ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 544/2015
Fecha Sentencia: 20/10/2015
CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL
Recurso Nº: 3140/2014
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando
Votación y Fallo: 23/09/2015
Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana
Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 14
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García
Escrito por: AAV

RESPONSABILIDAD CIVIL.TALIDOMIDA. PRESCRIPCIÓN: DAÑOS CONTINUADOS, PERMANENTES Y TARDÍOS.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **3140/2014**
Ponente Excmo. Sr. D.: **José Antonio Seijas Quintana**
Votación y Fallo: **23/09/2015**
Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: **544/2015**

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil quince. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 717/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Soledad Vallés Rodríguez; siendo parte recurrida Grünenthal Pharma

S.A, representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Soledad Valles Rodríguez, en nombre y representación de Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida, interpuso demanda de juicio sobre juicio ordinario, contra Grünenthal Pharma, S.A, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que con estimación de la misma:

a) Se declaren como afectados por la talidomida a los efectos indemizatorios del apartado d) a todos aquellos socios de AVITE perceptores de las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010.

Alternativa y subsidiariamente, se declaren como a afectados por la talidomida a los efectos indemnizatorios del apartado d) a todos aquellos socios de AVITE perceptores de las ayudas económicas establecidas en el RD, 1006/2010, excluyendo a los perceptores de indemnización y pensión vitalicia de la Fundación Contergán (Conterganstifitung).

b) Igualmente se declaren como afectados por la talidomida a los efectos indemnizatorios del apartado d) a todos aquellos socios de AVITE a los que les sea reconocida esta condición mediante resolución administrativa o sentencia firme.

c) Que se declare asimismo el derecho a percibir las indemnizaciones del apartado d) a los herederos de los afectados, ya fallecidos, perceptores en vida de las ayudas del RD 1006/2010, o que vieran su condición de talidomídicos reconocida mediante sentencia o resolución administrativa firme en vida o tras su muerte.

d) Se condene a GRUNENTHAL a indemnizar a los socios de AVITE afectados por la talidomida 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 de esa cantidad calculados desde la interposición de la demanda.

e) Todo ello con condena en costas a la demandada.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Grünenthal Pharma, S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la demandante.

3.- En la audiencia previa se renunció a los apartados b) y c) del suplico de la demanda.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACION DE VICTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, representada por la Procuradora Vallés Rodríguez, contra GRUNENTHAL PHARMA SA, representada por la Procuradora Sra. Lanchares Perlado, DEBO DECLARAR Y DECLARO como afectados por la talidomida a los socios de AVITE de los incluidos en el listado contenido en auto de 6 de noviembre 2012 que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la presentación de la correspondiente resolución administrativa, excepto las personas que están recibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la cantidad de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que les haya sido reconocido por la Administración española, más intereses legales desde la fecha de

interposición de la demanda con el incremento previsto legalmente a partir de esta resolución.

No se hace especial condena en costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de GRUNENTHAL PHARMA SA. La Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por GRÜNENTHAL PHARMA, SA, que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n° 90 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 217/2012, debemos REVOCAR la referida resolución en el sentido de DESESTIMAR la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, contra GRÜNENTHAL FHARMA SA., absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la demanda.

Sin hacer declaración sobre costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conforme lo establecido en la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 6/1985 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción del art. 9.4. de la LOPJ y el 24 del mismo texto legal y el art. 1.1 de la Ley 29/98, que atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa, en exclusiva, el control de la legalidad de un Real Decreto. **SEGUNDO.-** Infracción del art. 319 LEC y arts 5 y 6 g) del RD 1006/2010, en la medida en que dichas infracciones han supuesto una

errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3. CE que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art. 24.1. CE. **TERCERO.-** Infracción del art. 218. LEC, en la medida en que dicha infracción ha supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3. CE que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art .24.1.CE. **CUARTO.-** Infracción del art. 218.2. LEC en la medida en que dicha infracción ha supuesto una errónea y valoración de la prueba por contraria a la lógica y la razón de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3. CE que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art. 24.1.CE y del art. 51.1.CE.

Se formula asimismo **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de los arts. 1 y 2.1. del RD 1006/2010 y del art. 3º 1. del Código Civil, en la medida que la sentencia, apartándose expresamente del texto de los mismos por considerarlo contra legem, no contempla el efecto del primer reconocimiento oficial de talidomídicos que supone el RD 1006/2010. **SEGUNDO.-** Se denuncia ex art 477.1º 1 del Código Civil la infracción por inaplicación del principio general del derecho según el cual justicia es tratar desigualmente los casos desiguales, que viene a ser una aplicación lógica y justa del derecho fundamental de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, cuya infracción generadora de indefensión (art. 24.1) también se denuncia cometida a los efectos oportunos. **TERCERO.-** Se denuncia ex art. 477.1. LEC la infracción de la doctrina jurisprudencial de aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones por no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio de derecho, y obedece, en atención al principio de idoneidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido (por todas STS de 2 de abril 2014 recurso 608/2012), máxime cuando en los supuestos de responsabilidad extracontractual el plazo es indudablemente corto, todo ello según es traído

literalmente en la propia sentencia recurrida. **CUARTO.-** Infracción ex art. 477.1 de la doctrina de los daños continuados como interruptiva de la prescripción, así como la aplicación indebida del fraccionamiento en etapas de daño. **QUINTO.-** Infracción de los artículos 1968 2º y 1969 CC y del principio general del derecho *actio nondum nata non praescributur.*

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de marzo de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Grünenthal Pharma S.A presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito en el que discrepa de los razonamientos de la farmacéutica recurrida y no es sólo que debería contarse el inicio de la prescripción desde el Real Decreto de 2010, sino a lo mejor del acto de pedir perdón en el año 2012 reconociendo su culpa, pero no queriendo indemnizar por su conducta, lo que nos parece un hecho gravísimo para la conciencia de la humanidad.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para PLENO DE LA SALA el día 23 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) es una asociación constituida en el año 2003 con la intención de agrupar a las personas afectadas por la talidomida en España. Fue inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el num. 171733 de la Sección 1ª el 22 de marzo de 2003. La Asamblea General de 19 de septiembre de 2011 modifico sus Estatutos y la Asamblea celebrada el 12 de marzo de 2011

acordó, por mayoría absoluta, demandar a la farmacéutica Grünenthal Pharma SA, titular de los derechos sobre el principio activo de la talidomida, con la pretensión de que los socios de AVITE fueran reconocidos e indemnizados como afectados de la talidomida en España. La demanda se formula el día 12 de febrero de 2012 y en ella se ejercita acción para la protección de los derechos de sus asociados con fundamento en la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, aunque también se citan los artículos 1089, 1091 y 1101 CC, y los RD 2464/1963, de 10 de agosto y 18 de abril, la Orden Ministerial de 5 de abril de 1941 y las leyes de 25 de noviembre de 1944 y 17 de julio de 1947. La legitimación se justifica al amparo de los artículos 6.1.3, 11 y 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, de igual modo, con base en el artículo 221 de la misma ley procesal. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 15.1, 2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que aquí interesa –prescripción de la acción- en la demanda se niega que esta concurra porque:

(i) Los daños que sufren los socios de AVITE "son continuados, progresivos e incluso inciertos" y los afectados "tienen en ocasiones minusvalías oficialmente reconocidas que han ido progresivamente aumentando con el tiempo";

(ii) "los daños podrían suponer un alteración genética de los afectados que podría ser heredada por su descendencia";

(iii) El reconocimiento de afectado por la talidomida no se ha producido hasta el Real Decreto 1006/2010, cuando se reconocieron ayudas públicas a las víctimas españolas, por lo que "mal podrían haber reclamado antes si no se les consideraba víctimas de la droga", y

(iv) "los propios actos de la causante del daño Grünenthal reconociendo su responsabilidad, subsanan el transcurso del tiempo"

La sentencia del Juzgado y de la Audiencia Provincial son contrarias en lo que se refiere a la prescripción de la acción.

La sentencia de primera instancia (19-11-2013) estimó en parte la demanda. Declaró como afectados por la talidomida a los socios de AVITE

incluidos en el listado contenido en el auto de 6 de noviembre de 2012, que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la aportación de la correspondiente resolución administrativa, con excepción de aquellas víctimas que ya estuvieran percibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y condenó a la demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la suma de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que se les haya reconocido por la Administración, más intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

Se rechaza la excepción de prescripción porque que si bien el tiempo transcurrido desde que el daño se produce era muy notable (más de 50 años), debía tomarse en consideración que se trataba de daños continuados, por lo que el cómputo del plazo de prescripción no se iniciaba hasta que no resultara conocida la enfermedad y la relación causal entre esta y la ingesta del citado principio activo (pues hasta que no se tiene cabal y exacto conocimiento de la enfermedad y de sus graves efectos no puede reclamarse). En consecuencia, aunque admite que el principal daño derivado de la ingesta de talidomida era apreciable en el momento del nacimiento y que por el tiempo transcurrido la mayoría de sus secuelas ya debían considerarse consolidadas (muchos de los padecimientos solo son consecuencia del daño principal constituido por las malformaciones en extremidades superiores e inferiores), entiende que no puede prescindirse del valor del informe Heidelberg, de 21 de diciembre de 2012 (traído a las actuaciones por la actora en el acto de la audiencia previa tras ser mencionado en la demanda), que fue encargado por la Fundación Contergan "para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el Contergan", según el cual los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se denominan "*daños secundarios, tardíos o de aparición tardía*". Se trataría de daños de origen prenatal, que hasta fechas recientes no se han vinculado causalmente a la talidomida, y que están asociados al sistema nervioso, al sistema vascular y a la musculatura y que se concretan en la imposibilidad de extraer sangre, en problemas para medir la tensión arterial, etc. Este informe y sus conclusiones llevan al Juzgado a excluir la prescripción por considerar que a fecha de la

demanda aún *"no se tiene un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida"*.

La sentencia del Juzgado fue apelada únicamente por la demandada Grünenthal Pharma, SA. La sentencia de la Audiencia Provincial (13-10-2014) apreció la prescripción, estimó el recurso de la demandada y revocó la sentencia apelada desestimando íntegramente la demanda, sin costas.

Son de interés al caso los argumentos siguientes de la sentencia:

a) se reitera que el *dies a quo* se sitúa en el momento en que *"lo supo el agraviado"* (*actio nata*), que ha de relacionarse con la posibilidad de ejercicio efectivo (teoría de la realización), y que esos principios son de difícil aplicación por la existencia de tres tipos de daños: duraderos o permanentes; continuados o de producción sucesiva y daños sobrevenidos;

b) desde el punto de los hechos relevantes (dimensión fáctica de la prescripción), considera acreditado que los efectos de la ingestión de talidomida (fundamentalmente efectos teratogénicos -malformaciones congénitas- en extremidades) fueron concretados por la comunidad científica hace muchos años (desde el año 1962) -lo que motivó su retirada del mercado- y que dichos efectos se consideraban *"fácilmente detectables al nacimiento"*, no produciéndose desde entonces nuevos casos. También que AVITE se fundó el 22-3-2003, habiendo modificado sus estatutos el 19-11-2011; que cinco socios de AVITE fueron reconocidos como pensionistas en Alemania por la Fundación Contengan y que se intentó sin éxito el acuerdo extrajudicial una vez que diversas resoluciones administrativas con base en el RD 1006/2010 reconocieron a los socios de AVITE la condición de beneficiarios de ayudas públicas por su condición de víctima de la talidomida en España;

c) desde el punto de vista jurídico (dimensión jurídica de la prescripción), no discutiéndose que se trata de un supuesto de responsabilidad

por culpa extracontractual en el que rige el plazo de prescripción de un año, la controversia se contrae a determinar el *dies a quo*, en función de cada tipo de daños. Y al respecto, señala:

(i) Los daños derivados de la ingestión por la madre son detectables en el momento del nacimiento, de manera que como máximo todos los perjudicados estuvieron en disposición de ejercitar la acción de reclamación cuando alcanzaron su mayoría de edad (en todos los casos, mucho tiempo antes de que se presentara la demanda). Aunque se trate de daños continuados, según tesis de la actora, en los que el cómputo se difiere al momento en que se genera el definitivo resultado, la jurisprudencia matiza que esto es así *"cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida"*, situación concurrente en este caso. En suma, considera que para las lesiones que se evidencian en el momento del parto, es este el día inicial porque las secuelas quedan definitivamente concretadas en ese momento, como defectos permanentes, sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior.

(ii) Por tanto, para las lesiones incardinables en el concepto de daños consecutivos, según el informe Heidelberg (los que se desarrollan a lo largo de su vida), no cabe interpretar la doctrina de los daños continuados en el sentido de que en aquellos casos no comience a computarse el plazo de prescripción con la excusa de la posibilidad de que se produzcan en el futuro nuevos padecimientos que traigan causa de la ingesta de talidomida (esto equivaldría a que la acción no prescribiera nunca). Se debe tomar en cuenta el momento en que el perjudicado tuvo un conocimiento razonable del daño y de su evolución. De ahí que los daños consecutivos (escoliosis y artrosis) sí puedan considerarse como sobrevenidos al objeto de considerar que se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento.

(iii) Aplicando esta doctrina a los hechos probados concluye que ha prescrito la acción para reclamar por todos los daños pues desde hace

décadas (desde 1962) se sabían los efectos de la talidomida, su dimensión social y mediática, como ejemplifica la creación de fundaciones de víctimas (Contergan tras resolución del Tribunal de Aquisgrán en 1970), incluyendo AVITE (2003), de manera que sus socios al menos desde su constitución sabían de la relación causal de sus padecimientos y dicho medicamento. También pudieron acudir al Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC) y no lo hicieron. En la tesis más favorable, en el año 2008 ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos (ninguno de los diagnósticos realizados durante el periodo 2006-2008 por dicho organismo fue aportado por los demandantes). Por tanto, la acción se encontraba ya prescrita cuando el presidente de AVITE solicitó a la demandada tener reuniones (diciembre de 2010) y también al tiempo en que se presentó la papeleta de conciliación (junio 2011), sin que el hipotético reconocimiento de responsabilidad de los interlocutores de Grünenthal en las reuniones de mayo y junio de 2011 tenga valor para reanudar el plazo de prescripción ya agotado. Tampoco sirve para interrumpir la prescripción el RD 1006/2010, y el reconocimiento de su condición de talidomídicos pues el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido mucho antes dirigiéndose al CIAC, además de que tanto dicho reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción. Los daños secundarios o de aparición tardía han de entenderse como una nueva etapa, por lo que, de acreditarse estos en el futuro, solo procedería reconocer la indemnización por estas secuelas y no por las anteriores (daños prenatales y consecutivos) afectadas por la prescripción. De la prueba obrante no se desprende la existencia de este tipo de daños tardíos, sin perjuicio de que en el futuro la investigación científica pueda acreditar su relación de causalidad con la talidomida.

La demandante AVITE ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Los dos han sido apoyados por el Ministerio Fiscal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan cuatro motivos.

En el primero denuncia la infracción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 1.1 de la Ley 29/98. Se argumenta una supuesta falta de jurisdicción del orden civil para interpretar la conformidad o disconformidad del RD 1006/2010 con respecto a la Ley 26/2009 que desarrolla.

En el segundo la infracción se refiere al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 5 y 6 G del RD 1006/2010, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas de personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960/1965, y del artículo 24 CE, en la medida en que dichas infracciones "han supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica" en tanto que la sentencia tiene por prescrita la acción partiendo del hecho de que los reconocimientos diagnósticos del CIAC (Centro de Investigación de Anomalías Congénitas) a los socios de AVITE se llevaron a cabo en el periodo 2006-2008, lo que deduce de un "anexo" del propio CIAC de 2007 y del Dictamen del Consejo de Estado sobre el RD 1006/2010.

En el tercero y en el cuarto denuncia la infracción de los artículos 218 LEC y 24 CE por falta de exhaustividad, y 218.2 y 24.1 por motivación contraría a la lógica y a la razón. Reitera, como en el anterior, que "dicha infracción ha supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica", respecto al plazo de prescripción, de forma suficiente para haber vulnerado los artículos 9.3 CE, 24 y 51 CE, dejando sin valorar el informe Heidelberg y documentos de archivo público de Dusseldorf.

TERCERO.- Ciertamente, y así lo ha puesto de manifiesto la parte recurrida, en la formulación de dichas infracciones se advierten incorrecciones formales que aisladamente consideradas podrían justificar su inadmisión. Así, respecto a los dos últimos motivos, no se justifica haber cumplido con el deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal -artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC-; en concreto, no se justifica haber solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia. Y en particular en el

caso del motivo tercero, la cita del artículo 218 se hace sin especificación del párrafo, lo que esta Sala rechaza en la medida que no cabe confundir incongruencia y falta de motivación, mientras que en el cuarto, aunque sí se invoca acertadamente el párrafo 2º del artículo 218 con respecto al deber de motivación, sin embargo se utiliza un cauce equivocado, al citarse el ordinal 4º en lugar del 2º del articulo 469.1 LEC.

En cualquier caso, prescindiendo de las incorrecciones en que se pudo haber incurrido en la formulación de este recurso, esta Sala dará respuesta a todos ellos dada la vinculación que hay entre los motivos y, especialmente, por la vinculación que existe entre las dimensiones fáctica y jurídica referidas a la existencia o inexistencia de prescripción extintiva en razón a la delimitación del día inicial para el comienzo del cómputo en función de la naturaleza de los daños por los que se reclama; todo ello desde la idea de que no estamos ante una responsabilidad civil derivada de un delito ni ante una legislación como la penal, preventiva de delitos y faltas como instrumento de protección de la persona y de la sociedad, en la que determinados delitos se consideran imprescriptibles por su especial gravedad (artículo 131 CP), sino ante una responsabilidad por culpa –artículo 1902 CC– para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción -artículo 1968.2 CC-, al que se sujeta el enjuiciamiento de lo que el Ministerio Fiscal califica de "hecho gravísimo para la conciencia de la humanidad", y ante unos hechos que tienen su origen hace cincuenta años.

Todos ellos se desestiman.

1.- Con carácter general, en el primer motivo, más que una cuestión puramente procesal se suscita una controversia que aparentemente tiene que ver con el tema de fondo (prescripción) pues lo que se cuestiona es la trascendencia o repercusión que la sentencia otorga al RD 1006/2010 y a las decisiones del INSERSO en materia de prescripción (la tesis de la demandante es que hay que estar al momento en que este organismo, de acuerdo con el citado RD, decidió reconocer a las víctimas su condición de perjudicados por el consumo de talidomida). En el segundo, se combate la

valoración de la prueba documental pública como punto de partida para alcanzar conclusiones diferentes de orden fáctico respecto de las que tuvo en cuenta la sentencia recurrida. Y en los dos últimos, aunque se plantean en apariencia cuestiones estrictamente procesales referidas a los defectos de la sentencia (incongruencia, falta de exhaustividad y motivación lógica), en la práctica, y así se expresa en el recurso, se trata de combatir la valoración probatoria de unos documentos que la sentencia valora de forma diferente.

2.- La sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 ni invade atribuciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la que se reserva el control de su legalidad. Se limita a valorarlo en la misma forma que lo hace la recurrente, para estimar el recurso de apelación con argumentos que, en lo sustancial, no vinculan el RD con la prescripción extintiva de la acción, a la que no se refiere, sino con el contexto de distintos periodos temporales en que la demandante pudo formular la demanda.

3.- El hecho de que la sentencia, con encomiable esfuerzo, haya analizado los distintos periodos en que la demandante pudo ejercitar la acción, no puede utilizarse fraccionadamente para tachar de arbitrarias e ilógicas las conclusiones obtenidas. Lo que dice la sentencia es que la acción estaba prescrita en todo caso cuando se publica el RD 1006/2010.

4.- El informe Heidelberg no ha sido ignorado en la sentencia. Al informe se refieren con detalle los Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimosexto, cosa distinta son las conclusiones que obtiene del mismo, y ni este ni los documentos de los archivos de Dusseldorf son relevantes en materia de prescripción de la acción que ha sido ejercitada en la demanda. El hecho que las pensiones se hayan incrementado sustancialmente a los afectados reconocidos por la fundación alemana ConterganStiftung (excluidos del fallo), en ningún caso determina un nuevo cómputo de la prescripción para los daños que se reclaman y que aceptó la recurrente al no recurrir la sentencia del juzgado, entre otras razones porque no se ha identificado en qué medida este incremento de las pensiones determina un nuevo cómputo de la

prescripción o que la acción ya prescrita reviva, como sucede con el supuesto reconocimiento tardío de responsabilidad por la demandada.

Pero aunque así lo fuera, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, no impone a los tribunales la obligación de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes. Lo que exige es que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, hasta el punto de que solo una motivación que, por arbitraria, deviene inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC 25 de junio 1992; STS 11 de noviembre 2011). El motivo, en definitiva, más parece dirigido a denunciar un agravio comparativo entre las indemnizaciones reconocidas por la administración española a los afectados y las que se reconocieron recientemente en Alemania, que a fundamentar con rigor jurídico una verdadera impugnación de la sentencia.

5.- Pretender que es un hecho incontrovertido que no existe un diagnóstico de certeza científica para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación, supone desconocer el conjunto de actos anteriores a la formulación de esta demanda, como los que resultan del proceso de Contengan o de la misma creación de la asociación que ahora demanda, determinantes del conocimiento que los afectados tenían del hecho causal -talidomida- y del causante del daño -la farmacéutica Grünenthal Pharma, SA-, e incluso del alcance definitivo del daño. Cosa distinta es la aparición de daños sobrevenidos entre los que están los que la parte ahora recurrente aceptó de la sentencia de 1ª instancia, que no recurrió.

6.- Finalmente, la sentencia identifica varios momentos temporales desde que se produjo el nacimiento de los afectados por la talidomida a partir de los cuales pudieron estos ejercitar la acción, el último de ellos cuando el CIAC hace las evaluaciones previas al RD, siendo así que todos ellos han transcurrido, y frente a ello todo el esfuerzo argumentativo viene referido al año 2010 en que se dicta el RD 1006/2010 hasta el que, según la recurrente,

no pudo ejercitar la acción. Ninguna de estas consideraciones, salvo el referido a este RD, ha sido combatida por la recurrente.

RECURSO DE CASACION

CUARTO.- Todo el recurso viene referido a la apreciación de la prescripción extintiva de la acción, defendiéndose la naturaleza de daños continuados y el cómputo del plazo de prescripción anual a partir del momento en que los perjudicados estuvieron en disposición de conocer el alcance de sus daños, esto es, no antes de la fecha en que se les reconoció legalmente como afectados por el Real Decreto 1006/2010 y, en concreto, no antes de las resoluciones del INSERSO que, en aplicación del mismo, les fueron reconociendo como beneficiarios de ayudas públicas, sin que, a juicio de la recurrente, sea admisible diferenciar etapas o tramos en función del tipo de daños.

El conflicto se plantea en concreto:

a) en primer lugar, porque la sentencia recurrida niega que se tratara de daños continuados cuya prescripción no podía computarse sino desde que se conociera su definitivo resultado, entendiendo, por el contrario, de una parte, que los daños derivados de la ingestión por la madre eran ya detectables en el momento del nacimiento, con independencia de que sus efectos fueran permanentes –lo que conllevaba que todos los perjudicados estuvieran en disposición de demandar, como máximo, cuando alcanzaron la mayoría de edad sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior- y de otra, con respecto a los daños sobrevenidos (escoliosis y artrosis), entendiendo que no era posible diferir sine die el inicio del cómputo con la excusa de no conocer el resultado definitivo cuando sí es posible fraccionar etapas diferentes o hechos diferenciados, dado que tales daños consecutivos se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento, y,

b) porque niega valor interruptor de la prescripción al RD 1006/2010, y al reconocimiento de su condición de talidomídicos considerando que el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido los perjudicados mucho antes de su entrada en vigor, dirigiéndose al CIAC, además de que tanto dicho Reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social de ayudas a los efectados cualquiera que sea el responsable de sus padecimientos, y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción.

En concreto, la infracción cometida en la sentencia vendría referida -cinco motivos- a los artículos 1 y 2.1 del RD 1006/2010; al principio general del Derecho según el cual la justicia es tratar desigualmente los casos desiguales; a la aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones y del principio *in dubio pro actione*; a la doctrina de los daños continuados, a los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil y al principio general del derecho *actio nondum nata non praescribitur.*

Todos ellos se desestiman.

1.- La fijación del día inicial del plazo de prescripción presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica, de manera que aunque el juicio fáctico, ligado a la valoración probatoria, corresponde en principio al tribunal de instancia, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en casación, por el contrario, la apreciación de la prescripción desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (por todas, STS 2-4-2014, rec nº 608/2012).

Pues bien, con independencia de que a la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se había producido, como precisa la sentencia, lo que se pretende es dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos

de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado (SSTS 25 mayo 2010; 9 de enero 2013, entre otras). En primer lugar, porque es un argumento ajeno al recurso y como tal no se puede utilizar, sin la contradicción debida, para fundamentar un plazo distinto. En segundo lugar, "*en el presente supuesto* - dice la sentencia recurrida- *ni se trata de un expediente laboral, ni la disposición adicional 57ª de la Ley 26/2009 ni el Real Decreto que la desarrolla tienen por finalidad determinar y valorar definitivamente la incapacidad de los afectados por el principio activo de la talidomida, pues se trata de conceder ayudas (a tanto alzado en virtud de un grado de invalidez ya determinado) por razones de solidaridad*". En tercer lugar, la sentencia (examinando todas las hipótesis en beneficio de las víctimas para ser indemnizadas), analiza el estado de algunos socios de AVITE cuyos documentos constan en las actuaciones y la fecha en que se les reconoció el grado de minusvalía a partir de la cual considera que ha transcurrido con creces el plazo de prescripción, y es que, lo que en este caso se reclama es una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida.

2.- Dice la sentencia de 8 de octubre de 2001, citando la de 12 de junio de 1980, que "es doctrina constante de esta Sala, que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta". En el mismo sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 1989 afirma

que "según doctrina de esta Sala que se enuncia en sentencia de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del Derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen".

Se dice que ha sido vulnerado el principio que exige tratar desigualmente los casos desiguales. Pero este principio es ajeno al ordenamiento civil. Es cierto que el principio de igualdad permite el tratamiento desigual en determinadas situaciones de hecho desiguales y que los poderes públicos pueden actuar para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en indudable desventaja con respecto a otros, como corresponde a todo Estado Social y Democrático de Derecho. Con esta prioridad se reguló el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España para responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario, en línea con la actuación de otros países de nuestro entorno.

Es cierto –STC 90/1995, de 9 de junio, citada en la de esta Sala de 4 de noviembre de 1997- que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación legal de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. El artículo 14 CE se vulnera cuando un mismo órgano judicial se aparta, de forma inmotivada, de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales (SSTS, entre otras, de 18 de junio 2011 y 20 de junio 2013).

Y, aunque los hechos a que se refieren las sentencias que se citan en el recurso para justificarlo sean distintos a los que ahora se enjuician, ello no significa que la cuestión jurídica sometida a la consideración de esta Sala no

sea la misma y que necesite un tratamiento desigual, ni justifica que la peculiaridad del caso permita evolucionar hacia una interpretación judicial contraria a la legalidad. Lo que se reclama nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición. Lo que se reclama es una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, evidentes desde el momento del nacimiento, y que la demandante atribuye a la ingesta de la talidomida durante la gestación. Nada más.

3.- Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS 22 de febrero 1991; STS de 16 de marzo 2010, 17 de julio 2012 y 2 de abril de 2014, entre otras). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras), como se pretende en este caso mediante la invocación de la Ley 26/2009, no solo porque la prescripción ya se había producido cuando se publica, sino porque no responde a una reclamación de parte ni nada dispone esta norma en materia de prescripción.

Lo que no es posible es convertir la acción en imprescriptible, ni pretenderlo sin atender a los distintos periodos que la sentencia ha tenido en cuenta para establecer el día inicial de la prescripción, a partir de una peculiar interpretación del principio constitucional de seguridad jurídica sobre el día inicial prescindiendo de sus argumentos sobre los informes del CIAC y del INSERSO. Que la talidomida puede ser causa de las malformaciones no es algo nuevo, algo que haya descubierto el RD 1006/2010 después de cincuenta años para procurar la reparación del daño frente a quien lo causó. Lo que aporta la sentencia es lo que ahora niega la parte recurrente: seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 46/1990, de 15 de marzo; STS 14

de diciembre 2005), como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (SSTS 36/1991, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril). La solución sin duda no está en estos momentos en los tribunales, ni ninguno se cita de algún pais nuestro entorno que haya procurado soluciones distintas del orden civil a la que aquí se pretende, lo que no anula una eventual expectativa de que la administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y le haga frente, como ya hizo en el año 2009.

4.- Además, la apreciación de la prescripción, como cuestión de fondo, en principio no vulnera el derecho de acceso a la justicia (SSTC nº 42/1997, 77/2002, 103/2003 y 125/2004), si bien su apreciación sí puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 160/1997 y ATC 210/2005), cuando no se trata propiamente del cómputo del plazo (cuestión de legalidad ordinaria) sino de la propia existencia de la prescripción como imposibilidad de obtener la tutela de un derecho (SSTC 42/1997, 160/1997 y 12/2005), lo que no ocurre en este caso.

5.- El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (STS 14 de junio 2011).

El daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968. 2º CC, es decir desde que 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, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción (SSTS 28 de octubre 2009; 14 de junio 2001).

Es el caso de las enfermedades crónicas (STS de 18 de diciembre de 2014, rec. nº 2339/2012 –amianto-; 5 de mayo de 2010, rec. nº 1323/2006 - tabaquismo- y 15 de octubre de 2008, rec. nº 2721/2003 y 19 de enero de 2011, rec. nº 1331/2007 –contagio VIH-), y de los daños medioambientales (SSTS de 11 de junio de 2011, rec. nº 1905/2009 y 28 de octubre de 2009, rec. nº 170/2005), entre otros.

Pues bien, lo único que se reclamó en la demanda es una indemnización consistente en 20.000 euros por "*cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración Española*", es decir, una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo. Supone que las secuelas no se han modificado y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro. Por tanto, la sentencia no ha fraccionado el daño, pues como tal no considera los sobrevenidos en una etapa distinta, y como consecuencia declara prescrita la acción dejando a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado

a través de la correspondiente investigación científica, ni resulta tampoco del informe Heidelberg en que se establece simplemente como posibilidad y sin carácter general.

Los afectados de manera individual, dice la sentencia, "*tras los correspondientes informes clínicos en los que se compruebe, se les diagnostique estas secuelas (o nuevos daños) y sus efectos invalidantes, podrían ejercitar (si así lo entendieren) las acciones correspondientes por las mismas (no por las anteriores), pues entonces (tras estos nuevos diagnósticos) sí se iniciaría un nuevo plazo de prescripción (artículos 1968.2 y 1969 CC), al ser en ese momento cuando quedaría concretado el alcance de los nuevos daños (STS 19 enero 2011), pues respecto de los mismos, una vez se acrediten respecto de cada uno de los afectados, sí sería de aplicación el principio " actio nondum nata non praescribitur" (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)*".

Y es que una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra distinta son estos daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973, 27 enero 1981, 13 mayo 1985, 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a

computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indemnizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo. Primero. 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995.

QUINTO.- La desestimación de los recursos determina la condena en costas de la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 85/2014, por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 14ª-, de fecha 13 de octubre de 2014, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos**Francisco Marín Castán.José Antonio Seijas**

Quintana Antonio Salas Carceller.Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz .-Pedro José Vela Torres.Firmado y Rubricado.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:20/10/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se aceptan los argumentos de la sentencia en orden a desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

2. El formulante del presente voto particular difiere del parecer de la Sala en cuanto a la alegada excepción de prescripción, cuya existencia acepta la sentencia.

3. La línea argumental de la sentencia se basa en que los recurrentes tuvieron tiempo más que suficiente para instar la demanda.

4. Sin embargo, debe tenerse presente que el inicio del cómputo de la acción ejercitada "dies a quo" comienza tras el reconocimiento administrativo

de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de talidomida.

5. La jurisprudencia de esta Sala viene siendo constante en que no basta con la consolidación de las lesiones, sino que la fecha de inicio de la prescripción es necesario ponerla en relación con la declaración administrativa de incapacidad.

6. En este sentido la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2011, rec. 1418/2007:

Entrando a examinar por tanto el primer motivo del recurso, y dentro de éste su apartado o submotivo 1º, que es el que impugna la apreciación de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ya que el otro plantea como alternativa la aplicación del plazo de quince años por yuxtaposición en la demanda de una acción alternativa de responsabilidad contractual, las normas que se citan como infringidas son los arts. 1968 y 1969 en relación con los arts. 1973 y 1902, todos del CC , porque en opinión del recurrente el día inicial del plazo de prescripción de la acción no es el tomado en tal concepto por la sentencia recurrida sino el 20 de junio de 1996, fecha de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, desestimando tres recursos de suplicación, entre ellos el de propio actor hoy recurrente, determinó la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social de 14 de noviembre de 2004 que, estimando la demanda del hoy recurrente contra la empresa, el INSS, la TGSS y la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo declaró en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su profesión de gruista derivada de accidente laboral, reconociendo así el carácter invalidante de las lesiones psíquicas que la Dirección Provincial no le había reconocido en su resolución de 11 de octubre de 1993, y desestimó su demanda en cuanto pretendía una declaración de invalidez permanente absoluta, pretensión esta última que fue la que el hoy recurrente mantuvo en su recurso de suplicación.

Pues bien, el motivo así planteado debe ser estimado porque, siendo ciertos los hechos en que se funda, es doctrina de esta Sala, contenida en las dos sentencias ya citadas en el fundamento jurídico precedente, y también en la de 24 de mayo de 2010 (rec. 644/06), que "cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido" (SSTS 24 y 25-5-2010); así como que "cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado

de su incapacidad, la jurisprudencia... toma como día inicial del cómputo aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido..." (STS 7-10-09 en rec. 1207/05).

En coherencia con esta doctrina la propia sentencia de 7 de octubre de 2009 fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de suplicación; la de 24 de mayo de 2010 en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que declaró la firmeza de la sentencia de suplicación; y la de 25 de mayo de 2010 en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

En suma, como puntualiza la sentencia de 7 de octubre de 2009 , "[no] se trata, por tanto, de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, materia de la STS 14-2-08 (rec. 5709/00) citada por la parte recurrida en su escrito de oposición, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado"; y como declara la sentencia de 25 de mayo de 2010 , "a reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez, como manifestación del daño para la salud y, por ende, en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la referida compatibilidad (el Sistema de Valoración introducido por el Anexo de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, contempla las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima dentro de la Tabla IV, como un factor de corrección cuya cuantificación depende de su graduación) debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria".

Por todo ello, dictada en este caso la sentencia de la Sala de lo Social el 20 de junio de 1996 y presentada la demanda el 27 de enero de 1997, es claro que no había transcurrido el plazo de un año establecido en el art. 1968-2º CC.

7. De la transcrita doctrina se deduce que hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme sobre la incapacidad o invalidez no se inicia el cómputo de la acción.

8. Ante esta línea doctrinal uniforme (art. 14 de la Constitución) esta Sala, en la resolución del presente recurso, debería haber desestimado la excepción de prescripción pues aún no se habían iniciado los procedimientos administrativos de incapacidad, dado que los mismos en lo que se refiere a la relación de causalidad entre talidomida y lesiones o secuelas se iniciaron a partir del RD 1006/2010.

9. Es cierto que con anterioridad al RD 1006/2010 se plantearon por algunos afectados procedimientos de incapacidad pero, los mismos, solo concretaban la existencia de lesiones y/o secuelas, no la relación de causa a efecto con la talidomida lo cual solo se va a efectuar tras el RD 1006/2010, como establece esta norma en su art. 8.

10. Que el RD 1006/2010 se dicte en relación con las ayudas sociales no priva a esta norma de ser la primera y única que relaciona, en España, la ingesta de talidomida con los procedimientos de incapacidad a seguir y por ello fija un plazo de presentación, normas sobre la instrucción y reglas sobre la valoración de la discapacidad (arts. 5 a 8 del RD). Es esencial, como establece el art. 6 g) del RD, que se determine la relación de causalidad entre talidomida y las malformaciones, para lo que se exige el informe del Instituto de Salud Carlos III, extremo este que por primera vez se establece en nuestra normativa, lo que permite entender que la acción no estaba prescrita, al no haberse concretado hasta el RD la forma en que el Estado español iba a entender que las malformaciones y la talidomida estaban íntimamente unidas.

11. Por lo expuesto procede declarar que en la sentencia de esta Sala se infringen los arts. 1968 y 1969 del C. Civil, en relación con el art. 14 de la Constitución, en cuanto la Sala se aparta, sin justificación, de la interpretación que venía efectuando, de forma uniforme, de los dos primeros preceptos referidos (sentencia referida de 11 de febrero de 2011 y las que ella cita) en lo relativo al inicio del cómputo de la prescripción, con lo que se infringe el derecho a la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos españoles.

12. Estimándose el recurso de casación, por las razones expuestas, y en aras a preservar el derecho a la doble instancia, procedería la devolución del procedimiento a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones esgrimidas.

En opinión del formulante del presente voto particular, procede la estimación del recurso de casación y desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, y procedería la devolución del procedimiento a la misma para la resolución del resto de las cuestiones planteadas.Madrid, a 20 de octubre de 2015.Firmado.- Francisco Javier Arroyo Fiestas Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo.Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.