones sobre daños*. V. PRESCRIPCIÓN Y AMPARO CONSTITUCIONAL: EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE JULIO DE 2016. VI. PERSPECTIVAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO PARA LOS TALIDOMÍDICOS ESPAÑOLES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid (SJPIM) de 19 de noviembre de 2013 (AC 2013, 2288) estimó, en parte, la demanda interpuesta por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) contra la compañía farmacéutica Grünenthal Pharma S. A., sucesora de Medinsa, la distribuidora en España de Chemie Grünenthal GmbH hace más de medio siglo, cuando se descubrió el efecto teratogénico del medicamento. El pronunciamiento generó unas serias expectativas de indemnización para los afectados por la talidomida que durante décadas han sufrido las malformaciones causadas por el fármaco y las consecuencias derivadas de estas¹. Sin

¹ Esta sentencia constituyó una satisfacción moral, tal como se puso en evidencia en el escrito de oposición a la apelación de 21 de enero de 2014: «Este procedimiento es

embargo, las esperanzas de reparación se vieron truncadas cuando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAPM) de 13 de octubre de 2014 (AC 2014, 1712) revocó la SJPIM y desestimó íntegramente la demanda al entender que la acción había prescrito cuando se presentó la demanda. Poco después, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4226) desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en grado de apelación, porque consideró, igualmente, que había transcurrido con creces el plazo de prescripción de la acción.

Con fecha de 22 de julio de 2016, el Tribunal Constitucional (TC) dictó el Auto 148/2016 (RTC 2016, 148) por el que inadmitió el recurso de amparo promovido por AVITE contra la STS de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4226)². Las víctimas de la talidomida recibieron con consternación la noticia de la inadmisión, manifestaron sentirse abandonadas por el TC y anunciaron su intención de «acudir a Estrasburgo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tampoco ha admitido la demanda que presentó AVITE contra España por vulnerar los derechos de los afectados por la talidomida, según informó recientemente la propia asociación a través de los medios de comunicación. El 27 de junio de 2017, un comité de tres jueces (D. Dedov, L. López Guerra y J. Schukking) decidió declarar inadmisibles las demandas presentadas el 16 de diciembre de 2016 por AVITE al considerar que no se observaba ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o sus protocolos. Los talidomídicos consideraron esa decisión una «humillación, después de siete años desde que depositaron su fe en la justicia» y «una sinrazón y un despropósito internacional» y se declararon «pública y mundialmente vencidos». Ante esta situación, apelan al Gobierno español que

verdaderamente importante para muchas personas. Atañe a una historia de mucho dolor callado, a vidas quebradas, a madres destrozadas [...] Pero más importante que el dinero es recobrar la dignidad que trae una sentencia que haga justicia como la apelada».

² Puede consultarse el texto íntegro de la demanda de amparo en la página de AVITE, disponible en: <http://www.avite.org/archivos/constitucional.pdf>. Cabe también acceder a un documento único con toda la documentación generada por la demanda de AVITE en las distintas instancias judiciales, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B-uLN9nN2REqVWhNaDVVT2h4VEU/view>

«tiene ahora la última palabra y la pelota en su tejado [...] pues queda única y exclusivamente la reparación política en España»³.

La respuesta del Gobierno español no se hizo esperar demasiado porque, de hecho, formaba parte del compromiso de investidura alcanzado entre el Partido Popular y Ciudadanos. El 18 de julio de 2017 la ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Dolors Montserrat, expresaba su respeto a la decisión de Estrasburgo, pero reconocía que España estaba en deuda con los afectados de talidomida y recordaba que el compromiso se encontraba incluido en una proposición no de ley⁴ aprobada por unanimidad en el Congreso el 24 de noviembre de 2016⁵. El 26 de julio de 2017, la ministra se reunió con los representantes de AVITE para darles a conocer el plan elaborado, según el cual, antes de que finalice el año 2017, deben encontrarse calificados y valorados todos los afectados para poder cuantificar el importe de las ayudas a percibir por el colectivo, con la previsión de que en los Presupuestos Generales del Estado de 2018 se establezca una específica partida con esa finalidad⁶. Las comunidades autónomas están participando de forma activa en la búsqueda de los afectados, y la valoración y la calificación de estos se llevarán a cabo por un comité de valoración técnico-científico que contará con los mejores expertos en el asunto, mediante un protocolo basado en criterios médicos internacionales. No obstante, por el momento, es difícil aventurar el alcance que tendrá el compromiso asumido por el Gobierno que llega después de muchas décadas de olvido de las víctimas.

Es indudable que el caso de la talidomida suscita un inevitable sentimiento de solidaridad con los afectados por el medicamento que, desde el momento de su nacimiento, han debido asumir una vida física con limitaciones —mayores o menores según los casos— y otro sinfín de dificultades —integración social y laboral, dependencia, trastornos afectivos etc.— que

³ Disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/07/10/actualidad/1499715400_674905.html

⁴ Se trata de la Proposición no de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, sobre la Protección de las Personas Afectadas por la Talidomida y que fue aprobada por unanimidad por la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados. Prevé crear una unidad de diagnóstico, reabrir el registro de afectados y procurarles indemnizaciones. También se han aprobado en los últimos meses distintas proposiciones no de ley en las cortes de diferentes comunidades autónomas, en apoyo a los afectados por la talidomida.

⁵ Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20170718/424205825927/montserrat-espana-esta-en-deuda-con-todos-los-afectados-de-la-talidomida.html>

⁶ Disponible en: <https://www.avite.org/los-talidomicos-recibiran-indemnizaciones-pensiones-2018/>

convierten su día a día en una barrera de obstáculos a los que se ha sumado, en los últimos años, el desgaste emocional sufrido en su lucha jurídica contra la compañía farmacéutica. No es de extrañar que muchas de las reacciones a las «sentencias de la talidomida» estén repletas de «pasión»⁷ y de un extraordinario esfuerzo argumentativo dirigido a defender el derecho a la reparación de las víctimas de la talidomida, esgrimiendo la tradicional tensión entre justicia y seguridad jurídica, para proponer el absoluto predominio de la primera⁸. Tampoco puede sorprender la «sensación» de abandono de los afectados por parte del TC, al que el ciudadano medio identifica con la «panacea» de la justicia.

Sin embargo, corresponde al jurista pasar por el tamiz de la argumentación jurídica la información disponible para que, desprendido de sus primarios instintos, pueda valorar dentro de los márgenes del ordenamiento cada asunto, lo que repercutirá, en último término, en beneficio de toda la comunidad. Tengo la convicción de que la resolución de este caso no habrá sido fácil para los juzgadores de este, conscientes de la especial debilidad de una de las partes frente a la otra. En cualquier caso, ya adelanto que me parece conforme a derecho estimar prescrita la acción planteada por AVITE⁹; de la misma forma que entiendo impecable la postura adoptada en este asunto por el TC que no aprecia vulneración alguna de los derechos fundamentales de los afectados por la talidomida.

La solución para las víctimas cuando se interpuso la demanda no era ya la jurídica, al menos respecto de los daños permanentes, atendido el tiempo transcurrido desde que pudo ejercerse la acción, y la única respuesta posible era la asunción voluntaria por la Administración pública —o por las farma-

⁷ Afirma Yzquierdo Tolsada (2016: 63) aludiendo a las críticas que las sentencias de la talidomida han recibido por parte de la opinión pública que, mientras en otras ciencias las personas muestran sus reservas ante un tema controvertido, eso no pasa en derecho. Como el ser humano tiene un cierto sentido de lo justo y de lo injusto, ello da pie para que opine también de lo que es legal y de lo que es ilegal «sin tener unos previos conocimientos jurídicos». En cualquier caso, parece que la atención prestada por la opinión pública española al caso de la talidomida no es proporcional a su relevancia como noticia internacional. En este sentido, concluye López Villafranca (2013: 23), es una noticia fugaz que interesa en el momento, pero que pronto cae en el olvido.

⁸ Véanse Yáñez De Andrés (2014 y 2015), Sarrato Martínez (2014), Martínez García (2013) y Castellano Ruiz (2015).

⁹ Como señala Yzquierdo Tolsada (2016b: 60), la STS 20 de octubre de 2015 «no hace otra cosa que aplicar una muy consolidada doctrina jurisprudencial en materia de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual».

céticas— de una deuda moral con las víctimas que se está haciendo esperar. En ese sentido, cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 2016 en la que se reclama a Alemania que reconozca a todas las víctimas que puedan acreditar su condición mediante sentencia de un tribunal o que hayan sido reconocidas por los diferentes Estados miembros, para que puedan acceder a las ayudas de la fundación estatal alemana (Contergan) que presta apoyo económico a los talidomínicos; y en la que, además, se pide al Gobierno español que revise su legislación para facilitar la correcta identificación y la indemnización de los sobrevivientes de la talidomida¹⁰.

II. LA TRAGEDIA DE LA TALIDOMIDA

1. REPERCUSIONES MUNDIALES

Como se ha afirmado, «ningún fármaco ha logrado tan triste notoriedad» (Pintado Vázquez, 2009: 34). La molécula de la talidomida fue sintetizada en 1953 por Wilhem Kunz en los laboratorios Chemie Grünenthal de Alemania, una compañía que obtuvo la primera patente para el medicamento en 1954¹¹. El 1 de octubre de 1957 se comercializó en Alemania por Grünenthal como una píldora para dormir, con el nombre de Contergan, que podía adquirirse sin receta médica. Se aprovechó su efecto farmacológico para el tratamiento de los síntomas del embarazo como la ansiedad, el insomnio, las náuseas y los vómitos (Pintado Vázquez, 2009: 34).

El uso de la talidomida se extendió rápidamente en cincuenta países y llegó a adoptar ochenta nombres comerciales diferentes; y, a finales de los años cincuenta del siglo xx, se convirtió en el tercer fármaco más vendido del mundo (Pintado Vázquez, 2009: 35). En algunos países, Grünenthal comercializó la talidomida directamente o a través de distribuidores (como en el caso de España), pero en otros, como Reino Unido y Australia, el fármaco se fabricó —y comercializó— por compañías independientes con licencia de Grünenthal. Sin embargo, la talidomida no fue aprobada en Estados Unidos, ya que la Food and Drug Administration (FDA) no validó la solicitud de

¹⁰ Disponible en: <http://www.pp.es/actualidad-noticia/gonzalez-pons-espana-debe-reconocer-las-victimas-talidomida-que-opten-las-ayudas>

¹¹ En realidad, según Fernández Braña *et al.* (2004: 888), la talidomida había sido sintetizada un año antes por los químicos de CIBA, si bien fue rechazada, pues los farmacólogos de dicha empresa no encontraron ninguna actividad farmacológica interesante.

aprobación del medicamento en 1961 a causa de la reticencia de la doctora Frances Oldham Kelsey (una funcionaria recién incorporada a la FDA), que pidió pruebas más convincentes sobre la seguridad del medicamento en los embriones humanos (Pintado Vázquez, 2009: 35)¹².

El efecto teratógeno de la talidomida se manifestó enseguida, si bien no fue relacionado con el fármaco hasta unos años después de que se iniciara su comercialización. En 1956, se documentó el primer caso de niño malformado y en los años posteriores se registraron numerosas dismalias o malformaciones extremadamente infrecuentes en los miembros, tales como amelia (ausencia de todo el miembro), focomelia (pérdida o acortamiento grave de los elementos proximales) y ausencia/hipoplasia del pulgar o los dedos, entre otros (Papaseit *et al.*, 2013: 283)¹³. Con el tiempo, se constató que aquellas malformaciones no se limitaban a la afectación de las extremidades, pues se asociaban también a alteraciones cardíacas, renales, digestivas, oftalmológicas y auditivas (Papaseit *et al.*, 2013: 284). Los efectos teratógenos fueron relacionadas con la talidomida gracias a la denuncia de un obstetra australiano (McBride) y un pediatra genetista alemán (Lenz), que observaron las anomalías congénitas en dos series de recién nacidos cuyas madres habían sido tratadas con talidomida durante el embarazo. En 1961, tras la publicación de una carta de Lenz sobre la capacidad teratógena de la talidomida en la revista *Lancet*, el fármaco fue retirado del mercado alemán por Grünenthal y, poco después, en todo el mundo (1961-1962) (Pintado Vázquez, 2009: 35); España fue el último país donde se prohibió oficialmente, en 1963. Por otro lado, a principios de 1961, los círculos médicos especializados constataron que el consumo de talidomida a largo plazo causaba en los adultos una enfermedad inflamatoria del sistema nervioso (polineuritis)¹⁴.

¹² A pesar de todo, como afirma el autor, los efectos de la talidomida llegaron a Estados Unidos, ya que la compañía Merrel, que había solicitado la aprobación del medicamento ante la FDA, distribuyó 2,5 millones de pastillas entre los doctores americanos para que fueran repartidas a modo de muestra.

¹³ Curiosamente, el primer caso de niño malformado fue el de la hija de un trabajador de la compañía Grünenthal, cuya esposa había tomado pastillas repartidas a los empleados como muestras.

¹⁴ Algunas de sus propiedades —antiinflamatorias, antiangiogénicas e inmunoreguladoras— hicieron enseguida resurgir el interés por la talidomida que se empleaba por sus propiedades curativas en la lepra desde 1964; y también es útil actualmente en el tratamiento de distintas formas de cáncer, de algunas enfermedades inflamatorias crónicas y de ciertas complicaciones del sida (Papaseit *et al.*, 2013: 284; Pintado Vázquez, 2009: 37). En España, desde el año 1985 la talidomida es un medicamento de especial control médico o medidas especiales de seguridad. Después de su retirada, y hasta el

En su momento, las repercusiones sociales de la tragedia de la talidomida en todo el mundo fueron importantes. Aunque se desconoce la cifra exacta, se estima que unos 10 000 niños nacieron con malformaciones por causa del medicamento y muchos de ellos fallecieron enseguida. Las clínicas ginecológicas de Suecia se llenaron de gestantes dispuestas a abortar y se produjeron incontables dramas como el de una familia belga que fue juzgada —y absuelta— por envenenar a una recién nacida afectada por importantes deformidades, con la ayuda de su médico (Pintado Vázquez, 2009: 36).

Desde el punto de vista farmacológico, las consecuencias de la tragedia de la talidomida son especialmente relevantes, pues a raíz de esta comenzaron las regulaciones sobre seguridad en el uso de medicamentos¹⁵. Ahora bien, desde la perspectiva de las víctimas de la talidomida, el asunto más relevante es el de la asunción de responsabilidad por parte de las compañías farmacéuticas que comercializaron el producto para conseguir la reparación económica y moral por los múltiples daños sufridos. Lo cierto es que, en líneas generales, no se han generado pronunciamientos condenatorios contra las farmacéuticas, y la compensación de las víctimas se ha producido, en su caso, a través de pactos extrajudiciales. Además, en ocasiones, los países afectados han asumido un papel importante desde un plano eminentemente voluntario, ajustado a la idea de solidaridad, pues es difícil imputar responsabilidad a las administraciones públicas por los hechos ocurridos en una época en la que la regulación sobre el control de los medicamentos era, prácticamente, inexistente.

En Alemania, donde se sintetizó el medicamento, durante los años 1968-1970 se celebró un complicado juicio penal ante el Tribunal Regional de Aquisgrán (proceso Contergan) contra nueve ejecutivos de Grünenthal que duró dos años y medio —el más largo de la historia del derecho alemán— que, finalmente, se archivó a través de un auto de 18 de diciembre de 1970. Cinco jueces argumentaron detalladamente la decisión adoptada y expresaron

año 2008, la prescripción de la talidomida se limitó al *uso compasivo*, es decir, a la aplicación a pacientes que no podían ser tratados con un tratamiento autorizado. En 2008, la Agencia Europea del Medicamento aprobó su condición de «medicamento huérfano» para el mieloma múltiple en pacientes mayores de sesenta y cinco años o que no pueden recibir quimioterapia en altas dosis. Como es sabido, los medicamentos huérfanos son los que se aplican a enfermos con enfermedades poco frecuentes y que, por esa razón, se encuentran necesitados de incentivos para la investigación, el desarrollo y la comercialización.

¹⁵ La tragedia de la talidomida también es el origen de la excepción de «riesgos de desarrollo» en el derecho europeo (Salvador y Rubí, 2008: 588-595).

que, de haber continuado el proceso, el pronunciamiento se habría limitado como mucho a una falta leve¹⁶.

Al inicio del procedimiento penal en Alemania, Grünenthal y los representantes de los padres de niños malformados buscaron una solución para ayudar económicamente a los afectados y sus familias en el marco de un acuerdo civil, asumiendo aquella el compromiso de destinar cien millones de marcos alemanes para las víctimas. Tomando como base ese acuerdo, se creó una fundación estatal que adoptó el nombre del medicamento, la Fundación Contegran para Personas con Discapacidad¹⁷. Para su constitución, Grünenthal aportó los cien millones de marcos —y el Gobierno alemán una cantidad similar— y años más tarde donó otros cincuenta millones de euros (2009). Además, en 2012 creó la Fundación Grünenthal para apoyar a los afectados que sufren situaciones extremas y mejorar su calidad de vida, aunque esta institución proporciona, fundamentalmente, prestaciones en especie.

Según los datos proporcionados por Grünenthal, hasta el momento actual son mil millones de euros los que se han destinado a los afectados por la talidomida a través de la Fundación Contegran. Pueden solicitar su ayuda aquellos cuya madre hubiera ingerido un producto con talidomida de Grünenthal o de uno de sus distribuidores locales y, actualmente, se benefician personas de 38 países que reciben una pensión media vitalicia de 58 000 euros anuales, con un importe máximo de 7620 euros mensuales. Sin embargo, en los países en que los socios distribuidores de Grünenthal testaron por sí mismos y comercializaron los fármacos con talidomida, los afectados no reciben ningún servicio de la Fundación¹⁸.

No obstante, en Reino Unido se articuló una solución parecida y la ayuda se canaliza a través de la Thalidomide Trust, un fondo creado en 1973 con la financiación de Distillers Company Ltd, el antiguo socio distribuidor de Grünenthal que en el año 1968 ya había llegado a un acuerdo amistoso con los padres de 65 niños afectados, tras la demanda presentada por estos¹⁹. Respecto de las numerosas víctimas australianas y neozelandesas, el asunto se zanjó en 2013 a través de un acuerdo extrajudicial con la multinacional británica

¹⁶ Disponible en: http://www.contergan.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/Der_Contergan-Prozess/es_ES/341900203.jsp

¹⁷ Puede consultarse la ley de constitución de la fundación en castellano en: http://www.avite.org/archivos/ContStifG_2013__spanisch.pdf

¹⁸ Disponible en: http://www.contergan.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/Unterstützung_/es_ES/341900237.jsp

¹⁹ Véanse los detalles en la STEDH 26 de abril de 1979 (TEDH, 1979, 1) que estimó violado el derecho a la libertad de expresión del *The Sunday Times*, sometido a restricciones cuando quiso publicar un artículo sobre la responsabilidad de la Distillers.

Diageo que había comercializado la talidomida en Australia y Nueva Zelanda (junto con Grünenthal), asumiendo aquella el pago de 59 millones de euros. El acuerdo puso fin al pleito sobre responsabilidad contra la farmacéutica que ya había acordado en forma individual el pago de alguna indemnización²⁰.

2. PARTICULARIDADES DEL CASO ESPAÑOL

El caso de la talidomida en España ha sido particularmente duro para los afectados, ya que se ha ignorado su situación durante mucho tiempo a pesar de ser el país donde más preparados se comercializaron y en el que se estima que se encuentra un buen número de afectados vivos. Durante décadas, los sucesivos Gobiernos negaron cualquier responsabilidad por los daños derivados del medicamento, aunque, por razones que se desconocen, en España el fármaco se retiró mucho tiempo después de que lo hicieran la mayoría de los países (Pintado Vázquez, 2009: 36). Esta circunstancia aparece expresamente reconocida en la Proposición no de Ley sobre la Protección de las Personas Afectadas por la Talidomida (2016), en la que se pretende repercutir parte de la responsabilidad en Grünenthal.

Las víctimas de la talidomida en España tardaron mucho en dar a conocer su problema y organizarse como grupo para exigir responsabilidades, probablemente, como señala la proposición no de ley mencionada, por la falta de cultura cívica y la ausencia de asociaciones de pacientes. Por otro lado, cualquier reclamación de responsabilidad resultaba complicada atendidas las especiales condiciones de la comercialización de la talidomida en nuestro territorio. A diferencia de otros países en los que esta fue asumida por Grünenthal o por sus distribuidores —o licenciatarios—, en España el principio activo se encontraba en seis medicamentos que podían adquirirse sin receta en la farmacia (Imidan, Varilal, Glutonaftil, Noctosediv, Entero-Sediv y Sof-tenon) que fueron distribuidos por distintas empresas farmacéuticas (Peyva S. A., Farmacobiológicos Nessa, Instituto Farmacológico Latino y Medinsa); y solo una de ellas, Medinsa, mantenía una vinculación clara con Grünenthal, pues era su distribuidora.

La compañía alemana ha expresado en muchas ocasiones sospechas sobre la infracción de su patente por parte de otras farmacéuticas e insiste en que, en España, solo distribuyó sus medicamentos en un período de tiempo muy limitado (desde noviembre de 1960 hasta noviembre de 1961), de modo que

²⁰ Disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-centenar-victimas-talidomida-australia-nueva-zelanda-recibiran-60-millones-compensacion-20131202141617.html>

es imposible que una persona nacida antes de mayo de 1961 pudiera haber estado expuesta a su producto²¹. Ese planteamiento ha impedido el acceso de algunos talidomínicos españoles a las ayudas de la Fundación Contegran, atendida su fecha de nacimiento. Por otro lado, el estricto régimen de prueba de la Fundación Contegran sobre la ingesta de su fármaco (aportación del bote del medicamento o de la receta médica) ha dificultado también la concesión de pensiones de las que solo se benefician actualmente diez españoles. Cabe reseñar, además, que en la página web de Grünenthal se recoge un documento expresamente dirigido a combatir «la información falsa frecuentemente distribuida en España»²². En estas circunstancias, parece entendible la incredulidad mostrada por las víctimas españolas respecto de las disculpas públicas presentadas por Grünenthal el 31 de agosto de 2012, ante los afectados por la talidomida y sus familias²³.

La constitución de AVITE, en el año 2003, marcó el comienzo de la lucha de los talidomínicos españoles por el reconocimiento de su situación y la reparación moral y económica de los daños causados por el medicamento. Los afectados inciden, especialmente, en la diferencia de su situación respecto de las víctimas de otros países que han recibido indemnizaciones o pensiones vitalicias y otro tipo de ayudas²⁴.

²¹ En la página de la Fundación Grünenthal aparece un apartado sobre «hechos e historia» en el que se insiste en que las otras tres compañías farmacéuticas (distintas de Medinsa) no tenían ninguna relación con Grünenthal y comercializaron el medicamento en España obviando la patente. Disponible en: http://www.talidomida.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Fakten_und_Historie/es_ES/341900014.jsphttp://www.contergan.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/WDR_/es_ES/345500094.jsp

²² Disponible en: http://www.talidomida.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Fakten_und_Historie/es_ES/341900014.jsphttp://www.contergan.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/WDR_/es_ES/345500094.jsp

²³ Disponible en: http://www.talidomida.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/Entschuldigung_/es_ES/341900246.jsp

²⁴ Según AVITE, además de en Alemania, en Italia, el Reino Unido, Suecia e Irlanda, se han establecido pensiones vitalicias para los afectados en diferentes grados. En Italia, las pensiones van de 2228 euros a 3819, mientras que los afectados británicos reciben entre 1603 y 3501 euros, los suecos entre 975 y 1850 euros y los irlandeses entre 989 a 2224 euros, según su gravedad. Fuente: http://www.diariodeleon.es/noticias/sociedad/ojala-cumplan-ya-no-creo-nada_1144755.html

3. AYUDAS A LOS AFECTADOS A TRAVÉS DE LA LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, Y EL REAL DECRETO 1006/2010, DE 5 DE AGOSTO: A MEDIO CAMINO ENTRE LA SOLIDARIDAD Y LA RESPONSABILIDAD

Una vez constituida AVITE, comenzaron las actuaciones dirigidas a conseguir el reconocimiento de la situación de sus socios y el abono de las indemnizaciones oportunas. En 2005, después de más de cuarenta años de espera, AVITE llegó a un acuerdo y convenio de colaboración con el Ministerio de Sanidad y el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC), dependiente del Instituto de Salud Carlos III, para iniciar los reconocimientos médicos a los miembros de la Asociación. El protocolo clínico, desarrollado en 2006, incluía la aportación de ciertas pruebas médicas, incluidas analíticas de sangre para ver los cromosomas de alta resolución de los afectados. La finalidad última era determinar la causa verdadera de las malformaciones de los miembros de AVITE y conceder el «certificado de talidomídico» cuando fuera la talidomida²⁵.

Las ayudas a quienes consiguieron el certificado se articularon, posteriormente, a través de la Disposición Quincuagésima Séptima de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (*BOE* de 24 de diciembre de 2009); que concedió una indemnización única a quien durante el período 1960-1965 hubiera sufrido malformación corporal durante el proceso de gestación como consecuencia de la ingesta de talidomida por la madre. La cuantía de la indemnización, que se entendió compatible con cualquier pensión pública, se determinó en función del grado de discapacidad del afectado (la mínima 30 000 y la máxima 100 000 euros).

Para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 26/2009, se promulgó el RD 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas (*BOE* 6 de agosto de 2010)²⁶. En el preámbulo de la norma se mostró la intención del legislador de dejar claro que esta no suponía reconocimiento alguno de responsabilidad, sino que era una acción puramente solidaria. En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010, relativo al RD 1006/2010, insistió en que las indemnizaciones no lo eran a título de responsabilidad patrimonial de la Administración del

²⁵ Disponible en: <http://www.avite.org/reconocimientos-carlos-iii/>

²⁶ El art. 5 RD 1006/2010 estableció un plazo sumamente breve para la presentación de solicitudes (entre el 5 de agosto y el 30 de septiembre de 2010) y una que se presentó intempestivamente fue denegada (SAN de 24 de julio de 2013 [JUR 2013, 272281]).

Estado y recomendó el empleo del término *ayudas* en lugar del de *indemnizaciones* que figuraba en un primer momento en el texto. Lo cierto es que solo 24 asociados de AVITE consiguieron la ayuda solidaria en cuestión, a pesar de que la Asociación estaba integrada en ese momento por casi doscientas personas.

Llama la atención el límite temporal establecido (1960-1965) porque parece difícilmente conciliable con la *pretendida* finalidad puramente solidaria de la norma y se explicaría mejor si se tratase de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, esa acotación en el tiempo casa mal con el hecho que la ingesta de talidomida se produjera en muchos casos antes y después de su circulación en el mercado; pues las muestras del medicamento se proporcionaron a los médicos bastante antes de su comercialización, y se siguió recetando durante algún tiempo tras la orden de retirada del producto. No se comprende que la *solidaridad* se constriñera a los afectados dentro de un período fijado atendiendo, esencialmente, al dato de la comercialización legal del producto²⁷; salvo que dicha *solidaridad* obedeciera a la mala conciencia de la Administración, que solo podía referirse al tiempo en que la venta del medicamento se realizó bajo su aquiescencia. Si la intención era simplemente salvar, mediante una acción solidaria, a las víctimas del medicamento, ante la gravedad de su situación y la dificultad para hacer efectiva la reparación del daño frente a las compañías farmacéuticas, no había razones para distinguir entre quienes lo habían consumido dentro o fuera del período de comercialización legal. Esta circunstancia fue igualmente apreciada por los talidomídicos nacidos fuera de las fechas en cuestión. En este sentido, cabe destacar que fueron muchos los supuestos en los que los afectados alegaron, sin conseguir resultado alguno, el carácter discriminatorio de la norma al denegar la ayuda por razón de la fecha de nacimiento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [STSJM] de 25 de noviembre de 2013 [JUR 2013, 15189], STSJM de 18 de diciembre de 2013 [JUR 2013, 14926], Sentencia de la Audiencia Nacional [SAN] de 22 de abril de 2015 [JUR 2015, 143947] y SAN de 13 de julio de 2016 [JUR 2016, 170738]).

Los requisitos de carácter general de los beneficiarios de las ayudas se establecieron en el art. 2 RD 1006/2010:

1. Haber sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación en el período 1960-1965, cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido

²⁷ Que había una relación entre la concesión de ayudas y el período de comercialización es una idea que aparece claramente reflejada en la STSJM de 28 de enero de 2014 [JUR 2014, 83301]).

producido por la ingesta de talidomida en España por la madre gestante. 2. Que el diagnóstico que acredita lo dispuesto en el apartado anterior se haya realizado por el Instituto de Salud Carlos III [...]

El requisito de haber sufrido malformaciones «cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de talidomida» es consecuencia de la dificultad que plantea evaluar clínicamente la causa de la malformación. Como afirma la SAN de 28 de mayo de 2014 (JUR 2014, 157181): «Basta un juicio probabilístico negativo [...] que no pueda descartarse que las malformaciones tengan su causa en la ingesta de la talidomida». Según el informe final de la evaluación diagnóstica de socios de AVITE realizado por el CIAC, antes de que se descubriera la molécula de la talidomida y después de su retirada del mercado, nacieron niños con las mismas anomalías, ya de forma aislada —sin que otras partes del cuerpo se vieran afectadas— ya como parte de síndromes genéticos o de otras causas. Sin embargo, mediante el estudio de muchos niños afectados que estuvieron expuestos con seguridad, se pudieron determinar los tipos de malformaciones más frecuentemente observadas en las personas expuestas y las que nunca se observaron. Concluía el informe que en cada paciente potencialmente afectado por la talidomida se debía realizar la evaluación a través de un diagnóstico diferencial.

Mediante el recurso a ese diagnóstico diferencial, son varios los supuestos en los que se descartó que la causa de la malformación fuera la talidomida; y se negó la ayuda. Así, por ejemplo, en el caso de la SAN de 28 de mayo de 2014 (JUR 2014, 157181), porque, a pesar de que existían malformaciones en las extremidades inferiores, no se encontraba afectado el fémur, lo que descartaba la exposición a la talidomida (véase STSJM de 28 de enero de 2014 [JUR 2014, 82954]).

Con relación a las personas nacidas en el extranjero, el art. 2.3 RD 1006/2010 exigió que la madre hubiera residido en España en cualquier período comprendido entre 1960-1965 y obvió la sugerencia del dictamen del Consejo de Estado sobre la conveniencia de requerir en tal caso la prueba de que le fue prescrita la talidomida en un centro del Sistema Nacional de Salud. Esta advertencia se encontraba en la línea apuntada. Es decir, parecía que la intención última era prestar ayudas a las personas que habían sufrido los daños en el círculo en el que la Administración habría podido tener cierto control. Además, se estableció como requisito que el solicitante no hubiera recibido en el país de su nacimiento una ayuda con finalidad análoga, aunque algún afectado pudo sortear este inconveniente y conseguir la prestación a pesar de ser beneficiario de la Fundación Contegran, por silencio administrativo positivo (STSJM de 6 de junio de 2014 [JUR 2014, 278728]).

III. LA DEMANDA DE LA ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA. PROBLEMAS DERIVADOS DEL COMPLEJO SISTEMA DE COMERCIALIZACIÓN DEL MEDICAMENTO: OBLIGACIÓN *IN SOLIDUM* Y RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO

Aunque AVITE se constituyó en 2003, no presentó su demanda hasta enero de 2012²⁸. La acción colectiva (art. 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]) se dirigió en principio contra Farmacéutica Grünenthal que es un grupo de empresas sin personalidad jurídica propia cuya sociedad matriz es Grünenthal GmbH. Sin embargo, este inconveniente quedó solventado porque Grünenthal Pharma S. A. (en adelante, Grünenthal) se personó en las actuaciones, una sociedad perteneciente al grupo y sucesora de Medinsa, la distribuidora en España de Grünenthal GmbH cuando se produjeron los hechos.

En la demanda se solicitaba, fundamentalmente, que se declarara como afectados por la talidomida a los socios perceptores de las ayudas del RD 1006/2010 y se condenara a Grünenthal a indemnizarlos en la cantidad resultante de multiplicar 20 000 euros por cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración española a cada uno de ellos más los intereses legales desde la interposición de la demanda. La acción de responsabilidad se fundó en el art. 1902 del Código Civil (CC), pues, atendida la fecha de los hechos, quedaba descartada la aplicación de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos²⁹.

No planteó demasiados problemas apreciar en primera instancia la concurrencia de la culpa, como primer presupuesto de la responsabilidad civil (art. 1902 CC). El reproche culpabilístico se fundó en la actuación culpable de la sociedad matriz —apoyada en algunas declaraciones de la Sentencia Contergan— al ser «obvio que si se puso en el mercado un medicamento que ocasionó por su consumo las graves y lamentables consecuencias [...] fue porque no se adoptaron las prevenciones exigibles para evitarlas o porque, las

²⁸ Realizado el anuncio de acciones legales, Grünenthal se puso en contacto por primera vez con la demandante para negociar. Pero, según relata la Asociación en su demanda de acto de conciliación (20 de junio de 2011), ofreció una insignificante cantidad para los afectados españoles (120 000 euros para todos). Disponible en: http://www.avite.org/archivos/110620_demanda_conciliacion.pdf

²⁹ En particular, arts. 128-146 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007), en adelante TRLCU.

adoptadas, resultaron manifiestamente inadecuadas e insuficientes»³⁰. La magistrada-juez entendió que la actuación culposa en la fabricación se extendía a la distribuidora en España por la unidad de intereses que concurre en los grupos de empresas. Pero apreció, además, la propia culpa de Medinsa —hoy Grünenthal Pharma—, pues en el prospecto del medicamento se indicaba que era de «acción segura» y, tal como se documentó, a sabiendas de los posibles efectos adversos del mismo, optó por no ponerlos en conocimiento de los profesionales médicos³¹.

Surgieron más dificultades al tiempo de declarar como única responsable a la demandada, atendida la concurrencia de una pluralidad de eventuales responsables que motivó la alegación de diversas excepciones. En particular, planteada la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la Administración sanitaria, se rechazó en primera instancia por no existir un título de imputación de responsabilidad, ya que en el momento de los hechos no existía ninguna norma que impusiera a la Administración un deber concreto de control previo sobre la comercialización o dispensación del medicamento. Además, tal como consideró la Audiencia Provincial, a pesar de alguna alusión hecha en la demanda a la actuación de la Administración, resultaba claro que la acción interpuesta era exclusivamente contra el titular de la autorización de comercialización de la especialidad³².

Un mayor interés plantea la excepción de litisconsorcio relativa a los otros laboratorios que distribuyeron el mismo principio activo³³ que fue rechazada en primera instancia por «no existir una comunidad de riesgo procesal», sino

³⁰ La magistrada-juez tuvo muy en cuenta la regulación actual sobre responsabilidad por productos defectuosos que contempla una responsabilidad objetiva y señaló que su espíritu debía ser tenido en cuenta en orden a poner de manifiesto la protección reforzada que históricamente se ha ido otorgando a los daños derivados del consumo de medicamentos.

³¹ Así se acreditó con una carta que se incorporó como prueba, disponible en: http://www.avite.org/archivos/Documentos_Dusseldorf.pdf

³² Como afirmó la Audiencia, ante daños derivados de consumo de medicamentos pueden darse otros niveles de responsabilidad, además del enjuiciado en el caso en cuestión: la responsabilidad del facultativo que prescribe; y la responsabilidad de la Administración por el anómalo ejercicio de sus potestades administrativas de intervención en materia de medicamentos.

³³ La demandada se refirió con la excepción de litisconsorcio pasivo necesario a Laboratorios Peyva, que fabricó y comercializó las variedades Imidan y Varial; a Farmacológicos Nessa S. A., que fabricó y comercializó la especialidad Gluco Naftil; y al Instituto Farmacológico Latino S. A., que importó el principio activo de Italia, donde Grünenthal nunca comercializó productos con talidomida, y vendió en España la especialidad

una solidaridad impropia u obligación *in solidum* que, como es sabido, permite al perjudicado dirigirse contra cualquiera de los varios causantes del daño para exigir su reparación íntegra cuando no puede determinarse el porcentaje en que cada uno de ellos ha contribuido al resultado final.

El expediente de la obligación *in solidum* impide que prospere la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (art. 1144 CC) y, al mismo tiempo, permite salvar los supuestos en los que es imposible determinar la participación de cada sujeto en la causación del daño, dispensando a la víctima de la prueba de la plena certeza del nexo causal. Dicho requisito de la responsabilidad (causalidad) comprendía dos aspectos en el caso en cuestión. Por un lado, debía constatarse que el daño padecido por cada miembro de la Asociación había sido causado por la talidomida. Según la sentencia, respecto de los asociados que percibían las ayudas reguladas por el RD 1006/2010 «se había establecido ya una relación causal eficiente (aunque no sea absolutamente excluyente) entre las malformaciones padecidas y la ingesta de la talidomida durante el embarazo de sus madres». Por otro lado, el requisito de la causalidad implicaba determinar el medicamento que había consumido cada madre gestante, atendida la existencia de compañías farmacéuticas distintas de la demandada. Al ser difícil identificar después de tanto tiempo qué medicamento fue suministrado a cada madre gestante, la figura de la obligación *in solidum* permitió resolver el problema³⁴.

Sin embargo, los supuestos típicos a los que se aplica la figura de la solidaridad impropia se refieren a casos en los que es probable o, al menos posible, que cada uno de los sujetos implicados haya contribuido a la causación del mismo daño (véase art. 132 TRLCU que habla del «mismo daño»). El supuesto de partida en el caso de la talidomida es sensiblemente diferente, pues cada compañía farmacéutica había causado daños, exclusivamente, a los hijos de las madres que consumieron su medicamento. Además, el reequilibrio de la posición de la demandada mediante el posterior ejercicio de acciones contra las otras compañías farmacéuticas habría sido complicado, pues, al no figurar

Insonid en tres presentaciones distintas. Se alegó, incluso, que Medinsa era la empresa con menor cuota de mercado.

³⁴ Según Salvador Coderch *et al.* (2014: 24), la sentencia de primera instancia «evoca la solidaridad impropia para evitar que la concurrencia de potenciales laboratorios o empresas responsables y las dificultades de identificación de las responsabilidades que les corresponderían frustraran la demanda de las víctimas. La solidaridad entre los causantes del daño permitió soslayar los problemas de litis consorcio y de prueba de la causalidad entre la demandada y los daños que debía indemnizar». En opinión de Parra Lucán (2013: 140), el problema de la causalidad se soluciona de forma correcta con el recurso a la solidaridad impropia.

como demandadas quedaba descartada una mera acción de regreso (art. 1145 CC) y habría debido probar todos los presupuestos de la responsabilidad; generándose una carga excesiva para quien, con toda probabilidad, solo es causante de algunos de los daños³⁵.

La sentencia de la Audiencia pareció apreciar en alguna medida la especialidad del caso, aunque también entendió aplicable la doctrina de la solidaridad impropia. En particular, afirmó que esta exigía que el daño sea consecuencia del comportamiento de todos los causantes, y ese presupuesto no se daba, pues el daño de cada víctima estaría causado solamente por una especialidad farmacéutica. Por esa razón, construyó la solidaridad impropia, en otros términos, entendiendo que Grünenthal o su distribuidora participaron por acción u omisión en todos los resultados dañosos; pues, bien permitieron que otros laboratorios comercializaran especialidades con talidomida, infringiendo sus derechos, bien no realizaron actividad alguna para impedirlo. Es decir, acabó articulando una responsabilidad por el hecho de un tercero (art. 1903 CC) que es uno de los supuestos en los que la jurisprudencia ha recurrido a la obligación *in solidum* y que, en último término, se asemeja al caso en que concurren varias culpas en la causación del mismo daño. A mi juicio, este último razonamiento resulta desmedido, pues no había base para la construcción de una culpa *in vigilando*, ya que no puede exigirse a un fabricante que supervise la actuación independiente de otros participantes en el mercado³⁶.

El recurso de la solidaridad impropia que permite al perjudicado obtener la íntegra reparación frente a uno solo de los sujetos implicados puede resultar un mecanismo poco razonable en casos como el enjuiciado, pues uno solo de los responsables de la fabricación y comercialización del producto defectuoso asume todos los daños producidos a pesar de la imposibilidad de que haya causado la totalidad. Como es sabido, este problema se resuelve en otros ordenamientos aplicando la doctrina conforme a la cual cada uno responde según su «cuota de mercado» (*Market Share Liability*), que implica una responsabilidad fraccionada (art. 1138 CC)³⁷. Ciertamente, se trata de una figura de difícil encaje en nuestro ordenamiento, atendida la consolidada jurisprudencia

³⁵ Respecto de los problemas de eventuales procedimientos posteriores contra las otras farmacéuticas en el caso de que hubiera prosperado la condena, véase Salvador Corderch *et al.* (2014: 23-25).

³⁶ Y menos en el caso en cuestión en el que se exige a la Administración pública de cualquier deber de control.

³⁷ La regla fue formulada por la Corte Suprema de California para resolver la acción colectiva planteada contra cinco de los 300 laboratorios farmacéuticos que habían comercializado el DES, un genérico que tomaron más de dos millones de mujeres embarazadas norteamericanas y que causó en sus hijas carcinoma en una proporción su-

que aplica la regla de la responsabilidad solidaria a los partícipes en el hecho dañoso³⁸. No obstante, entiendo que sería conveniente recurrir a esta en casos como el comentado. En este sentido, cabe destacar que los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil establecen el criterio de la proporción de la probabilidad cuando no se ha causado daño a todas las víctimas³⁹. Uno de los principales argumentos a que se recurre para desaconsejar la aplicación de la responsabilidad por cuota de mercado es la imposibilidad de prescindir del requisito de la causalidad en nuestro ordenamiento⁴⁰. Sin embargo, a mi juicio, el expediente de la obligación *in solidum* se apoya igualmente en el juego de la probabilidad, implica una flexibilidad similar en la prueba del nexo causal y no permite una solución equilibrada del conflicto.

IV. EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Aunque son muchos los temas de interés sobre la responsabilidad civil que se pusieron a prueba en las *sentencias de la talidomida*, el asunto central fue determinar si la acción se encontraba prescrita como pretendió la demandada, que opuso la oportuna excepción de fondo. La solución dependía del

perior a la de la población normal. Como afirman Gómez Ligerre y Piñeiro Salguero (2008: 252), implica, en último término, aplicar una regla de probabilidades.

³⁸ Conviene recordar que, a pesar de la consolidada doctrina jurisprudencial, no han faltado voces que afirman que «fuera de la pura equidad, no existen argumentos que permitan sostenerla en nuestro derecho. Así, Yzquierdo Tolsada (2015: 435-442). Expone de forma sintética el debate doctrinal sobre este asunto Gómez Calle (2008: 966-970). Por otro lado, se ha puesto en evidencia que, si bien la regla de la solidaridad otorga una protección más eficaz a la víctima, distorsiona los incentivos a la prevención (Gómez Ligerre, 2006).

³⁹ Art. 3:103 PETL: «(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima. (2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta».

⁴⁰ Sobre los inconvenientes que desaconsejarían incorporar la figura a nuestro ordenamiento, realiza una amplia exposición Ruda González (2003).

dies a quo, es decir, del momento en que debía empezar a contarse el año de duración al que se refiere el art. 1968 CC. Veamos, a continuación, cómo se abordó el tema en cada una de las instancias para valorar después la solución finalmente adoptada.

1. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013

Lo primero que hizo el Juzgado fue poner en evidencia la particularidad del caso, pues «no es en absoluto habitual en Derecho encontrarse con supuestos como el que nos ocupa en el que para el ejercicio de la acción se dejan transcurrir por los afectados más de cincuenta años». Sin embargo, lo relevante era la determinación del momento para que la prescripción iniciara sus efectos. Un elemento fundamental para adoptar el fallo fue el denominado Informe Heidelberg de 21 de diciembre de 2012, encargado por la Fundación Contergan al Instituto de Gerontología de la Universidad de Heidelberg «para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el Contergan», desarrollado a través de encuestas a centenares de afectados y a sus médicos. En el informe, cuyas recomendaciones de actuación determinaron la elevación de las pensiones de los beneficiarios de la institución, se mencionan diversos tipos de daños:

- i. En primer término, los daños prenatales o aparecidos en el momento del nacimiento: focomelia, amelia, afectación en la columna vertebral y pelvis, daños en la zona de la cabeza y órganos sensoriales, trastornos visuales y ceguera, sordera y afectación de órganos internos.
- ii. En segundo lugar, se identifican los daños consecutivos que se desarrollan a lo largo de la vida que tienen su origen en un tipo de movimiento practicado desde muy temprano, con el que se compensan funciones de las que se carece (artrosis, escoliosis, etc.)⁴¹.

⁴¹ Señala el informe que la sobrecarga de miembros y órganos originariamente sanos, con cuya ayuda podría mejorar la movilidad, es la causa de artrosis severa y desgastes que aparecen hoy en día, que originan agarrotamiento y dolor, así como una importante limitación de la movilidad en zonas originariamente no afectadas. Así, por ejemplo, un afectado con brazos cortos desarrolla modificaciones en hombros y columna al realizar sus actividades con las articulaciones de los hombros, lo que lleva a una deformación de la columna vertebral (por ejemplo, escoliosis); o un afectado sin brazos lleva a cabo sus actividades con los pies desarrollando artrosis en la cadera, rodillas y pies.

- iii. En último término, se refiere a los daños secundarios, tardíos o de aparición tardía que son secuela de las modificaciones patológicas en nervios, tejidos y musculatura surgidos antes del nacimiento, pero que se manifiestan años después del mismo⁴². El informe aconsejó que se realizara una investigación sistemática de estos daños por científicos independientes para valorar sus consecuencias.

Aun cuando la sentencia reconoció que el quebranto principal derivado de la ingesta de talidomida era apreciable en el mismo momento del nacimiento de los afectados y que la mayoría de las secuelas y demás efectos perversos habría quedado ya consolidada mucho antes de la interposición de la demanda, adoptó una posición poco entendible. Como se había constatado la posible existencia de daños tardíos en el Informe Heidelberg, estimó que el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida no estaba plena y absolutamente determinado ni consolidado, por lo que la acción no podía considerarse prescrita. Ahora bien, en lugar de limitar la posibilidad de ejercicio de la acción a los daños tardíos, consideró que podían indemnizarse todos. Para llegar a esta conclusión, el Juzgado, aceptó la consideración de la parte actora que calificó como daños continuados los sufridos por los socios de AVITE⁴³ y atendió a la jurisprudencia sobre los mismos: «el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia («dies a quo») hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida».

En consecuencia, estimó en parte la demanda y declaró como afectados por la talidomida a los socios de AVITE que percibían las ayudas del RD 1006/2010 exceptuando a los beneficiarios de la Fundación Contergan —para evitar duplicidad de indemnizaciones— y condenó a la demandada a indemnizarlos con 20 000 euros por cada punto de minusvalía reconocido por la Administración española; aunque no aportó explicación alguna sobre

⁴² No se hicieron constar en los cuestionarios, pero sí en las entrevistas. Distingue el informe daños prenatales del sistema vascular (por ejemplo, vasos arteriales estrechos), daños prenatales del sistema nervioso (por ejemplo, molestias al tragar o dificultad al caminar) y daños prenatales de la musculatura (por ejemplo, debilidad muscular o calambres).

⁴³ En particular, afirmaba la demandante que se trataba de patologías crónicas e irreversibles, cuyo alcance definitivo aún no se había establecido por la ciencia médica. La parte demandada, por el contrario, consideró que no se trataba de daños continuados sino de daños permanentes, consolidados y consumados en el momento en el que se produjeron que no es otro que el del nacimiento de todos los afectados.

qué daños se indemnizaban ni sobre la cuantía concedida que era bastante generosa⁴⁴.

A mi juicio, la argumentación de la sentencia no resulta convincente. En primer término, porque no puede fundarse la inexistencia de prescripción en unos daños, los mencionados en el Informe Heidelberg como tardíos, que se referían a sujetos concretos, ajenos al proceso y que no podían transpolarse a los socios de AVITE; especialmente, si se tiene en cuenta que el mismo Informe declara en forma contundente: «El patrón de daños incluido en el concepto de daños ocasionados por el Contergan es muy complejo y presenta muchas variaciones individuales, de forma que solo de manera muy limitada es posible realizar generalizaciones»⁴⁵. Por otro lado, aun cuando se hubiesen acreditado realmente daños tardíos que afectaran a los socios de AVITE, habría sido igualmente irrazonable entender que, por ello, era posible reclamar la indemnización de daños consolidados y valorados muchos años atrás (permanentes).

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 13 DE OCTUBRE DE 2014

Los motivos de apelación relacionados con la prescripción de la acción ejercitada se centraron en la infracción legal de los arts. 1968 y 1969 CC. La sentencia realizó un extensísimo análisis del asunto de la prescripción, reconociendo la dificultad de aplicar las reglas sobre el *dies a quo* en los supuestos de daños personales. Mediante el recurso a abundante jurisprudencia, recordó la división entre daños duraderos o permanentes, continuados o de producción sucesiva y sobrevenidos.

Se califican como daños duraderos o permanentes

[...] aquellos supuestos en que continúa el daño, pero no la causa. Ejemplo clásico es una actuación puntual que genera en el sujeto pasivo una enfermedad crónica. El

⁴⁴ Ponen en evidencia Salvador Coderch *et al.* (2014: 26-28) que resultaban cantidades bastante superiores a las derivadas de aplicar el baremo legal de accidentes de circulación.

⁴⁵ Respecto de los daños tardíos, concluía el informe que «debería realizarse una investigación científica sistemática de los daños causados en la etapa prenatal pero descubiertos más tarde, que se concentre en la colocación errónea de vasos, nervios y músculos. El desarrollo de criterios relativos a la existencia de estos daños prenatales es el presupuesto necesario para probarlos y reconocerlos como daños. Su inclusión en el sistema médico de puntuación y su indemnización debería garantizarse en un período razonable».

daño duradero o permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del sujeto agente, pero el efecto negativo persiste a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado (STS 30 de noviembre de 2011 [J 2012, 1641]).

En este caso, el plazo comenzará a correr «desde que el agraviado tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales» (STS 29 de enero de 2014 [RJ 2014, 796])⁴⁶.

Daños continuados o de producción sucesiva son

aquellos en los que la causa que origina el daño se mantiene y, por lo tanto, sigue generando daños. Aunque estamos en un punto conflictivo en su distinción con los permanentes, porque la cuestión puede resolverse desde la propia ambigüedad del concepto de causa. Si la causa es la acción u omisión causante del daño, la necesidad de persistencia de dicha causa restringiría la prescripción. Si por causa entendemos los efectos ya no sería así.

En este supuesto «no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la generación del definitivo resultado cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS de 24 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3727], de 5 de junio de 2003 [RJ 2003, 4124], de 14 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1793] y de 20 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 19])»⁴⁷.

Finalmente, daños sobrevenidos son «aquellos en los que la causa ya desapareció, pero aparecen daños tardíamente. Ejemplo típico de este tipo de supuestos es el lesionado que recibe una indemnización y años después aparece una secuela no prevista» (STS de 23 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 25]).

Sin embargo, la Sala relativizó con buen criterio la clasificación apuntada, pues, prescindiendo de la distinción en que insistían las partes entre daños continuados (parte actora) y daños permanentes (parte demandada),

⁴⁶ Sobre daños duraderos o permanentes, véanse SSTS 28 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5817), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152), de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 1641) y de 14 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5870).

⁴⁷ Respecto de esta categoría de daños, véanse SSTS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2284), de 2 de julio de 2001 (RJ 2001, 4983), de 28 de enero de 2004 (RJ 2004, 153), de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2539), de 24 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3714), de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 4524) y de 4 de julio de 2016 (JUR 2016, 2897).

concluyó que lo importante «es determinar en qué momento los perjudicados pudieron ejercitar las acciones». Según la Audiencia, los daños prenatales definidos en el Informe Heidelberg se pusieron de manifiesto en el momento del parto y eran defectos permanentes. Respecto de los daños consecutivos, consideró que, en la tesis más favorable para los perjudicados, se deberían entender como daños sobrevenidos, como una nueva etapa o hecho diferente de las originarias secuelas, y la constatación de estos no implicaría que se volviera a iniciar el cómputo de la prescripción respecto de los daños prenatales. Finalmente, estimó que, de acreditarse daños tardíos (lo que no había sucedido en el proceso), tampoco habría de reiniciarse el plazo de prescripción respecto de la totalidad de las secuelas.

Con relación al momento en que los afectados dispusieron de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para poder reclamar, afirmó —tras analizar la situación de los socios que habían aportado documentación sobre sus minusvalías, constatadas muchos años atrás— que, en el caso de que antes no hubieran sospechado que la causa de estas era la talidomida —una situación poco creíble—, la situación cambió cuando se constituyó AVITE, pues entonces debieron conocer los efectos teratógenos. Concluyó que, en la tesis más favorable para los perjudicados, en el año 2008, finalizados los diagnósticos del CIAC, tendrían información sobre la probabilidad de que sus malformaciones y daños consecutivos fueran consecuencia de la ingestión de talidomida. Además, apreció que no podía entenderse —como pretendía la parte demandante— que la condición de talidomídico solo pudiera derivarse de las resoluciones del IMSERSO que concedieron las ayudas del RD 1006/2010. En suma, la Sala entendió que las acciones habían prescrito, sin perjuicio de la posibilidad de entablar otras nuevas, de forma individual, si en el futuro se constatan daños tardíos.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2015

El recurso de casación planteado y desestimado se refirió a la prescripción extintiva, defendiéndose en este la naturaleza de «daños continuados» y el cómputo del plazo de la acción desde las resoluciones de concesión de las ayudas del RD 1006/2010 que reconocieron la condición de «afectados»⁴⁸. Las consideraciones del TS se resumen a continuación.

⁴⁸ La infracción cometida en la sentencia se refería a cinco motivos que fueron desestimados: los arts.1 y 2.1 RD 1006/2010; el principio general del derecho según el cual la justicia es tratar desigualmente los casos desiguales; la aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones y del *principio in dubio pro actione*; la doctrina de los

No puede darse al RD 1006/2010 una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado para beneficiarse de ayudas públicas y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece; y tampoco es determinante la norma para declarar la concreta situación de incapacidad que ya existía. Lo que se reclamaba era una indemnización derivada de las malformaciones, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el nacimiento, en la mayoría de edad o eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad. No se había infringido el principio de igualdad por no tratar desigualmente casos desiguales, pues la peculiaridad del supuesto no permitía evolucionar hacia una interpretación judicial contraria a la legalidad. Por otro lado, no podía pretenderse que la Ley 26/2009 hubiese interrumpido la prescripción no solo porque ya se había producido, sino porque no respondía a una reclamación de parte. Tampoco se había vulnerado el derecho de acceso a la justicia, pues se trataba del cómputo del plazo que es cuestión de legalidad ordinaria.

Respecto al asunto de la naturaleza del daño cuya indemnización se había demandado, se manifestó en forma contundente. Lo único que se solicitó fue una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo. Consideró, por otro lado, que «una cosa son los daños que se manifiestan en el nacimiento, que no son daños continuados, sino permanentes, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron y se constató su carácter definitivo, y otra distinta son los daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas».

La sentencia incorporó un voto particular⁴⁹ que realizó un planteamiento no exento de originalidad, pero de difícil comprensión, cuya valoración haré posteriormente. Tomó como punto de arranque la jurisprudencia recaída en el ámbito de la incapacidad laboral que fija como *dies a quo* la fecha en que existe un pronunciamiento administrativo o judicial firme sobre esta⁵⁰.

daños continuados; los arts. 2 y 1969 CC; y el principio general *actio nondum nata non praescribitur*.

⁴⁹ Del excelentísimo señor magistrado don Francisco Javier Arroyo Fiestas.

⁵⁰ Según el TS, «cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador solo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido» (SSTS de 24 de mayo de 2010 [RJ 2010, 3714] y de 25 de mayo de 2010 [RJ 2010, 5156]); además, cuando el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su inca-

Desde esta premisa, concluyó que debía haberse desestimado la excepción de prescripción, pues los pronunciamientos administrativos de incapacidad, en lo que se refiere a la relación de causalidad entre talidomida y lesiones o secuelas, se iniciaron a partir del RD 1006/2010. Añadió que, si bien es cierto, se plantearon algunos procedimientos de incapacidad por los afectados, estos solo concretaban la existencia de lesiones y/o secuelas, no la relación de causa a efecto con la talidomida. Según el magistrado disidente, que dicha norma se dicte en relación con las ayudas sociales no le priva de ser la primera y única que relaciona en España la ingesta de la talidomida con los procedimientos de incapacidad que se deben seguir. Por lo expuesto, declaró que la sentencia de la Sala infringía los arts. 1968 y 1969 CC, en cuanto que se apartaba sin justificación de la interpretación que venía efectuando de forma uniforme en lo relativo al inicio del cómputo de la prescripción, con lo que se había infringido el derecho a la igualdad ante la ley.

4. VALORACIÓN DE LA RESPUESTA JUDICIAL AL ASUNTO DEL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1. *Un argumento falaz: la primacía de la justicia sobre la seguridad jurídica en la determinación del dies a quo cuando el caso es excepcional*

El caso de la talidomida parece haber revivido, al menos momentáneamente, una antigua concepción que considera la prescripción extintiva como una institución injusta⁵¹, ya que permite al deudor de negarse a satisfacer la deuda. Esa concepción negativa subyace en una consolidada jurisprudencia que interpreta restrictivamente la prescripción porque «no se funda en un principio de justicia intrínseca, sino de seguridad jurídica»; aunque el TS, con buen criterio, acaba estableciendo algunos límites y señala que, a pesar de la aplicación cautelosa y restrictiva de la prescripción, «la jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación el instituto de la prescripción»⁵². Como se ha destacado, con acierto, las afirmaciones del Alto Tribunal «sobre

pacidad, la jurisprudencia toma como día inicial del cómputo «aquel en que se resuelve definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues solo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido» (STS de 7 de octubre de 2009 [RJ 2009, 5504]).

⁵¹ Ya decía Gómez Corraliza (1990: 133) que, aun entre quienes es aceptada sin reservas, la prescripción extintiva se presenta frecuentemente envuelta por una especie de «complejo de culpabilidad» o de «mala conciencia».

⁵² Véanse SSTS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1588), de 16 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2398), de 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5022), de 19 de enero de 2012 (RJ

el conflicto entre seguridad jurídica y justicia intrínseca tienen un escaso fundamento normativo y teórico y ninguno legal» y «las normas sobre prescripción no permiten criterios de interpretación diferentes a los que se aplican a las demás normas» (art. 3 CC)⁵³.

Es cierto que el fundamento último de la prescripción, una figura de enorme relevancia en todos los ordenamientos jurídicos, se encuentra en la seguridad jurídica, ya que no se pueden proteger indefinidamente «los derechos que ni se usan por su titular ni son reconocidos por aquél sobre quien pesan, pues ello iría contra la seguridad jurídica» (Albaladejo García, 2004: 19), que es un valor digno de protección (art. 9.3 CE). Ahora bien, ello no permite concluir que sea una institución injusta. Probablemente, ni siquiera tenga sentido plantear que, cuando opera la prescripción, se produce un conflicto entre seguridad jurídica y justicia porque sin la primera no puede existir la segunda; o, como suele decirse, la seguridad es «la justicia misma en su dimensión formal»⁵⁴. En el caso de la talidomida, al haberse estimado que la acción se encontraba prescrita, se ha denunciado «la falta de piedad que debe ser parte esencial de la justicia» (Yáñez De Andrés, 2014). En esa misma línea se ha argumentado que habría sido necesario articular una respuesta excepcional basada en la idea de justicia por tratarse de un caso especial⁵⁵. Sin embargo, el

2012, 1778), de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5668), de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8027) y de 2 de abril de 2014 (RJ 2014, 2162).

⁵³ Véanse Díez-Picazo (2007: 48) y Cerdeira Bravo de Mansilla (2014: 416-418).

⁵⁴ Como afirma Peces-Barba Martínez (1990: 229), «la seguridad jurídica no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, supone por el contrario una dimensión de ésta. Es la justicia formal o procedimental. En la interpretación y aplicación del derecho vivo e, incluso, en sus propias normas aparece esta integración, que supera la dialéctica iusnaturalismo y positivismo y que supone una de las grandes conquistas de la cultura jurídica moderna».

⁵⁵ Según Yáñez de Andrés (2014) debe prevalecer la justicia y la seguridad jurídica es un escalafón inferior. Afirmar el mismo autor (2015), al valorar la STS de 20 de octubre de 2015, que no ve en esta «ni la sensibilidad humana, ni la finura jurídica que cabría esperar. La seguridad jurídica compete salvaguardarla exclusivamente al legislador. A los tribunales corresponde hacer justicia en cada caso concreto que se les plantee». En opinión de Sarrato Martínez (2014), refiriéndose a la SAPM de 13 octubre de 2014, hemos pasado de la irresponsabilidad de los poderes públicos a la injusticia de los tribunales. Según la autora, poderosas razones de justicia social y de dignidad moral, que trascienden a la mera legalidad, se imponen a la hora de dar respuesta singular a un caso singular. También alude a la particularidad del caso Martínez García (2013) quien afirma, al analizar la SJPIM de 19 de noviembre de 2013, que hay instrumentos para hacer justicia, resolviendo de manera extraordinaria un caso de daños sin duda

juzgador no puede basar sus decisiones exclusivamente en una idea de justicia del caso concreto ignorando la norma aplicable (art. 3.2 CC), pues atentaría tanto contra la seguridad jurídica, como contra la justicia.

Ciertamente, al entender prescrita la acción, resulta aparentemente sacrificado el interés a la reparación del daño sufrido que, al igual que el valor de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), tiene un alcance constitucional⁵⁶. Sin embargo,

[...] el art. 15 CE solo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad —según la expresión literal del art. 15 CE— de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas (STS 181/2000 [RTC 2000, 181]).

Fuera de esos límites señalados por el TC, el legislador es libre para configurar el régimen de responsabilidad civil, incluido el asunto de la prescripción, sin que pueda considerarse lesionado el derecho a la reparación de los daños por el hecho de que se exponga a un plazo de prescripción; al que se someten, igualmente, la generalidad de los derechos. Otra cosa es que, como ha reconocido la doctrina en forma unánime, resulte excesivamente breve el plazo de prescripción en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (1968 CC; véase art. 143 TRLCU), especialmente por comparación al aplicable en otros ordenamientos y al propuesto por los textos dirigidos a la armonización del derecho de contratos⁵⁷; y que de *lege ferenda* se proponga lo

también extraordinario. Por su parte, indica Castellano Ruiz (2015: 38) que la SAPM de 13 octubre de 2014 «acoge la doctrina jurisprudencial que tiende a apreciar la prescripción desde el asadero de la seguridad jurídica, cueste lo que cueste».

⁵⁶ Véase Reglero Campos (2008a: 94-95). Según la STS 181/2000 (RTC 2000, 181): «La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado».

⁵⁷ Fijan un plazo de tres años tanto los Principios Europeos del Derecho de Contratos (art. 14:203 PECL) como el Borrador del Marco Común de Referencia (art. 7:203

que se considere oportuno para remediar el insuficiente régimen codificado de la prescripción⁵⁸.

Con todo, por breve que sea el plazo del art. 1968 CC, al fijarse el *dies a quo* de este en términos subjetivos («desde que lo supo el agraviado»), cabe que prosperen las acciones, incluso cuando los daños se manifiestan muchos años después de la causa generadora de estos, pues para que comience a correr el plazo de prescripción no es suficiente el nacimiento de la pretensión (*actio nata ex art. 1969 CC*), sino que es necesario que el acreedor conozca o pueda razonablemente conocer los presupuestos de su pretensión indemnizatoria (acción u omisión, alcance y extensión de los daños, nexos causal e identidad del dañante⁵⁹ [Marín López, 2014: 205-206]) actuando con la diligencia exigible; contemplándose, por tanto, la situación individual de cada acreedor. La posibilidad de ejercer la acción mucho tiempo después del acto lesivo se ve también favorecida por la circunstancia de que en el régimen general de prescripción del CC no se establece un plazo de preclusión o plazo máximo (*long-stop*) más allá del cual el acreedor no pueda ejercer su derecho⁶⁰; un plazo que permitiría «corregir los aspectos negativos que conlleva la fijación de un *dies a quo* conforme a criterios subjetivos» y evitaría que el plazo de prescripción se prolongara excesivamente (Marín López, 2014: 46-47). En cualquier caso,

DCFR). Respecto de los criterios de los textos europeos en el asunto de la prescripción de las acciones de responsabilidad por daños, véase Peña López (2011).

⁵⁸ Sobre la reforma del instituto de la prescripción en otros ordenamientos, véase Marín López (2014: 17-51). En cuanto al derecho español, resulta de interés la regulación de la prescripción de los arts. 121-1 a 121-24 de la Ley catalana 29 /2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña (*BOE* 6 de febrero de 2003). Deben destacarse, también, los arts. 611-1 a 616-4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que articulan un nuevo y exhaustivo régimen sobre la prescripción (Marín López *et al.*, 2016).

⁵⁹ Como afirma el autor, deben concurrir, además, los presupuestos del supuesto general (art. 1969 CC), esto es, que la acción haya nacido y sea jurídicamente ejercitable, que el acreedor conozca los hechos que originan el nacimiento de la misma y que el dañado no se encuentre en una situación de imposibilidad real del ejercicio de la acción (fuerza mayor).

⁶⁰ Sí se establece ese plazo máximo en otras normas al margen del CC, siendo destacable el art. 121-24 CCCat. y el art. 143 TRLCU. Afirma Reglero Campos (2008b: 1226) que «mientras la prescripción afecta a una acción ya nacida, y que pudo ser ejercitada por concurrir todos los elementos exigidos, el plazo de decadencia impide al perjudicado ejercitar una acción que todavía no ha prescrito y que, incluso, pudo no haber nacido por no haberse manifestado el daño, por ignorarse la identidad del dañante, o por cualquier otra circunstancia».

debe tenerse en cuenta que, cuando se establece ese límite temporal, suele fijarse, junto con el plazo general, uno más extenso para la indemnización de daños personales, atendida la relevancia del interés lesionado (arts. 14:307 PECL y III-7: 307 DCFR)⁶¹.

La jurisprudencia en torno a la prescripción procura interpretar y aplicar las normas en la forma más favorable para las víctimas (*pro damnato*), pero, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso de la talidomida, resulta difícil no considerar prescrita la acción. A pesar de ello, se han propuesto algunas vías que habrían permitido la reparación de las víctimas, aunque implican un exceso interpretativo que solo se explica desde el deseo de reponer la dignidad de las víctimas que, por muy loable que sea, no debe realizarse si implica prescindir abiertamente de la norma aplicable (art. 1968 CC).

Así, en primer término, se ha afirmado, desde una perspectiva eminentemente tuitiva de los afectados por la talidomida, que debería haberse planteado la acción de responsabilidad contractual, pues, al haber resultado excluida la aplicación del Capítulo I del Título II del Libro III del TRLCU (véase art. 143 TRLCU) a los productos puestos en circulación antes de 1994 (Disposición Transitoria Tercera TRLCU), no existe plazo de prescripción para estos y procede la aplicación del plazo general de prescripción de las acciones personales (art. 1964 CC) (Moure González, 2016). Sin embargo, en mi opinión, parece claro que no puede aplicarse la ley general (art. 1964 CC) cuando hay una ley especial referida al supuesto de reparación de daños derivados de ilícitos civiles (art. 1968 CC), por muy conmovedor que sea el daño que se pretende reparar.

Más insólita es la construcción a la que recurre el voto particular de la STS de 20 de octubre de 2015, al que antes me he referido, que parte de la jurisprudencia generada en torno a la incapacidad laboral para concluir que solo a través del RD 1006/2010 se estableció la relación causal entre la talidomida y las secuelas. La argumentación no me parece convincente, aunque ha recibido el apoyo de alguna opinión autorizada⁶². Por un lado, la jurisprudencia

⁶¹ Cabe destacar que en la Propuesta de CC de la APDC no se aplica el plazo máximo que se establece (quince años) en el caso de pretensión de indemnización de daños causados a personas (art. 615-1.2.b).

⁶² Afirma Avilés García (2016: 22) que, no siendo aceptable para la generalidad de los supuestos la argumentación de que «hasta que no haya un pronunciamiento firme sobre la incapacidad o invalidez no se inicia el cómputo de la acción», sí encaja, en este caso, si tenemos en cuenta los años de inmovilidad social e institucional transcurridos por parte de las administraciones públicas desde que se produjo, en los que si bien se plantearon por singulares afectados procedimientos de incapacidad circunscritos a la constatación administrativa de lesiones y secuelas, nunca se abordó directamente

en la que se basa se refiere a un supuesto excepcional que se aparta de la regla general para el supuesto de lesiones corporales que identifica el *dies a quo* con el alta médica definitiva⁶³. Además, el hecho de que en determinados casos sea necesaria una resolución administrativa para poder concretar el alcance del daño cuya indemnización podrá reclamarse luego, no significa que deba exigirse una resolución de esa naturaleza para la generalidad de los supuestos. Por otro lado, la relación de causalidad entre la ingesta de la talidomida y los daños debe establecerse en forma individual para cada afectado, mediante la valoración médica pertinente, tal como se hizo en su momento por el CIAC con los socios de AVITE. No tiene mucho sentido considerar que es necesaria una disposición de carácter general para establecer la relación de causalidad entre la ingesta de talidomida y los daños sufridos por los afectados. Con ese argumento llegaríamos al absurdo de poder reabrir el plazo de prescripción respecto de cualquier daño, con el simple requisito de aprobar la concesión de ayudas solidarias en un ámbito determinado.

4.2. *Sobre el carácter puramente instrumental de las clasificaciones sobre daños*

El principal debate que han generado las sentencias de la talidomida es el de la calificación de los daños sufridos por los afectados para, en función de esta, fijar el *dies a quo*, tratando de reconducir los mencionados en el Informe Heidelberg a las categorías más o menos aceptadas⁶⁴. Sin embargo, cabe recordar que la regla para la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción siempre idéntica (art. 1968 CC). Es decir, las clasificaciones sobre daños tienen un carácter puramente instrumental y, en lo que concierne al *dies a quo*, permiten simplemente identificar grupos de casos en los que la

la cuestión esencial: la relación de causa a efecto con la talidomida, lo cual se hace con la aprobación de la Ley 26/2009.

⁶³ Según Marín López (2016: 105-106), la solución adoptada en este ámbito podría parecer no razonable a primera vista. Pero, en ocasiones, es adecuado sostener que hasta ese momento no empieza a correr el plazo de prescripción, pues antes no puede calcularse la cuantía del lucro cesante. Algunos autores se manifiestan en contra del criterio especial para la determinación del *dies a quo* seguido en este ámbito. Así, Yzquierdo Tolsada (2016: 65-66) y Reglero Campos (2008b: 1244).

⁶⁴ Así, por ejemplo, concluye Llamas Pombo (2016) que los daños «consecutivos» son, en realidad, daños tardíos que se producen en un momento muy ulterior, aunque sean consecuencia directa de los daños originarios. Sin embargo, otro sector considera que esos daños consecutivos son daños continuados (Ramos González, 2014: 169; y Avilés García, 2016: 6-14).

constatación del daño sufrido por el perjudicado se produce en un momento más o menos similar.

Además, tales clasificaciones no son absolutamente diáfanas⁶⁵. En este sentido, cabe subrayar que el concepto de *daños continuados* se refería, inicialmente, a los casos en que la acción dañosa se mantiene en el tiempo, una razón por la que no es fácil determinar el alcance de aquellos mientras esta no cese, siendo el prototipo de daño continuado el producido por una inmisión persistente⁶⁶. En realidad, los daños solo pueden considerarse «auténticamente continuados», a efectos de la prescripción, cuando no pueden fraccionarse en etapas distintas⁶⁷; aunque, en este caso, se plantea el asunto de si puede reclamarse indemnización solo por los daños causados en el año anterior al ejercicio de la acción (art. 1968 CC) o por los causados desde el inicio de la actividad dañosa que es lo que parece entender la jurisprudencia (SSTS de 29 de junio de 2007 [RJ 2007, 3872] y de 12 de junio de 2008 [RJ 2008, 4690]). Con el tiempo, ha pasado a aplicarse también la expresión (*daños continuados*) a supuestos en los que, no siendo la acción continuada, el efecto dañoso se produce en forma progresiva⁶⁸.

⁶⁵ Aunque la distinción más consolidada es la que diferencia entre daños duraderos, daños continuados y daños sobrevenidos. Así, entre otros muchos, De Ángel Yáguez (1993: 944-951), Yzquierdo Tolsada (2015: 519-527) y Cavanillas Múgica (2013: 13348-13350).

⁶⁶ Así, por ejemplo, afirma Algarra Prats (1997: 854) que el supuesto de daños continuados se produce, prácticamente siempre, cuando se trata de daños causados por inmisiones que no se originan por un único hecho o actuación aislada, sino por una actividad que se lleva a cabo de manera constante, con una cierta reiteración.

⁶⁷ Tal como resaltó Ruda González (2004: 1105), en un caso en el que podía separarse el diagnóstico y la muerte de cada una de las reses por un caso de fluorosis. Según el autor, ello habría permitido considerar el daño por etapas o hechos diferenciados; siendo continuada la acción, pero no el daño. Insiste el mismo autor años más tarde (2010: 881) en que el carácter continuo adquiere relevancia en cuanto a la prescripción si se refiere al daño, no si se refiere a la actividad.

⁶⁸ Reglero Campos (2008b: 1249-1258) se refiere al *dies a quo* del plazo en caso de daños continuados y distingue daños continuados que son consecuencia de una sola e instantánea actividad dañosa, caso en que se aplica la regla general («desde que lo supo el agraviado») y daños que son consecuencia de una actividad continuada. En este último caso no son indemnizables —dice— los daños producidos antes del plazo de prescripción cuando sean individualizables (fraccionables), aunque sí los acaecidos en el año anterior a la demanda. Si como consecuencia de la actividad dañosa continuada se produce una progresiva generación de daños (no fraccionables), no podrá fijarse el *dies a quo* hasta que se conozca de modo cierto el daño definitivo o, en su caso, hasta que cese la actividad dañosa. Entiende que se producirá ese resultado definitivo cuan-

El carácter instrumental de las clasificaciones sobre daños se evidencia con particular claridad en la STS de 6 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3078) que comienza recordando la distinción entre daños continuados, «que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el dies a quo será aquél en que ese conocimiento se alcance»; y daños permanentes, que aluden a

[...] lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Sin embargo, añade que lo relevante, con independencia de la terminología, es «determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que esta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción». En el mismo sentido, se encuentra la STS de 26 de julio de 2013 (RJ 2013, 6308) que, tras hacer alusión a la diferencia entre daños permanentes y daños continuados, añade que «esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo».

Pues bien, lo que parece claro es que las malformaciones provocadas por la talidomida y sus secuelas se encontraban consolidadas mucho antes de interponer la demanda, ya se quieran considerar como un *daño permanente* (lo correcto a mi juicio) o como una etapa o hecho diferenciado en el contexto de un *daño continuado*, y así resulta de la información aportada al proceso respecto de la minusvalía declarada a cada socio de AVITE; de modo que los afectados tuvieron noticia exacta del alcance del daño en diferentes fechas, pero todas muy anteriores al momento en que se ejerció la acción. Y en cuanto a la relación causal entre la ingesta de talidomida y los daños sufridos, presupuesto de la pretensión planteada, supieron de esta —o tuvieron posibilidad de saber— cuando durante el período 2006-2008 el CIAC estuvo a disposición de los socios de AVITE para descartar otras posibles causas de sus anomalías;

do sea razonablemente improbable la continuación de los daños, la aparición de otros nuevos o el agravamiento de los anteriores.

sin que puedan excluirse de esta conclusión los socios que no colaboraron presentado la documentación que les fue requerida o los que no se sometieron al diagnóstico, pues para que tenga lugar la prescripción es suficiente la cognoscibilidad (o conocimiento potencial) de los presupuestos de la pretensión del perjudicado, atendida la relevancia que debe atribuirse a su diligencia (Gómez Corraliza, 1990: 225; y Albaladejo García, 2004: 50)⁶⁹.

V. PRESCRIPCIÓN Y AMPARO CONSTITUCIONAL: EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE JULIO DE 2016

A pesar de la frecuencia con la que se alega ante los tribunales la excepción de prescripción, no son demasiados los supuestos en los que el TC tiene ocasión para manifestarse sobre el asunto. El recurso de amparo constitucional interpuesto por AVITE por lesiones del derecho de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva en distintas vertientes (arts. 14 y 24 CE) tuvo un cierto eco en los medios de comunicación. El TC apreció que el recurso tenía la «especial trascendencia constitucional» requerida para la admisión a trámite⁷⁰ que debe justificarse en la demanda de amparo (art. 49 LOTC)⁷¹. Sin embargo, declaró que incurría en un supuesto de inadmisión [arts. 50.1.a) y 44.1 LOTC], por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos

⁶⁹ Santor Salcedo (2016: 195) pone en evidencia que aceptar un criterio subjetivo puro no puede ser aceptado en aras de la seguridad jurídica y que lo que se acoge en derecho comparado es el criterio del conocimiento potencial.

⁷⁰ La especial trascendencia constitucional es requisito para la admisión a trámite conforme al art. 50.1.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (*BOE* 5 de octubre de 1979; LOTC), desde la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (*BOE* 25 de mayo de 2007). Hasta entonces, una de las causas de inadmisión era que el recurso careciera de contenido constitucional. Actualmente, se han invertido los términos de manera que solo se admite el recurso de amparo si se justifica en la demanda la especial trascendencia constitucional. Uno de los objetivos de la reforma fue descargar de trabajo al TC para que pudiera dedicarse a sus tareas. Para una visión general de la reforma y sus consecuencias, véanse Aragón Reyes (2009) y Hernández Ramos (2015). Respecto del requisito de la especial trascendencia constitucional, véase Tirado Estrada (2012).

⁷¹ Dentro de los casos en que concurre la especial trascendencia constitucional delimitados por la STC 155/2009 (RTC 2009, 155), entendió que estaba en presencia del g): «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales».

fundamentales alegados. Atendido el interés social en el caso, el TC realizó su pronunciamiento mediante el Auto de 22 de julio de 2016 (RTC 2016, 148) y entró en el examen de los numerosos motivos formulados, ofreciendo una síntesis de su doctrina sobre el asunto.

En principio, la interpretación efectuada por los jueces y tribunales de justicia de las normas relativas tanto a los plazos de caducidad como a los de prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria; es decir, de su exclusiva competencia. Ahora bien, por excepción, la aplicación realizada por los jueces y tribunales de los plazos de prescripción y caducidad adquiere una relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en tres supuestos que distingue con precisión la STC 160/1997 (RTC 1997, 160): en primer lugar, cuando la interpretación imposibilite en la práctica el ejercicio de la acción (SSTC 262/1988 [RTC 1988, 262], 47/1989 [RTC 1989, 47] y 220/1993 [RTC 1993, 220]); en segundo lugar, cuando en la determinación del plazo se incurra en un error patente (STC 201/1992); y, en tercer lugar, cuando se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o sencillamente absurdo (SSTC 89/1992 [RTC 1992, 89], 245/1993 [RTC 1993, 245] y 322/1993 [RTC 1993, 322]).

i) Con relación al primer supuesto reseñado, debe tenerse en cuenta que la interpretación del Tribunal solo puede hacer imposible el ejercicio de la acción cuando se aprecia la prescripción antes de iniciar un proceso, pero no en caso contrario. Como afirma la STC 298/2000 (TRC 2000, 298):

No es lo mismo la apreciación de la prescripción al inicio del proceso, que después de haberlo concluido por todos sus trámites [...] cuando la aplicación de la concurrencia de la prescripción se realiza tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, y en decisión adoptada por el propio juzgador del fondo de la pretensión [...] debe considerarse que ha existido auténtico acceso a la justicia. En definitiva, lo que ha podido existir es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia (STC 42/1997 [RTC 1997, 42]).

Obviamente, el hecho de que no haya vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción cuando el proceso se ha desarrollado, como sucedió en el caso de la talidomida, no excluye que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde otra vertiente y, especialmente, desde la perspectiva del derecho a obtener de los tribunales una resolución motivada, congruente y fundada en derecho⁷².

⁷² Como expone Garberí Llobregat (2008: 19), el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota garantizando el acceso a los tribunales (derecho de acceso a la jurisdicción),

ii) El motivo octavo del recurso denunció un error de hecho por no respetar las resoluciones judiciales el hecho notorio de que no existe un diagnóstico de certeza científica para cada afectado en particular para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación. Pero para que el error adquiriera dimensión constitucional «debe ser inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales» (STC 159/2004 [RTC 2004, 159]), y, tal como advirtió el TC, la STS negó el hecho en forma razonada cuando se refirió al conjunto de actos anteriores a la demanda determinantes del conocimiento que los afectados tenían del hecho causal, del causante del daño y de su alcance definitivo.

iii) La alegación de infracción del art. 24 CE por no aplicar la doctrina del voto particular de la STS (séptimo motivo) se recondujo por el TC al derecho a obtener una resolución fundada en derecho y no arbitraria. Conforme a la STC 64/2010 (RTC 2010, 64):

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo.

ya que el TC integra como contenidos básicos o esenciales, además del anterior, los siguientes: *a)* el derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurren todos los presupuestos procesales, y que observará los requisitos de la motivación y la congruencia; *b)* el derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales; *c)* el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; *d)* el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto; *e)* y el derecho a no sufrir indefensión en el proceso.

Según el TC, la SAP y la STS habían proporcionado las razones para considerar prescrita la acción de manera pormenorizada⁷³.

iv) El último motivo del recurso invocó la incongruencia y la falta de exhaustividad, pero se recondujo a la falta de motivación. En este caso, recordó el TC, que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone

[...] una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente [...] que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003 [RTC 2003, 119] y 196/2005 [RTC 2005, 196]).

El TC concluyó para el caso enjuiciado que la motivación contenida en las resoluciones judiciales impugnadas era suficiente, ya que permitía conocer las razones de la decisión adoptada, y no aparecía como irrazonable, arbitraria o incurso en patente error.

VI. PERSPECTIVAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO PARA LOS TALIDOMÍDICOS ESPAÑOLES

Tanto la SAP como la STS dejaron a salvo la posibilidad de que las víctimas de la talidomida puedan en el futuro ejercer sus acciones en el caso de que acrediten daños tardíos, aunque ello no suponga la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños anteriores. Insistió, también, en esa posibilidad el TC al destacar que las resoluciones judiciales impugnadas no enjuiciaron la prescripción de acciones civiles correspondientes a todos los afectados por la talidomida, sino solamente las pertenecientes a los beneficiarios por la ac-

⁷³ El séptimo motivo denunció también vulneración del art. 14 CE por no aplicar la doctrina del voto particular de la STS. Sin embargo, como estimó el TC, lo que latía en el motivo era una mera discrepancia con los criterios de los órganos judiciales en materia de prescripción sin alcance constitucional. Si bien es cierto que la doctrina constitucional considera que «un mismo órgano judicial no puede cambiar el sentido de sus decisiones sin una argumentación razonada, para enjuiciar si la respuesta del órgano se aparta injustificadamente de sus resoluciones precedentes ha de acreditarse por el recurrente la existencia de un término de comparación idóneo» (STS 140/2003 [RTC 2003, 140]), lo que no se hizo en el caso en cuestión.

ción de grupo. En consecuencia, no cabe descartar la existencia de afectados que puedan plantear una acción de daños si consiguen demostrar que hasta el momento desconocían alguno de los presupuestos de su pretensión y, en particular, la relación causa/efecto entre la talidomida y sus malformaciones.

En cualquier caso, con carácter general, la solución vendrá dada por la acción que tiene preparada el Gobierno, financiada por los Presupuestos Generales del Estado para 2018, que deberá afrontar no pocas dificultades. En particular, además de la previsible negativa de Grünenthal, a quien pretende repercutir parte de la responsabilidad, cabe señalar el asunto del límite temporal respecto a la fecha de nacimiento que previsiblemente establecerá. El plazo será más generoso que el fijado por la Ley 26/2009 (1960-1965) si se cumplen las previsiones de la proposición no de ley aprobada en el Congreso (2016), pero será difícil no incurrir en contradicciones. Si el Gobierno asume la responsabilidad de la Administración española por la falta de control del medicamento, no se entenderá que proporcione compensaciones económicas a los numerosos perjudicados por el fármaco antes de su comercialización oficial o mucho después de la orden de retirada del mercado. Y, si vuelve a las andadas, ofreciendo ayudas solidarias, será difícil aceptar que estas se denieguen a las personas cuyas malformaciones sean consecuencia de algún síndrome genético o de otros factores, pero cuyas necesidades de atención son idénticas.

Bibliografía

- Albaladejo García, M. (2004), *La prescripción extintiva*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Algarra Prats, E. (1997). Comentario a la Sentencia de 7 de abril de 1997. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 44, 841-855.
- Aragón Reyes, M. (2009). La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 11-43.
- Avilés García, J. (2016). Tipología de daños, causalidad y prescripción (a propósito del caso de la talidomida en España). *Diario La Ley*, 8784.
- Castellano Ruiz, M. (2015). Responsabilidad civil y prescripción: el *dies a quo*, en especial en las lesiones corporales. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 56, 9-40. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/revista56/revista56.pdf>
- Cavanillas Múgica, S. (2013). Comentario al artículo 1968. En R. Bercovitz Rodríguez-cano (dir.). *Comentarios al Código Civil. T. IX* (pp. 13328-13350). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2014). Entre la seguridad y la justicia: el juego de la interpretación, y de la analogía, en materia de prescripción y caducidad. En VV. AA. *La prescripción extintiva* (pp. 15-234). Valencia: Tirant lo Blanch.

- De Ángel Yágüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2007). *La prescripción extintiva*, Navarra: Thomson Civitas.
- Fernández Braña, M., Añorbe, L., López Sáez, B., Martín-Cantalejo, Y., De Miguel, P. y Morán, M. (2004). Talidomida: una visión nueva de un tóxico antiguo. *Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia*, 70, 885-904. Disponible en: <https://www.analesranf.com/index.php/aranf/article/view/252/281>
- Garberí Llobregat, J. (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- Gómez Calle, E. (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos (coord.). *Tratado de responsabilidad civil. T. I* (pp. 931-1066). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- Gómez Corraliza, F. (1990). *La caducidad*. Madrid: Montecorvo.
- Gómez Liguierre, C. (2006). Solidaridad y prevención. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-27. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/371_es.pdf
- Gómez Liguierre, C. y Piñeiro Salguero, J. (2008). Responsabilidad solidaria, intervención de tercero y culpa del perjudicado. En P. Salvador Coderch, F. Gómez Pomar (eds.). *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (pp. 249-347). Madrid: Thomson Civitas.
- Hernández Ramos, M. (2015). El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 13, 135-170. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/719/833>
- Llamas Pombo, E. (2016). Daño continuado y talidomida. *Práctica de Derecho de Daños*, 129.
- López Villafranca, P. (2013). El tratamiento informativo del juicio por el caso de la talidomida en la prensa española. En *Actas del V Congreso Internacional Latina de Comunicación Social, Universidad de la Laguna, diciembre, 2013* (pp. 1-27). Disponible en: http://www.revistalatinacs.org/13SLCS/2013_actas.html
- Marín López, M. J. (2014). El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil. En VV. AA. *La prescripción extintiva* (pp. 15-234). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o sobrevenidos. En M. Herredor Guardia (dir.). *Daño, responsabilidad y seguro* (pp. 77-143). Madrid: Francis Lefebvre.
- Marín López, M. J., Arroyo Amayuelas, E. y Vaquer Aloy, A., (2016). Libro Sexto. En Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto* (pp. 335-340). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez García, I. (2013). La sentencia de la talidomida en España, o de cómo es justo y conforme a derecho —y por tanto necesario— dictar un fallo extraordinario al ser juzgado también un daño extraordinario. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013. *Diario La Ley*, 8219.

- Moure González, E. (2016). Las sentencias de la talidomida. Recreación acrítica de lo que pudo haber sido y no fue. *Diario La Ley*, 8718.
- Papaseit, E., García-Algar, O. y Farré, M. (2013). Talidomida: una historia inacabada. *Anales de Pediatría*, 78, 283-287. Disponible en: <http://www.analesdepediatria.org/es/pdf/S1695403312005383/S300/>
- Parra Lucán, M. Á. (2013). La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 130-147. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/410/352>
- Peces Barba, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho. *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 215-229.
- Peña López, F. (2011). El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos del *soft law* y del derecho estadounidense que podría servir para su reforma e interpretación. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-26. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/878_es.pdf
- Pintado Vázquez, S. (2009). La catástrofe de la talidomida en el cincuentenario de su comercialización. *Jano*, 1726, 34-37. Disponible en: http://www.jano.es/ficheros/sumarios/1/0/1726/34/00340037_LR.pdf
- Ramos González, S. (2014). Nota a la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 14.ª), Madrid, 13.10.2014 (MP: Sagrario Arroyo García), sobre los daños asociados a la talidomida. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 12, 166-169. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/630/531>
- Reglero Campos, L. F. (2008a). Conceptos generales y elementos de delimitación. En L. F. Reglero Campos (coord.). *Tratado de responsabilidad civil. T. I* (pp. 47-246). Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.
- (2008b). La prescripción de la acción de reclamación de daños. En L. F. Reglero Campos (coord.). *Tratado de Responsabilidad civil. T. I* (pp. 1207-1345). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- Ruda González, A. (2003). La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. *InDret*, 147, 1-33. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/147_es.pdf
- (2004). Comentario a la Sentencia de 28 de enero de 2004. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 66, 1077-1107.
- (2010). Comentario a la Sentencia de 29 de junio de 2009. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 83, 873-883.
- Salvador Coderch, P. y Rubí Puig, A. (2008). Excepción por riesgos de desarrollo. En P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar (eds.). *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (pp. 585-656). Madrid: Thomson Civitas.
- Salvador Coderch, P., Gómez Liguerra, C., Rubí Puig, A. y Terra Ibáñez, A. (2014). Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI n.º 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1, pp. 1-30. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1036_revisado.pdf
- Santor Salcedo, E. (2016). Sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción para el reconocimiento del derecho a un tanto alzado por las lesiones permanentes no invalidantes.

- (A propósito de la STS de 19 de febrero de 2015). *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 6, 187-197.
- Sarrato Martínez, L. (2014). Talidomida: de la irresponsabilidad de los poderes públicos a la injusticia de los tribunales. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 894.
- Tirado Estrada, J. J. (2012). Requisito particular de admisión del recurso: la especial trascendencia constitucional. *Diario La Ley*, 7838, 1-10.
- Yáñez de Andrés, A. (2014). Daños progresivos y prescripción. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 894.
- (2015). Talidomida y prescripción. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 914.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Madrid: Dykinson.
- (2016). Prescrita la acción contra los fabricantes de la talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015). *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 57, 57-77. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/revista57.pdf>