

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

**LA CALIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. ESPECIAL
REFERENCIA AL CASO DE LA TALIODOMIDA EN ESPAÑA.**

Izaskun Aldabe Muro

DIRECTOR / ZUZENDARIA
María Luisa Arcos Vieira

Pamplona / Iruñea

16 de enero de 2017

Abstract

This paper work analyses the classification of damages that may concur in the field of extra-contractual civil liability, divided in permanent damage, continuous and differed or unexpected, and the relevance of this classification to determine subsequently the dies a quo or the moment in which the time limit of the action starts to count, according to article 1968.2 on the Spanish Civil Code. After the study of the typology of damages and the prescription of the action, the case of Thalidomide in Spain will be explained, examining the different pronouncements as well as the most relevant factual and legal aspects of the case.

El presente trabajo analiza la clasificación de los tipos de daños que pueden concurrir en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, que se divide en daño permanente, continuado y diferido o sobrevenido, y la relevancia de dicha clasificación para determinar posteriormente el dies a quo o el momento en que comienza a computar el plazo de prescripción de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1968.2 CC. Tras el estudio de la tipología del daño y la prescripción de la acción, se expondrá el caso de la talidomida en España, examinando los distintos pronunciamientos judiciales, así como los aspectos fácticos y jurídicos más relevantes que concurren en el mismo.

Palabras Clave:

Damage, Prescription, *Dies a quo*, Thalidomide.

Daño, Prescripción, *Dies a quo*, Talidomida,

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. ANÁLISIS DE LA CATEGORÍA DEL DAÑO	8
1. Los daños permanentes	8
2. Los daños continuados	10
3. Los daños diferidos o sobrevenidos	13
4. La relevancia práctica de la categoría del daño para la determinación de la prescripción de la acción	15
<i>4.1. El dies a quo en los daños calificados como permanentes</i>	<i>19</i>
<i>4.2. El dies a quo en los daños calificados como continuados</i>	<i>21</i>
<i>4.3. El dies a quo en los daños calificados como daños diferidos</i>	<i>23</i>
III. EL DAÑO CONCURRENTES EN EL CASO DE LA TALIDOMIDA	24
1. Hechos relevantes en el caso de la talidomida	24
2. La calificación del daño producido por la talidomida por parte de las distintas instancias judiciales	32
3. La prescripción de la acción en los daños ocasionados por el fármaco de la talidomida	36
IV. RECAPITULACIÓN	45
V. BIBLIOGRAFÍA	47
VI. JURISPRUDENCIA Y OTROS RECURSOS	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AVITE	Asociación de víctimas de la talidomida en España.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
GP	Grupo Parlamentario
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRCSCVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

I. INTRODUCCIÓN

Este Trabajo Fin de Máster centra su estudio en dos apartados interrelacionados entre sí. En primer lugar, se analizará la clasificación del daño en tres tipos, el daño permanente, continuado y sobrevenido o diferido, aportando una visión práctica de su definición y calificación, así como supuestos extraídos de la doctrina y de la jurisprudencia, no solamente de la jurisdicción civil sino también de otros órdenes, como son el contencioso-administrativo y el orden social. Posteriormente, se examinará la trascendencia de esta clasificación en la prescripción de la acción, ya que el cómputo del plazo o *dies a quo* depende en gran medida del tipo de daño.

En segundo lugar, el Trabajo se centra en el caso de la Talidomida, una catástrofe farmacológica ocurrida a mediados del S.XX que provocó el nacimiento de miles de niños en todo el mundo con graves deformidades físicas, principalmente consistentes en el acotamiento de las extremidades, debido a la ingesta por las madres gestantes de diversos fármacos que contenían como principio activo la Talidomida. Este análisis se refiere especialmente a los hechos más relevantes que se han sucedido hasta la actualidad, así como los aspectos jurídicos del mismo, en concreto, el procedimiento judicial iniciado por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España, en el que, entre otras cuestiones de fondo, se debate sobre los tipos de daños que concurren en los afectados por la Talidomida, así como la prescripción de la acción para reclamar una indemnización, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1968.2 CC

Por todo ello, la primera parte de trabajo expondrá la teoría que posteriormente se aplica por los Tribunales en el caso de la Talidomida, comprendiendo así los pronunciamientos judiciales sobre el mismo, sobre todo, el de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo.

II. ANÁLISIS DE LA CATEGORÍA DEL DAÑO

La general clasificación del daño en los supuestos de responsabilidad civil hace referencia a dos grandes tipos de daños. Por un lado, los daños patrimoniales, es decir, los daños que sufre el perjudicado en el conjunto de su patrimonio, ya sean bienes o derechos. Por otro lado, existen los daños extrapatrimoniales, que se producen sobre bienes o derechos del perjudicado que no tienen naturaleza patrimonial¹, como son los daños corporales o los daños morales, es decir, un daño no material que afecta, entre otros, a las creencias, los sentimientos, la estima social, o la dignidad².

Asimismo, el daño sufrido por una persona también puede clasificarse, atendiendo al momento en que se manifiesta el mismo y a la causa que lo provoca, como daños permanentes, continuados, y diferidos o sobrevenidos.

1. Los daños permanentes

El daño duradero o permanente se define como el provocado por un acto aislado, que extiende sus efectos en el tiempo³, por lo que existe una actividad dañosa puntual, no continuada, que se produce en un momento determinado, con independencia de que las consecuencias o efectos persistan en el tiempo.

La jurisprudencia también ha definido este concepto, entre otras, en la STS de 30 noviembre de 2011, que entiende como daño permanente o duradero aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del causante, aunque persista el mismo en el tiempo pudiendo, incluso, agravarse por factores ajenos al causante del mismo⁴.

En cuanto a la existencia de daños permanentes, la jurisprudencia califica como tales, por ejemplo, los derivados de vicios constructivos, como son las humedades o el desprendimiento de placas de fachada⁵. También concurren en el caso analizado por el Tribunal Supremo, de pérdida de potabilidad del agua de unos pozos provocada por

¹ Reglero Campos, L.F “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en REGLERO CAMPOS, L.F Y BUSTO LAGO J.M (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, Págs. 338 y ss.

² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Civitas, Madrid, 1993.

³ Cavanillas Múgica, S. “Artículo 1968”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir), *Comentarios al Código Civil Tomo IX*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 13328 y ss.

⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/11/2011, núm. 899/2011, (RJ\2012\1641), y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 14/12/2015, núm. 589/2015 (RJ\2015\5870).

⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 31/10/2014, núm. 624/2014, (RJ\2014\5642).

contaminación de un acuífero, como consecuencia de la actividad de una empresa en la que se extraían áridos de una cantera, y se rellenaban las cavidades con material impermeable⁶. En este supuesto, la parte recurrente en casación entendía que debía aplicarse la doctrina jurisprudencial de daños continuados, señalando que la Sentencia de apelación infringía la jurisprudencia sobre la prescripción de los daños continuados, ya que, según argumentaba, los mismos seguían produciéndose porque no había cesado la contaminación ni su causa. El Tribunal Supremo no comparte este argumento, y señala que el daño es permanente⁷.

También existen daños corporales que se califican como permanentes, como es el supuesto de la STS de 21 junio 2011⁸, en la que la demandante reclama por daños producidos a su hija derivados de la asistencia sanitaria prestada en el parto, y considera que se trata de un caso de daños continuados. El Tribunal Supremo señala que este daño es permanente, constando claramente en el informe de alta tras el parto su diagnóstico de encefalopatía, y confirmado posteriormente.

Atendiendo a los ejemplos expuestos, *a priori*, puede parecer que la calificación de un daño como permanente resulta fácil de determinar. Sin embargo, en determinadas ocasiones, un mismo daño ha sido considerado, por parte de las distintas instancias judiciales, de manera diferente, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001⁹, que analiza un supuesto de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios causados en el inmueble de la actora por obras llevadas a cabo en una finca colindante.

En este caso, la Audiencia Provincial de Cáceres entiende que existe un daño continuado y señala que la causa del mismo es el deterioro progresivo de la estructura del edificio como consecuencia de las obras realizadas. Por el contrario, el Tribunal Supremo

⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 28/10/2009, núm. 672/2009, (RJ\2009\5817).

⁷ “Finalmente, el propio argumento del motivo de que la acción no ha prescrito todavía porque los daños siguen y seguirán produciéndose y agravándose a medida que pase el tiempo, lo que equivale a sostener que la acción ejercitada en la demanda no podrá prescribir nunca, revela la inaplicabilidad a este caso de la jurisprudencia sobre los daños continuados, porque se trataría más bien de daños duraderos o permanentes y, además, propiciados no sólo por la actividad de la demandada-recurrida en la cantera sino también por otros muchos factores que van acumulándose en el tiempo, como la instalación de un vertedero en la antigua cantera, al que la demandada-recurrida es ajena, y el abono con nitratos de todas las explotaciones agrarias que afectan al acuífero, entre ellas la de la propia actora-recurrida, que por ende admitió en la segunda instancia haber arrendado parte de la finca en el año 2002, constando en el correspondiente contrato la cesión del agua de los pozos para cualquier clase de cultivo”.

⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 21/06/2011, núm. 4014/2011, (RJ\2011\5491).

⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 20/07/2001, núm. 743/2001, (RJ\2001\8401).

argumenta que los daños ocasionados por la demolición y la excavación aparecen en la casa de la actora inmediatamente después de la realización de las obras, no existiendo una actividad dañosa continuada, ya que la causa del daño (obras) cesa, y el agravamiento se produce por su falta de pronta reparación, por lo que el Tribunal Supremo descarta la calificación de estos daños como continuados.

2. Los daños continuados

El daño continuado se caracteriza por la existencia de una actividad dañosa continuada durante un periodo de tiempo, calificándose como tal debido al modo en que se generan los daños, que se mantienen de forma continua y sucesiva en el tiempo¹⁰.

En cuanto a la definición jurisprudencial del daño continuado, los Tribunales hacen referencia a aquel que se produce de manera prolongada en el tiempo, existiendo una unidad de acto, sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho causante del mismo¹¹.

Por tanto, el rasgo característico es la continuidad o permanencia en el tiempo de la causa que origina los daños hasta su adecuada corrección¹², el mantenimiento durante un lapso de tiempo de la acción u omisión causante del daño.

Asimismo, partiendo de la delimitación que han establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia, resulta necesario analizar la interpretación de supuestos de hecho concretos por los Tribunales, para determinar cómo debe realizarse la correcta calificación del daño.

Un ejemplo de daño continuado es el analizado por la STS de 4 julio de 2016¹³, que trata un supuesto de responsabilidad civil por daños producidos como consecuencia de las obras en un edificio colindante, en el que el proceso constructivo constituye la causa de los daños, prolongándose la causa desde 2008 hasta 2010.

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J. “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción”, *La prescripción extintiva, XVII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 5 y ss.

¹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 30/10/2012, núm. 7103/2012, (RJ\2012\10333) y SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 30/01/2004, núm. 591/2004, (JUR\2004\144911).

¹² SAP Huesca (Sección 1ª) 27/04/2007, núm. 111/2007, (JUR\2007\261955).

¹³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/07/2016, núm. 454/2016, (RJ\2016\2897).

En este mismo sentido, la STS de 28 enero de 2004¹⁴ analiza la acción de responsabilidad civil, en protección del medio ambiente, debido a una contaminación de fincas y cabezas de ganado por fluorosis, entendiendo como causa originadora del daño las emisiones contaminantes que se producen de manera sucesiva e ininterrumpida durante un periodo de tiempo.

Otros daños continuados son, por ejemplo, los causados por la contaminación de terrenos por una fábrica de elaboración de fertilizantes¹⁵, por inmisiones acústicas consistentes en ruidos en una vivienda como consecuencia de la utilización del sistema de recogida neumática de residuos orgánicos¹⁶, los daños ocasionados en un edificio colindante como consecuencia de obras de construcción de un aparcamiento¹⁷, o los producidos por extracciones mineras ocasionados en viviendas que provocan un hundimiento paulatino del suelo por las cavidades subterráneas producidas¹⁸.

También existen supuestos de daños continuados no patrimoniales, como es el producido por la inclusión durante largo tiempo del nombre de una persona en registros de solvencia patrimonial de forma injustificada, ya que la causa (imputación de ser moroso), que origina el daño (intromisión en el derecho al honor), persiste en el tiempo hasta que se produce la baja en el citado registro. En este sentido, por ejemplo, los tribunales han considerado la existencia de daño moral por la inclusión de una persona en los “registros de morosos” como son Asnef-Equifax, Badex y Badexcug¹⁹, o en otros registros como es el fichero de la Central de Información de Riesgos del Banco de España²⁰.

El daño continuado no patrimonial también ha sido analizado en el ámbito del Derecho de Familia, como es el que recoge la STS de 30 de junio de 2009, que se refiere al daño moral que causa un progenitor a otro debido a la imposibilidad de ejercer la guarda y custodia que se le ha atribuido mediante decisión judicial, impidiendo las relaciones

¹⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 28/01/2004, núm. 31/2004, (RJ\2004\153).

¹⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/10/2008, núm. 5541/2008, (RJ\2008\5801).

¹⁶ SAP Madrid (Sección 20ª), 14/10/2015, núm. 362/2015, (JUR\2015\275995).

¹⁷ SAP Madrid (Sección 21ª), 10/06/2014, núm. 302/2014, (JUR\2014\244141).

¹⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 11/02/2002, núm. 122/2002, (RJ\2002\3106).

¹⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/11/2011, núm. 899/2011, (RJ\2012\1641).

²⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/01/2014, núm. 28/2014 (RJ\2014\796): “La causa a la que el demandante liga la intromisión en su derecho al honor (la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial) persistió en el tiempo, desplegando sus efectos hasta se produjo la baja del demandante en el citado registro”.

con el menor²¹. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid entendieron que el daño se produce en un momento determinado, cuando la madre lleva al menor a Estados Unidos. Sin embargo, la parte recurrente en casación alegó que se trataba de un daño continuado, ya que la privación al progenitor de estar en compañía de su hijo, del cual tiene la guarda y custodia, perdura en el tiempo ocasionando un daño que persistirá mientras exista dicha privación. Finalmente, el Tribunal Supremo estima los motivos del recurso de casación y califica el daño como continuado, ya que la privación del contacto con su hijo se ha mantenido durante toda su minoría de edad, por lo que la conducta antijurídica se mantuvo hasta que el menor alcanzó la mayoría de edad²².

Asimismo, además del daño moral en las relaciones paterno-filiales, en las relaciones de familia existen otro tipo de daños, como son, por ejemplo, los causados en una relación matrimonial o, en general, entre familiares, como es en el supuesto de las relaciones entre abuelos y nietos²³.

Algunos de los supuestos en que se analiza la existencia de un daño continuado son, por ejemplo, en el orden social, los producidos por incorporación tardía de la excedencia²⁴, situación en la que existe una negativa injustificada al reingreso del trabajador, que pervive en el tiempo hasta que se produzca la reincorporación del mismo. Otros casos de daños continuados analizados por la jurisdicción social son, por ejemplo, el daño ocasionado debido a una vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral²⁵; el derivado de la supresión del vehículo de empresa utilizado por los actores para desplazarse desde su domicilio hasta su centro de trabajo desde que el empleador suprimió, mediante modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarada nula, el vehículo de empresa hasta que se extinguieron sus contratos de trabajo²⁶; el ocasionado a unos trabajadores de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias por la indebida aplicación desde el año 2001 hasta el año 2008 del

²¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/06/2009, núm. 512/2009, (RJ\2009\5490).

²² PANIZA FULLANA, A. “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010)”, en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, págs. 45-54.

²³ Colás Escandón, A.M “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”, en HERRADOR GUARDIA, M. J (Coord), *Derecho de Daños*”, Sepin, Madrid, 2011. Págs. 313 y ss.

²⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 10/06/2009, núm. 4814/2009, (RJ\2009\4283).

²⁵ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 23/04/2012, núm. 3049/2012, (RJ\2012\5874). La sentencia analiza un supuesto en que un trabajador padece una serie de actos empresariales lesivos de sus derechos fundamentales, y solicita una indemnización por el daño moral sufrido.

²⁶ STSJ Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 25/02/2015, núm. 94/2015, (JUR\2015\84495).

régimen de vacaciones establecido en el III Convenio Colectivo Único del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias²⁷; o los daños derivados al trabajador por la negativa de la empresa a cumplir con su obligación de asignar a la demandante, declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, un nuevo puesto de trabajo²⁸.

También procede tener en cuenta el análisis que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, de los daños continuados. En este sentido, la jurisprudencia considera como tales, los daños sufridos en viviendas como consecuencia de la extracción de aguas subterráneas realizada por un Ayuntamiento para abastecimiento municipal²⁹, los daños por contaminación acústica, provocados por las obras de construcción de una línea de alta velocidad, y por el tráfico ferroviario nocturno³⁰, aquellos ocasionados por el síndrome tóxico por consumo de aceite de colza desnaturalizado³¹.

3. Los daños diferidos o sobrevenidos

El concepto de daño diferido hace referencia a aquel que se manifiesta después del transcurso de un cierto tiempo desde que se produce la actividad que lo genera³², incluyendo dentro de esta categoría los debidos a un agravamiento diferido de un daño inicial más leve³³. A diferencia del daño continuado, en el que la acción u omisión que lo

²⁷ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 18/10/2013, núm. 662/2013, (JUR\2014\117807): Desde el año 2001 el año 2008, no se aplicó a los actores el régimen de vacaciones establecido en el VI Convenio Colectivo de Enseñanza Privada, sino el III Convenio Colectivo del Personal laboral de la CCAA de Canarias, por lo que solo disfrutaron de un mes de vacaciones al año, debiendo disfrutar del periodo de vacaciones que establecía el VI Convenio Colectivo de Enseñanza Privada (un mes de vacaciones más seis días naturales de vacaciones durante la Semana Santa, ocho días naturales durante Navidad, y dos días laborables durante el año).

²⁸ STSJ Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 30/09/2014, núm. 4606/2014, (JUR\2014\271015).

²⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 20/02/2015, núm. 144/2015, (JUR\2015\118875).

³⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), 10/06/2005, núm. 1231/2005, (JUR\2005\265164).

³¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 30/10/2012, núm. 7103/2012, (RJ\2012\10333): “Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo”.

³² Reglero Campos, L.F ob. cit, págs. 1284 y ss.

³³ Cavanillas Múgica, S., ob cit, págs. 13328 y ss.

causa se prolonga en el tiempo, en estos casos existe un lapso de tiempo entre el momento en que se produce la actividad dañosa, y el momento en que se manifiesta el mismo³⁴.

Los ejemplos más comunes son, entre otros, los daños en viviendas afectadas por la existencia de aluminosis de las vigas de cemento del edificio³⁵, los derivados de una exposición a productos radioactivos o nucleares, o los producidos por inhalación de sustancias o productos tóxicos, como es el caso examinado por la STS de 11 diciembre 2013, en el que un trabajador reclama una indemnización de daños y perjuicios derivados de la Incapacidad Permanente Total por una enfermedad profesional, asbestosis, contraída durante la prestación de servicios para la empresa³⁶.

Una de las cuestiones más controvertidas en relación a los daños sobrevenidos o diferidos y que ha provocado más debate tanto doctrinal como jurisprudencial no es su definición o clasificación como tal, sino la incidencia de la renuncia a las acciones en las futuras reclamaciones por el daño sobrevenido que se manifiesta con posterioridad a esta transacción.

La STS de 23 de noviembre de 2007 hace referencia a un caso en que aparecen unos daños sobrevenidos tras un accidente de circulación, en concreto, anomalías psíquicas y secuelas postraumáticas derivadas del accidente, que dan lugar a la declaración de invalidez permanente, una vez que ya se había abonado una indemnización al accidentado, el cual renunció a las acciones que había emprendido, archivándose así las actuaciones penales³⁷.

La citada Sentencia señala que, si bien es posible que el perjudicado renuncie a su derecho a recibir una indemnización por los daños sufridos, el perjudicado no puede renunciar a su derecho a reclamar una indemnización por los daños que en ese momento en que se produce la renuncia no habían aparecido, es decir, no es posible renunciar a un

³⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., ob cit, pág 165.

³⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 17/10/2005, núm. 777/2005, (RJ\2005\8593), y SAP Barcelona (Sección 4ª), 10/06/2016, núm. 348/2016, (JUR\2016\210804).

³⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 11/12/2013, núm. 6315/2013, (RJ\2013\8181): “2.- El argumento utilizado por la Sala de Suplicación para confirmar la prescripción acogida en la instancia es que «según el art. 59 ET) [en consonancia con los arts. 1968 y 1969 CC (LEG 1889, 27)], las acciones derivadas del contrato de trabajo prescriben al año, que se computará desde el día en que la acción pudo ejercitarse, y este Tribunal viene declarando desde hace años para supuestos como el que aquí nos ocupa, que, por su larga latencia y evolución insidiosa, la asbestosis pulmonar es causante de daños físicos diferidos.”

³⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 23/11/2007, núm. 1237/2007, (RJ\2008\25).

derecho que en el momento de la renuncia no ha nacido³⁸, no afectando dicho acuerdo o transacción a la reclamación del daño sobrevenido, siempre que exista el nexo causal entre este y el hecho dañoso originario³⁹. Del mismo modo que sucede en la transacción efectuada, el Juez valora en la sentencia los daños acaecidos hasta ese momento, no pudiendo reclamarse por éstos posteriormente. Sin embargo, sí será posible formular reclamación en base a unos daños que aparecen de forma sobrevenida, ya que, en estos casos, no existe identidad entre las cosas objeto de transacción o valoración previa y los nuevos daños que acontecen⁴⁰.

4. La relevancia práctica de la categoría del daño para la determinación de la prescripción de la acción

Una de las principales y más relevantes consecuencias de la calificación de un determinado daño como continuado, permanente o sobrevenido es que la misma permite determinar el momento en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción para que el perjudicado reclame la correspondiente indemnización.

En este sentido, el instituto de la prescripción extintiva constituye un límite al ejercicio tardío de los derechos, que debe aplicarse de manera restrictiva y cautelosa, es decir, no rigurosa, ya que la prescripción no está fundada en criterios de justicia, sino en criterios de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho⁴¹. En consecuencia, atendiendo al fundamento y a la finalidad de la prescripción extintiva, la prueba de los hechos en que se basa la prescripción corresponde a quien la opone, como excepción a la acción ejercitada, y la indeterminación del *dies a quo* en el cómputo del

³⁸ “No había entrado en su disponibilidad lo que todavía no existía, el daño no aparecido. La renuncia, como dejación del derecho subjetivo, no alcanzó ni podía alcanzar, el derecho subjetivo a percibir indemnización por los daños futuros, que no se podían conocer.

Por tanto, no hay error en la renuncia: renunció a lo que tenía derecho (derecho subjetivo) que eran los daños presentes, ni faltó consentimiento alguno. Lo que sí es cierto es que no renunció a lo que no existía, no pudo renunciar a un derecho subjetivo que no había nacido a la vida jurídica, ni podía conocer que se produciría más tarde”.

³⁹ GÁLVEZ CRIADO, A. “El daño sobrevenido”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, pág. 31.

⁴⁰ PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de Daños Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 1006.

⁴¹ STS (Sala de lo Civil, Sección Única), 05/06/2003, núm. 534/2003, (RJ\2003\4124), y STS (Sala de lo Social), 31/01/2006, núm. 539/2006, (RJ\2006\1699).

plazo de la prescripción, así como las dudas que puedan surgir entorno a su interpretación deben resolverse en contra de la parte que pretende la extinción del derecho reclamado⁴².

Además, en una primera aproximación al análisis del régimen prescriptivo del daño, resulta necesario considerar que dicho régimen depende de la calificación jurídica del mismo, por lo que debe tenerse en cuenta, por un lado, si el daño es de origen contractual o extracontractual, y, por otro lado, si al mismo se le aplica un régimen de responsabilidad especial previsto en una norma concreta, o se le aplica el régimen general de responsabilidad por daños⁴³.

Por tanto, en primer lugar, debe hacerse referencia al régimen prescriptivo de la responsabilidad civil. En este sentido, el artículo 1969 CC señala que “*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”⁴⁴. En consecuencia, el plazo general de prescripción de toda clase de acciones se inicia desde el día que fue posible legalmente su ejercicio⁴⁵.

El análisis de la prescripción extintiva en este trabajo va a centrarse concretamente en el régimen prescriptivo que contiene el artículo 1968 CC, en su apartado 2º, en relación a la prescripción en materia de responsabilidad civil extracontractual por daños. El citado artículo señala que, en los casos de responsabilidad civil extracontractual, la acción para exigir dicha responsabilidad prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado qué debe conocer el agraviado para que empiece a transcurrir ese plazo de un año. Resulta claro que debe saber de la existencia del daño, su alcance y trascendencia. Uno de los hechos que resulta más controvertido es si es necesario que el perjudicado tenga conocimiento sobre la identidad del causante del daño. La Ley se pronuncia expresamente sobre este aspecto en determinados regímenes especiales de responsabilidad civil, como es el caso de la LRCSCVM que, en su artículo 11, señala la posibilidad de ejercitar la acción directa

⁴² STS (Sala de lo Civil), 27/04/1992, núm. 3440/1992, (RJ\1992\3414), y STS (Sala de lo Civil, Sección Única), 05/06/2003, núm. 534/2003, (RJ\2003\4124).

⁴³ Reglero Campos, L.F, ob cit, págs. 1238 y ss.

⁴⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil, publicado en: «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

⁴⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Artículo 1969 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, SA, Enero de 2009. Págs. 13351 y ss.

contra el Consorcio de Compensación de Seguros, aun desconociendo la identidad del causante. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza también dispone que, en la caza con armas, no es necesario conocer el autor del daño a personas, ya que en estos casos responden solidariamente todos los miembros de la partida de caza. Otras normas mencionan la necesidad de conocer este extremo para que comience el inicio del plazo de prescripción de la acción. Este es el caso del TRLGDCU que establece, en cuanto a la prescripción de la acción de reparación, que el perjudicado conozca al responsable del perjuicio⁴⁶. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, así como la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos también indican que, para el cómputo del *dies a quo*, el legitimado debe tener conocimiento de la identidad de causante, aunque ambas Leyes establecen un plazo límite máximo de prescripción de la acción, con independencia de que se conozca al sujeto responsable del daño⁴⁷.

Respecto a la necesidad de que se conozca su identidad en el régimen de responsabilidad civil previsto en el artículo 1968.2 CC, algunos autores consideran que sí es necesario⁴⁸; otros señalan que es dudoso afirmar que deba conocerse este extremo, aunque resulta coherente su conocimiento, atendiendo tanto a la finalidad de la prescripción como al breve plazo⁴⁹. También se hace referencia a que el sentido común confirma la necesidad de conocer la identidad del causante, ya que si se sufre un daño

⁴⁶ El artículo 143 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre dispone lo siguiente: “1. La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización”.

⁴⁷ La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal señala en su artículo 35 que las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

Asimismo, la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos dispone en el artículo 15 que la acción para exigir una indemnización por daños causados por un accidente nuclear prescribe a los tres años a contar desde el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño nuclear y del explotador responsable, o bien desde el momento en que debió razonablemente tener conocimiento de ello, sin que puedan superarse los 30 años, en los daños a personas, a contar desde el accidente nuclear, o 10 años en cualquier otro daño nuclear, a contar desde el accidente.

⁴⁸ PEÑA LÓPEZ, F. “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 de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2011, pág. 5.

⁴⁹ Cavanillas Múgica, S., ob cit, págs. 13328 y ss.

causado por una persona cuya identidad se ignora, no será posible ejercer la acción porque no se conoce a quién debe dirigirse⁵⁰.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este extremo, argumentando que es necesario el conocimiento de la identidad del causante del daño para que se inicie el plazo de prescripción de la acción de un año. En este sentido, las SSTS de 18 de diciembre de 2014 y 2 de febrero de 2015⁵¹ en casos de daños corporales, exponen que el conocimiento del padecimiento de la enfermedad y de su origen, junto con la confirmación médica de su posible evolución según el estado de la ciencia, determina el inicio del plazo de prescripción, ya que el agraviado sabe desde ese momento “tanto la existencia del daño indemnizable como la identidad del responsable”. En el mismo sentido que el TS, se han pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Barcelona que, haciendo referencia a la doctrina pacífica sobre el instituto de la prescripción, disponen que, para que opere la misma, es necesario conocer la identidad del causante del daño, ya que, en caso de que ser desconocido, se inicia el cómputo desde el momento en que llega a conocimiento del perjudicado⁵².

Consecuentemente, y de acuerdo con el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir), el cómputo del plazo de un año para el ejercicio de la acción se iniciará cuando la persona que pretenda ejercitar la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar⁵³.

Atendiendo al criterio subjetivo del conocimiento que prevé el artículo 1968.2 CC y su interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, procede analizar cómo determina la jurisprudencia, en diversos supuestos que se expondrán a continuación, el *dies o quo* de la prescripción de la acción, es decir, el momento en que comienza a transcurrir el plazo de un año para reclamar por los daños ocasionados.

⁵⁰ Reglero Campos, L.F ob cit, pág. 1278 y ss.

⁵¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 18/12/2014, núm. 725/2014 (RJ\2014\6311); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 02/02/2015, núm. 29/2015, (RJ\2015\488).

⁵² SSAP Madrid (Sección 11ª), 07/05/2015, núm. 135/2015, (AC\2015\784) y (Sección 20ª), 18/11/2015, núm. 418/2015 (JUR\2015\307057). SAP Barcelona (Sección 14ª), 16/10/2014, núm. 330/2014, (AC\2014\1993).

ASUA GONZÁLEZ, CLARA I. “Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (A propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio), en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000. Pág. 12.

⁵³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 17/03/2016, núm. 175/2016, (RJ 2016\1134).

4.1. El dies a quo en los daños calificados como permanentes

Partiendo del genérico análisis previo sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción que prevé el artículo 1968.2 CC, debe interpretarse en qué momento el perjudicado conoce el alcance del daño sufrido, iniciándose en ese momento el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Tal y como señala la Sala Primera del TS, el conocimiento del alcance del daño determina el comienzo del plazo de prescripción, y, por tanto, no comenzará dicho cómputo si el hecho dañoso se desconoce o se oculta⁵⁴. Además, la jurisprudencia señala que, en primer lugar, la fijación del *dies a quo* se determina tras el “*riguroso análisis de todas las vicisitudes fácticas*”⁵⁵.

El plazo de prescripción del daño permanente comenzará desde que lo sepa el perjudicado, es decir, desde que tiene conocimiento del mismo y puede medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable⁵⁶.

En el caso de lesiones físicas o psíquicas, este resultado definitivo se refiere, con carácter general, al momento en que se produce el alta médica definitiva, ya que las secuelas quedan determinadas en ese momento⁵⁷. Tal y como señala el TS, existen secuelas que quedan fijadas en un determinado momento, y otras que, tras terminar el tratamiento oportuno, se consideran estables.

Sin embargo, en el caso de que las secuelas sean susceptibles de mejorar o empeorar, no se atenderá a la fecha del alta médica sino al momento en que se conozca el alcance definitivo de las mismas. Esto sucede en los casos en que una secuela queda fijada por entender que no cabe su modificación, pero, pasado un tiempo, es posible que se

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/10/2008, núm. 5541/2008, (RJ\2008\5801). En el caso analizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada, se reclaman daños por la contaminación de unas fincas adquiridas por la demandante, contaminación que desconocía hasta que le comunican a la demandada, en marzo de 1999, la presencia de altos niveles de contaminación, peligrosos para la salud, momento en que se inicial el cómputo del plazo de la prescripción de la acción.

⁵⁵ STS (Sala de lo Civil), 27/04/1992, núm. 3440/1992, (RJ\1992\3414).

⁵⁶ SAP Islas Baleares (Sección 3ª), 11/07/2013, núm. 284/2013, (JUR\2013\267388).

⁵⁷ Tal y como señala la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 18/07/2012, núm. 4966/2012 (RJ\2012\7917), en el caso, por ejemplo, de pérdida de una pierna o un brazo, el resultado lesivo se determina en el momento en que se produce dicha pérdida, por lo que, al ser posible la evaluación económica del daño en el momento en que se produce, el *dies a quo* se iniciará en ese momento en que se ha producido el daño. En este mismo sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 09/01/2012, núm. 819/2012, (RJ\2013\1260), dispone que el plazo no comienza a correr “hasta el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño corporal sufrido”.

produzca⁵⁸. En estos casos, el plazo se iniciará en un momento posterior en que quede determinada la incapacidad o los defectos permanentes⁵⁹, ya que la prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia tras la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados⁶⁰.

Este es el caso de las enfermedades de evolución imprevisible, en que, tras los daños inicialmente sufridos, se experimenta un agravamiento de los mismos⁶¹, o cuando, tras la enfermedad diagnosticada, existen unas secuelas de imposible predeterminación en su origen⁶². En estos casos, el ejercicio de la acción será posible cuando se determine el alcance de las secuelas y el daño sea previsible en su determinación y evolución, aunque en ese momento no se haya recuperado íntegramente la salud⁶³, ya que el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide el conocimiento del alcance y las secuelas definitivas o al menos de aquellas, cuya concreta reparación se pretende⁶⁴.

Uno de los casos que ha analizado el TS es el daño provocado por dos transfusiones realizadas en 1997, a raíz de las cuales se detectó que una recién nacida estaba infectada por VIH y en 2008 se le diagnóstico el SIDA. El Alto Tribunal señala que ha existido un agravamiento progresivo de la enfermedad, no pudiéndose alcanzar el diagnóstico del SIDA hasta que el VIH no se estadía como C3, lo que se produjo en abril de 2008, ya que en ese estadio la enfermedad se convierte en crónica, aunque el daño siga siendo continuado en sus efectos⁶⁵.

Asimismo, para determinar el momento posterior en que comienza el cómputo del *dies a quo*, será necesario tener en cuenta las resoluciones administrativas y judiciales que se pronuncian sobre el alcance de las secuelas. En este sentido, la STS de 19 de julio de 2013⁶⁶ analiza una reclamación por daños derivados de la parálisis cerebral de un recién nacido por graves deficiencias asistenciales durante el nacimiento. El TS entendió que la fecha inicial del cómputo no era el alta en la enfermedad, sino el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, por lo que se

⁵⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 19/01/2015, núm. 22/2015, (RJ\2015\2325).

⁵⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 03/03/2015, núm. 116/2015, (RJ\2015\603).

⁶⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 02/04/2014, núm. 199/2014, (RJ\2014\2162).

⁶¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 05/05/2010, núm. 272/2010, (RJ\2010\5022).

⁶² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 24/10/2011, núm. 7007/2011, (RJ\2012\1443).

⁶³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 10/03/2005, núm. 1510/2005, (RJ\2005\3619).

⁶⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 31/05/2011, núm. 3153/2011, (RJ\2011\4848).

⁶⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 02/02/2015, núm. 29/2015, (RJ\2015\488).

⁶⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 19/07/2013, núm. 480/2013, (RJ\2013\5003).

descarta que el *dies a quo* del cómputo fuese la fecha de nacimiento (septiembre de 2000), siendo la fecha correcta el 21 de diciembre de 2007, momento en que se determina el grado de disminución del menor.

Además, el TS ha reiterado en múltiples ocasiones que, si existen secuelas que determinan una incapacidad permanente del perjudicado, o está pendiente dicha calificación, tal día inicial para el cómputo del plazo de prescripción ha de derivarse al momento en que existe un pronunciamiento definitivo sobre dicha cuestión⁶⁷.

4.2. *El dies a quo en los daños calificados como continuados*

En referencia a la doctrina de la *actio nata* en virtud de la cual no puede comenzar a contarse un plazo de prescripción si la acción no ha nacido todavía, la doctrina de la Sala 1º del TS señala que, en los daños continuados, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no sea posible fraccionar dichos daños en etapas diferentes o hechos diferenciados, tal y como expone la STS de 10 junio 2009⁶⁸. En esta Sentencia, el Alto Tribunal analiza los daños continuados por incorporación tardía de la excedencia de un trabajador. La sentencia recurrida y la sentencia contradictoria que aporta el recurrente en casación tienen dos criterios distintos en relación a la fijación del *dies a quo* en estos casos. Por un lado, la sentencia contradictoria considera que el plazo de prescripción comienza a transcurrir desde el momento en que se declara judicialmente el ilícito empresarial en el pleito sobre la readmisión. Por otra parte, la sentencia recurrida, Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 25 de febrero de 2008, sostiene que la prescripción comienza en un momento anterior, cuando el trabajador conoce la existencia del acto ilícito, es decir, cuando el trabajador conoce que existe una vacante y no se le readmite. En este caso, el Tribunal Supremo estimó el motivo de casación del recurrente, y confirmó la doctrina de la sentencia de contraste aportada por el actor.

Como puede observarse tras el análisis jurisprudencial de la interpretación del *dies a quo*, no resulta fácil determinar en la práctica cuando se ha producido el definitivo resultado, en particular, en relación a los daños continuados, ya que los mismos subsisten y se mantiene la causa que los origina hasta su corrección.

⁶⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/02/2015, núm. 23/2015, (RJ\2015\506).

⁶⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 10/06/2009, núm. 4814/2009, (RJ\2009\4283).

Por tanto, el plazo de prescripción del daño continuado comienza cuando se produce el definitivo resultado, siempre que no sea posible fraccionar los daños sufridos en etapas diferentes⁶⁹. Un ejemplo es el ocasionado en un edificio por una obra, daño que no puede conocerse hasta que termina la misma, por lo que el *dies a quo* del plazo de prescripción viene determinado por el día en que cesan las obras. En el caso de daños por inmisiones, el *dies a quo* será el día en que se verifique en su totalidad el hecho dañoso, momento a partir del cual comienza el cómputo para ejercitar la acción⁷⁰. Asimismo, el TS ha entendido que el plazo de prescripción, por ejemplo, en el caso de actos de competencia desleal de duración continuada, comienza cuando finaliza la conducta ilícita⁷¹, tal y como sucede en el daño moral analizado anteriormente, consistente en la inclusión indebida de una persona en un registro de solvencia patrimonial.

Por ello, para determinar si es posible el fraccionamiento del daño en etapas o momentos diferenciados, será relevante conocer si la actividad dañosa es continua o discontinua. En los casos en que se ha establecido su división en etapas, cada uno de los periodos diferenciados determinará el *dies a quo* para reclamar los daños de ese lapso de tiempo, lo cual conlleva que la regla del resultado definitivo se aplica para cada uno de los periodos⁷². Entre otros ejemplos, el Tribunal Supremo ha considerado que es posible dicha segmentación en los daños provocados en propiedades y cosechas por emisiones de humo, polvos y gases procedentes de una central térmica, ya que, aunque la causa permanece en el tiempo, los daños pueden individualizarse en distintos años, por lo que únicamente es posible reclamar el resarcimiento por los daños ocasionados en el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda⁷³.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid confirma la posibilidad de fraccionar un daño continuado en etapas claramente diferenciadas en el supuesto de filtraciones que causan daños por humedad en garajes. En este caso, la fecha de determinados documentos, como son una factura de reparación del techo de octubre de 2008 o la instalación de una placa en octubre de 2012, permitían la cuantificación de los daños

⁶⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 07/02/1997, núm. 772/1997, (RJ\1997\892). En este punto, debe matizarse que la fijación del *dies a quo* no impide que la reclamación pueda efectuarse en un momento anterior, ya que el perjudicado no tiene el deber de soportar los daños de manera continuada.

⁷⁰ Sierra Gil de la Cuesta, I. “La prescripción de acciones para exigir responsabilidad civil extracontractual”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.), Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 1188.

⁷¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 21/01/2009, núm. 871/2009 de 21 enero (RJ\2010\1275).

⁷² MARÍN LÓPEZ, M.J., ob cit, pág. 173.

⁷³ STS (Sala de lo Civil), 12/12/1980, núm. 5079/1980, (RJ\1980\4747).

causados por las humedades, por lo que únicamente podía reclamarse por las diferentes etapas a partir de esas fechas, y dentro del transcurso de un año desde las mismas⁷⁴. Otro supuesto en que se determinó el fraccionamiento del daño continuado es el analizado por la SAP de Cantabria, de 10 de abril de 2008, en que se reclama la pérdida de rentas derivadas del alquiler frustrado de un local. La Audiencia Provincial dispuso que, atendiendo a la fecha de presentación de la demanda (17-3-2005), la acción para reclamar por la pérdida de alquileres del local anteriores al 17 de marzo de 2004 estaba prescrita, pudiendo reclamarse únicamente por las rentas dentro del plazo de un año anterior a la interposición de la demanda⁷⁵.

4.3. *El dies a quo en los daños calificados como daños diferidos*

En este tipo de daños, también puede suceder que determinadas leyes especiales hayan regulado el plazo de prescripción, como es el caso de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, que regula tanto la responsabilidad civil por daños nucleares como la responsabilidad civil por daños producidos en accidentes que involucren materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares⁷⁶.

En la determinación del *dies a quo* de la prescripción, se atenderá al momento en que se tenga pleno conocimiento de los daños⁷⁷. El Tribunal Supremo ha analizado cuándo el perjudicado alcanza dicho conocimiento, por ejemplo, en los casos de daños corporales derivados de accidentes de circulación o de accidentes de trabajo, entre otras, la STS de 25 de mayo de 2010, en que el demandante había sufrido un accidente de trabajo en noviembre de 1984 y el 14 de marzo de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia sobre la situación de invalidez permanente del trabajador,

⁷⁴ SAP Madrid (Sección 25ª), 20/06/2016, núm. 231/2016, (JUR\2016\183478).

⁷⁵ SAP Cantabria (Sección 2ª), 10/04/2008, núm. 206/2008, (JUR\2008\296348).

⁷⁶ El artículo 15 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos dispone lo siguiente: “1. El explotador de una instalación nuclear responderá frente a los perjudicados: a) En el caso de daños a las personas, durante un plazo de treinta años, a contar desde el accidente nuclear. b) En el caso de cualquier otro daño nuclear, durante un plazo de diez años, a contar desde el accidente nuclear. 2. La acción para exigir una indemnización por daños causados por un accidente nuclear prescribirá a los tres años a contar desde el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño nuclear y del explotador responsable, o bien desde el momento en que debió razonablemente tener conocimiento de ello, sin que puedan superarse los plazos establecidos en el apartado anterior. 3. Quienes hayan formulado una acción de indemnización dentro de los plazos legales establecidos podrán hacer una reclamación complementaria en el caso de que el daño se agrave pasados dichos plazos, y siempre que no se haya dictado sentencia definitiva por el órgano jurisdiccional competente”.

⁷⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 11/12/2013, núm. 6315/2013, (RJ\2013\8181).

deviniendo firme la misma el 30 de abril de 2003, fecha que considera el Tribunal Supremo como *dies a quo* del plazo de prescripción del artículo 1968.2 Código Civil, ya que es a partir de este momento cuando el perjudicado tiene conocimiento del daño sobrevenido, determinado de manera definitiva y, por tanto, conoce el alcance del mismo para proceder a su cuantificación y solicitar la correspondiente indemnización.

Asimismo, la AP de Murcia también analiza la prescripción de la acción en el caso de que se haya renunciado a las acciones civiles mediante transacción o acuerdo. En este caso, el perjudicado, en julio de 2004, renunció a las acciones y derechos que le correspondían por el accidente de circulación sufrido, siendo indemnizado por la aseguradora, y el 30 de mayo de 2005 se le reconoce mediante sentencia una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión. Ante este supuesto, la AP hace referencia a la doctrina del TS y señala que, para que la renuncia a las acciones sea válida, es necesario que se tenga pleno conocimiento de cuáles son los derechos subjetivos objeto de la misma, por lo que resulta evidente que en 2004 no pudo renunciar a los derechos derivados de la declaración de incapacidad permanente para su trabajo habitual, ya que hasta ese momento no se le había reconocido y no podía tener conciencia de que formaran parte de su patrimonio⁷⁸.

III. EL DAÑO CONCURRENTES EN EL CASO DE LA TALIDOMIDA

1. Hechos relevantes en el caso de la talidomida

Tras el análisis de las distintas categorías del daño antes expuesto, en este apartado se va a analizar la calificación de los daños ocasionados por unos fármacos que contenían como principio activo la talidomida, los cuales se empezaron a distribuir en el año 1957 como sedante para paliar náuseas y mareos de las embarazadas. En el año 1959, la talidomida estaba presente en distintos países de Europa, África, así como en Japón, Australia, Canadá y Brasil, entre otros. Tras meses de suministro, comenzó a ser frecuente el nacimiento de niños con graves malformaciones y, en 1961, la comunidad científica determinó la conexión entre la ingesta de este medicamento en los primeros meses de embarazo y las malformaciones de los bebés en las extremidades, o ausencia de las

⁷⁸ SAP Murcia (Sección 4ª), 12/01/2012, núm. 21/2012, (JUR\2012\53877).

mismas, así como anomalías en diferentes órganos, incluso internos. Según datos de la Organización Mundial de la Salud, existieron más de 10.000 víctimas en 46 países distintos⁷⁹.

Una vez se hizo evidente la relación causa-efecto entre la talidomida y las deformidades en los niños cuyas madres habían ingerido el medicamento, Chemie Grünenthal GmbH, una de las farmacéuticas que lo suministraba, informó a sus representaciones, en carta de fecha 1 de diciembre de 1961, que retiraban provisionalmente del mercado alemán el Contergan, nombre comercial del fármaco en Alemania.

Asimismo, el 18 de mayo de 1962, las autoridades españolas dictan una Orden prohibiendo la comercialización de medicamentos que contengan talidomida, aunque la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España señala que, en España, la misma fue distribuida con siete nombres comerciales diferentes y no se retiró del mercado hasta 1965⁸⁰. Además, el BOE de 21 de mayo de 1985 publicó la Orden de 13 de mayo de 1985, sobre medicamentos sometidos a especial control médico en su prescripción y utilización, en la que se someten a dicho control los medicamentos que contengan en su composición el principio activo de la talidomida⁸¹, por lo que es probable que la presencia de la talidomida en el mercado español se extienda más allá de 1965.

Las gravísimas consecuencias que había ocasionado el consumo de este medicamento por parte de mujeres embarazadas se hicieron evidentes en la década de los años 60 y las reacciones a esta tragedia en los distintos países afectados fueron diversas. En Alemania, se inició un proceso penal para dirimir las responsabilidades existentes por esta causa, en concreto, ante el Tribunal Regional de Aquisgrán, que concluyó mediante acuerdo e indemnización a las víctimas, el archivo de la causa, y constituyéndose la Fundación Contergan. Tras la publicación del Informe Heidelberg, Alemania aprobó una Ley por la que multiplicaba por siete las pensiones que se conceden por parte de la Fundación a las personas afectadas.

En Reino Unido, los afectados demandaron a Distillers Company (Biochemicals), empresa que distribuía el fármaco en dicho país, llegando a un acuerdo extrajudicial en 1970, por el que abonó 28 millones de libras. En 1973 fue creada la *Thalidomide Trust* y,

⁷⁹ <http://www.who.int/lep/research/thalidomide/en/>

⁸⁰ <https://www.avite.org/>

⁸¹ <BOE 21/05/1985>

en 2005, Digeo, empresa que sucedió a Distillers, aceptó incrementar las ayudas otorgadas anteriormente. En el año 2010, el Ministro de Sanidad del Reino Unido anunció el otorgamiento de una ayuda de 20 millones de libras para los supervivientes de la talidomida⁸². Recientemente, el 7 de diciembre de 2016, Digeo anunció mediante comunicado su compromiso de incrementar la financiación a la Fundación británica con una ayuda de 45 millones de libras⁸³.

Uno de los países en los que recientemente ha habido un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad de las farmacéuticas es Australia, donde el Tribunal Supremo de Victoria, Melbourne, en el caso *Lynette Suzanne Rowe v. Grünenthal GmbH, The Distillers Company (Biochemicals) Limited and Digeo Scotland Limited*, dictó la Sentencia de fecha 8 de julio de 2011 por la que se reconoce una indemnización a una víctima de la talidomida⁸⁴.

El caso de la talidomida tuvo una gran repercusión en España, siendo calificado como la catástrofe farmacológica más importante del siglo XX⁸⁵, ya que afectó aproximadamente a unas 3.000 personas únicamente en este país⁸⁶. La gran relevancia a nivel sanitario, social y político ha sido reconocida también por el propio Tribunal Constitucional que, en el auto de inadmisión del recurso de amparo de 22 de julio de 2016 indica que el amparo solicitado cumple con el requisito de la especial trascendencia constitucional del artículo 50.1 b) LOTC, ya que el asunto suscitado trasciende del caso concreto, al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social⁸⁷.

En el caso de España, las primeras reacciones ante esta tragedia se produjeron por parte de los perjudicados, que en 2003 constituyeron la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) para agrupar a las personas afectadas. A nivel legislativo, la primera referencia se produce en la Exposición de Motivos de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, la cual dispuso que esta situación provocó un cambio

⁸²<http://www.parliament.uk/business/news/2010/01/statement-government-money-for-thalidomide-survivors/>

⁸³ <http://www.diageo.com/en-row/NewsMedia/Pages/resource.aspx?resourceid=2998>

⁸⁴ NAVARRO-MICHEL, M., “Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37, 2016.

<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16155>.

⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. “Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 57, 2016, págs. 57-77.

⁸⁶ <https://www.avite.org/>.

⁸⁷ Auto Tribunal Constitucional, 22/07/2016

fundamental en la regulación de la normativa sobre medicamentos, introduciendo una mayor seguridad y eficacia demostrada con ensayos clínicos controlados, por lo que, a partir de 1962, se habla de una “segunda generación de leyes” sobre esta materia. En relación con el reconocimiento de los afectados, la primera alusión por parte del legislador se produjo con la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado de 2010 (Ley 26/2009), que contenía, en su Disposición Adicional quincuagésima séptima, una indemnización a las personas afectadas por la Talidomida en España durante el periodo 1960-1965, y señalaba lo siguiente:

“Uno. Se concederá una indemnización por una sola vez a quienes durante el periodo 1960-1965 sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación como consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante. Estas indemnizaciones serán compatibles con cualquier pensión pública a que el beneficiario tuviera derecho.

Dos. Las cuantías serán las siguientes:

A los afectados con un grado de discapacidad del 33% al 44%, 30.000 euros.

A los afectados con un grado de discapacidad del 45% al 64%, 60.000 euros.

A los afectados con un grado de discapacidad del 65% al 74%, 80.000 euros.

A los afectados con un grado de discapacidad del 75% o superior, 100.000 euros.

Tres. Se autoriza al Gobierno para que dicte las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo previsto en esta disposición adicional”.

Esta disposición fue desarrollada por el RD 1006/2010, de 5 de agosto, que regulaba el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965, estableciendo como beneficiarios de dicha ayuda a las personas que reuniesen los siguientes requisitos: que hayan sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación en el periodo 1960-1965, cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de Talidomida en España por la madre gestante, y que el diagnóstico que acredita dichas malformaciones se haya realizado por el Instituto de Salud Carlos III, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Asimismo, el citado Real Decreto indicaba que las solicitudes debían formularse desde el día de la entrada en vigor de esta norma (7 de agosto de 2010), hasta el día 30 de septiembre de 2010. Tras la presentación de las solicitudes y la resolución de la concesión de ayudas, únicamente fueron reconocidas como beneficiarias de estas ayudas 23 personas, 2 de las cuales son pensionistas de la Fundación alemana Contergan.

De los datos expuestos anteriormente, se concluye que la concesión de dichas ayudas por el Estado español fue notoriamente insuficiente ante la magnitud y complejidad del problema, así como ante las numerosas personas afectadas, todavía en el año 2010, a pesar de haber transcurrido aproximadamente 50 años desde se originó el daño. En consecuencia, el 16 de febrero de 2012, AVITE, ejercitando las acciones para la protección de los derechos de sus asociados, de acuerdo con los artículos 11.2 y 221 LEC, presentó demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid contra Grünenthal Pharma S.A, en la que solicitaba que se dictase sentencia, con el siguiente suplico:

“se declaren como 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. Alternativa y subsidiariamente se declaren como 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 o pensión vitalicia de la Fundación Contergan.

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.

Que se declare así mismo el derecho a percibir 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 talidomínicos reconocida mediante sentencia o resolución administrativa firme en vida o tras su muerte.

Se condene a Grünenthal a indemnizar a los socios de AVITE afectados por la talidomida en la cantidad resultante de multiplicar por 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración española

a cada uno de ellos, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda”.

El abogado de AVITE señaló que, para determinar la valoración económica del daño, en primer lugar, se calculó lo que había percibido un afectado alemán hasta la fecha, de acuerdo a su grado de minusvalía y, en segundo lugar, del cálculo realizado entendieron que una indemnización de 20.000 euros por punto porcentual de minusvalía supondría equiparar a las víctimas españolas con las alemanas. La redacción del suplico de la demanda en este sentido evidencia no solamente que no se ha solicitado una indemnización atendiendo a las secuelas reales que concurren en cada afectado, sino que ni siquiera se distinguen las secuelas por las que se solicita la citada indemnización. Además, el abogado de la parte demandante apunta que la estrategia procesal se dirigió con el fin de conseguir dos objetivos; el primero, que se indemnizasen los casos reconocidos como talidomídicos por el RD 1006/2010 y, el segundo, extender el beneficio de ser indemnizado a los afectados que en el futuro fueran reconocidos por resolución administrativa o sentencia⁸⁸. A la luz de los pronunciamientos judiciales sobre este caso, resulta claro que la estrategia a seguir debía haber contemplado también qué tipo de daños es el que concurre en los afectados, su acreditación mediante la aportación al proceso de la oportuna prueba documental, y su valoración económica.

El procedimiento iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº90 de Madrid, que será objeto de análisis jurídico en los apartados subsiguientes, concluyó mediante sentencia estimatoria en parte de la demanda, declarando como afectados por la talidomida a los socios de AVITE incluidos en el listado del auto de 06/11/2012, que perciban o puedan percibir en el futuro ayudas del RD 1006/2010 y que así lo acrediten, y condenando a la demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la cantidad de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que les reconozca la Administración española. La parte demandada, Grünenthal Pharma S.A interpuso contra la Sentencia de instancia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que, mediante Sentencia de 13 de octubre de 2014, estima el recurso de apelación contra la SJPI de 19 de noviembre de 2013, revocando la misma. Finalmente, AVITE interpuso recurso

⁸⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, I. “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 un daño también extraordinario (A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013), en *Diario La Ley*, nº8219, Año XXXIV, 27 Dic. 2013, refª. D-438. Págs. 1381 y 1382.

extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial ante el Tribunal Supremo, recursos que fueron desestimados por el Tribunal mediante Sentencia de 20 de octubre de 2015. Tras la resolución del Tribunal Supremo, AVITE formuló 8 alegaciones en las que solicitaba la aclaración, rectificación y complemento de la citada sentencia, resolviendo el Tribunal que no ha lugar a aclarar, rectificar ni a completar la sentencia en los términos solicitados, mediante Auto de fecha 4 de diciembre de 2015⁸⁹. Finalmente, AVITE promovió un incidente de nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo, que fue inadmitido a trámite mediante Providencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2016.

Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, AVITE presentó el 31 de marzo de 2016 recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando 9 motivos, entre otros, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE) y a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE). El Tribunal Constitucional dictó el auto de fecha 22 de julio de 2016, por el que acordó la inadmisión del recurso de amparo debido a que, si bien concurría la especial transcendencia constitucional que justifica una decisión sobre el fondo del asunto planteado, el Tribunal Constitucional considera que no existe una vulneración de Derechos Fundamentales.

Asimismo, a nivel parlamentario, se han producido iniciativas por distintos Grupos Parlamentarios en relación con el caso de la talidomida. En este sentido, el 28 de septiembre de 2016 se publicó en el BOCG la presentación por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos de una Proposición No de Ley, en el Congreso de los Diputados, sobre la protección de las personas afectadas, para su debate en la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, en la que, entre otras medidas, se insta al Gobierno a reabrir el registro contenido en el RD 1006/2010, de 5 de agosto, a que se constituya una unidad de diagnóstico de daños, y a que se indemnice de acuerdo con una tabla de valoración de discapacidad antes de 2018⁹⁰. Dicha Proposición No de Ley fue aprobada por unanimidad de la Comisión el día 24 de noviembre de 2016. El Grupo Parlamentario Socialista también presentó una Proposición No de Ley ante el Congreso de los Diputados sobre medidas para las personas afectadas, para su debate en la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, publicada el día 14 de septiembre de 2016⁹¹. Algunas Comunidades Autónomas también han realizado Proposiciones no de Ley ante sus respectivos

⁸⁹ Auto TS (Sala de lo Civil), 04/12/2015, núm. 10215/2015, (JUR\2016\1120).

⁹⁰ BOCG Congreso de los Diputados, 28/09/2016, Serie D, núm. 23, pág. 147.

⁹¹ BOCG Congreso de los Diputados, 14/09/2016, Serie D, núm. 13, pág. 27.

Parlamentos, como es el caso del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, que presentó ante la Comisión de Salud del Parlamento andaluz una Proposición no de Ley relativa a medidas de apoyo y reconocimiento a los afectados andaluces, publicada por el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía el día 16 de septiembre de 2015, en la que se insta al Gobierno a favorecer la creación de una unidad médica de diagnóstico y de referencia, para así determinar quiénes se consideran afectados por la misma, pudiendo cuantificar y reconocer oficialmente el número de afectados⁹². Además, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía dictó el Decreto 69/2016, de 1 de marzo, por el que se crea y regula el Registro de personas residentes en Andalucía con anomalías congénitas causadas por talidomida, y se desarrolla el procedimiento para la evaluación, y en su caso, inclusión de dichas personas en ese Registro, para realizar la planificación de actividades de promoción, prevención, rehabilitación y atención sanitaria⁹³.

Asimismo, en fecha 16 de diciembre de 2016, AVITE ha presentado demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el Estado español por la vulneración del Artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contempla el derecho a un proceso equitativo. El texto del artículo señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁹² Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, 16/09/2015 núm. 70, pág 16.
<http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=106353>.

⁹³ BOJA, número 45, de 08/03/2016.

Recientemente, el Parlamento Europeo también ha mostrado interés en la causa de la talidomida, adoptando en fecha 15 de diciembre de 2016 una resolución por la que se pide a los Estados Miembros que adopten medidas para reconocer formalmente a los supervivientes de la talidomida, y se exige a las autoridades españolas a que revisen el proceso iniciado en 2010 por el Gobierno español y facilite una adecuada identificación y compensación a los supervivientes españoles de la talidomida⁹⁴.

2. La calificación del daño producido por la talidomida por parte de las distintas instancias judiciales

Respecto a la manifestación del daño corporal ocasionado por la talidomida, es posible agrupar el conjunto de secuelas en tres fases o momentos distintos. En primer lugar, tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de apelación coinciden en señalar que el quebranto principal que se deriva de la ingesta de la talidomida es apreciable en el momento mismo del nacimiento⁹⁵, en el que resultan evidentes las malformaciones, al menos de los órganos externos, así como la ausencia de extremidades. Tal y como apunta la Audiencia Provincial, este quebranto principal constituye un daño prenatal, que se puso de manifiesto en el momento del parto⁹⁶. En segundo lugar, existen una serie de secuelas que son definidas como consecuencias lógicas y previsibles del daño principal⁹⁷, como son las dolencias consistentes en lesiones de espalda o columna, dolor, artrosis, tensión o debilidad muscular, que se producen al tratar de compensar las funciones de las que se carece o por sobrecarga de otros órganos sanos, y que se desarrollan a lo largo de la vida. Este conjunto de secuelas se define de manera muy nítida por la Audiencia Provincial, exponiendo una serie de ejemplos⁹⁸ y calificándolos como consecutivos. En tercer lugar, las secuelas que recoge el Informe de la Universidad de Heidelberg, de 21 de diciembre de 2012, denominadas “*daños secundarios, tardíos o de aparición tardía*” constituyen padecimientos asociados al sistema nervioso, vascular y de

⁹⁴<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0510+0+DOC+PDF+V0//EN>

⁹⁵ SJPI de Madrid, 19/11/2013, núm. 132/2013, AC\2013\2288).

⁹⁶ SAP de Madrid (Sección 14º), 13/10/2014, núm. 12121/2014, (AC\2014\1712), FFJJ 14º

⁹⁷ SJPI de Madrid, 19/11/2013, núm. 132/2013, AC\2013\2288).

⁹⁸ SAP de Madrid (Sección 14º), 13/10/2014, núm. 12121/2014, (AC\2014\1712), FFJJ 14º: “Ejemplo 1: Un afectado por el Contergan con brazos cortos y manos deformes, pero con articulaciones del hombro bien formadas una columna vertebral normal desarrolla a lo largo de los años modificaciones artróticas en hombros y columnas, con los correspondientes síntomas dolorosos, puesto que las actividades que realiza con las extremidades superiores las lleva a cabo con las articulaciones de los hombros. Esta sobreutilización y sobrecarga en los hombros y en la columna cervical y dorsal llevan, al igual que el juego cambiado de la musculatura en estas zonas, a una deformación de la columna vertebral, por ej. en forma de escoliosis...”.

la musculatura, como son la imposibilidad de extraer sangre, problemas para medir la presión arterial, debilidad muscular no relacionada con la edad o desarrollo muscular atípico⁹⁹. Por tanto, se trata de secuelas que, en principio, no se ha acreditado que sean consecuencia directa de la Talidomida, pero que las sufren un importante número de afectados¹⁰⁰.

A su vez, procede analizar cómo han calificado las distintas instancias judiciales los daños causados por el fármaco. La SAP de 13 de octubre de 2014¹⁰¹, distingue tres supuestos de daños personales: el daño duradero o permanente, en el que “*continúa el daño, pero no la causa*”, por ejemplo, el derivado de una actuación puntual que genera en el perjudicado una enfermedad crónica; el daño continuado, en que la causa que origina el daño persiste en el tiempo y continúa generando daños; y el daño sobrevenido, que es aquel en que la causa ha desaparecido, pero aparecen daños en un momento posterior.

En el caso en concreto, la parte demandante argumenta que los daños son continuados, progresivos e inciertos, ya que se ignora la evolución final de los mismos. Por otra parte, la parte demandada señala que se trata de daños permanentes que quedaron consolidados en el momento del nacimiento. Planteadas la demanda y la contestación a la misma en estos términos, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid considera que las secuelas derivadas del daño principal y de los daños consecutivos, calificados como daños continuados, hace tiempo que están consolidadas. Además, la Jueza, atendiendo al Informe Heidelberg y a determinados artículos de médicos especializados en la materia, arguye que existe un empeoramiento generalizado y progresivo en los afectados. En cuanto a los daños calificados como “*daños secundarios, tardíos o de aparición tardía*” por el Informe Heidelberg, el Juzgado de Primera Instancia señala que estos daños se distinguen de los daños continuados y que no se han manifestado o no se han vinculado a la talidomida hasta fechas recientes. Resulta necesario traer a colación el razonamiento que realiza la Jueza sobre los mismos:

⁹⁹ “*THALIDOMIDE. Enquiries to be carried out repeatedly with regard to problems, specific needs and support deficits of thalidomide victims. Summarising report of the first survey results and derivation of first action recommendations*”, Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kruse, Institute of Gerontology of the University of Heidelberg, 31 st May 2012. http://www.fiftyyearfight.org/images/Heidelberg_study_ENGLISH.pdf.

¹⁰⁰ El Informe Heidelberg define estas secuelas de la siguiente manera: “Late sequelae constitute the results of pathological changes in the course and in the structure of nerves and vessels, in part also in the cellular structure of the musculature, which possibly developed prior to birth under the influence of thalidomide”.

¹⁰¹ SAP Madrid (Sección 14ª), 13/10/2014, núm. 12121/2014, (AC\2014\1712). FFJJ 12º.

“Se trata de daños absolutamente diferentes a los que podrían considerarse como secuenciales de la teratogenia, pues nada tienen que ver con el acortamiento de extremidades, pero que se han objetivado en un número importante de afectados, por lo que el informe vincula su existencia a la ingesta del medicamento y aconseja realizar una investigación sistemática de los mismos por científicos independientes para valorar sus consecuencias directas e indirectas ya que "las personas afectadas por el Contergan se ven en peligro por ellos". Esto implica que, a pesar del tiempo transcurrido desde los hechos, en la actualidad no se tiene un conocimiento cierto, cabal, seguro, exacto y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida, es decir, los daños derivados de su ingesta no están plena y absolutamente determinados ni consolidados, por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial descrita anteriormente, la acción rectora del procedimiento no puede considerarse prescrita”.

Por tanto, la Jueza diferencia claramente las secuelas producidas por la talidomida, las secuelas consolidadas y las no consolidadas hasta la fecha (entre el daño principal y consecutivo y los daños calificados como secundarios).

Atendiendo a la doctrina sobre los daños continuados que se mantiene en la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial considera que, en este caso, es posible fraccionar el daño en etapas diferentes o hechos diferenciados, ya que ciertas lesiones se evidencian en el momento del parto, pudiendo determinarse el alcance de las mismas tras el nacimiento. Respecto a los daños consecutivos, indica que son consecuencia del daño inicial, no pudiendo suponer un nuevo acontecimiento, por lo que deben entenderse como daños sobrevenidos, como una nueva etapa o hecho diferente de los daños prenatales. En lo que atañe a los daños secundarios o tardíos, la Audiencia Provincial constata que, si se acreditan como secuelas de la talidomida, procedería la indemnización por las mismas, como daño sobrevenido que los afectados desconocían, aunque no se reinicia el plazo para todas las secuelas, sino únicamente en relación con estos daños secundarios o tardíos. La Audiencia Provincial expone claramente sobre la prescripción de la acción en relación con los daños secundarios o tardíos, lo siguiente:

“Todo ello sin perjuicio, claro es, una vez se determine por la correspondiente investigación científica que los denominados daños secundarios,

tardíos o de aparición tardía, pueden considerarse como secuelas derivadas de la talidomida; los afectados de manera individual (ya hemos reseñado que no pueden efectuarse generalizaciones) 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).

Sin embargo, por la mera posibilidad de que puedan producirse daños tardíos derivados del principio activo de la talidomida, no contrastados en la actualidad, y de su posible existencia en determinados afectados, no puede excluir que debamos apreciar la prescripción, y dejar indeterminado "sine die" el inicio del cómputo de la misma".

El Tribunal Supremo, en consonancia con la argumentación de la Audiencia Provincial, diferencia entre los daños que se manifiestan en el momento del nacimiento, que son permanentes, y los daños tardíos, por los que se podrá reclamar la indemnización correspondiente en el momento en que se determinen definitivamente las consecuencias lesivas producidas¹⁰².

La singularidad de los daños producidos por la talidomida, así como el gran desconocimiento que existe en cuanto a su evolución, ha provocado que la calificación dada a los daños ocasionados sea variada. Así pues, determinados autores han considerado que se trata de un daño progresivo por el que la situación del paciente se agrava constantemente en el tiempo, y nunca recibe el alta médica definitiva, por lo que puede reclamarse por los daños atendiendo a los estadios de la enfermedad¹⁰³.

¹⁰² STS (Sala de lo Civil), 20/10/2015, núm. 544/2015, (RJ\2015\4226), FFJJ 4º

¹⁰³ YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. "Talidomida y prescripción", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 914/2015, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015.

Otros autores hablan de un concurso de daños ya que en el caso de la talidomida concurren diferentes tipologías¹⁰⁴. Asimismo, en cuanto a la reclamación por los daños de los que se tiene conocimiento en fechas recientes, los llamados daños secundarios o de aparición tardía, resultará necesario que el perjudicado conozca, o pueda conocer diligentemente, su alcance definitivo, la relación de causalidad entre el daño y la talidomida, y la identidad del causante, ya que no es posible reclamar por unos daños hipotéticos futuros cuya conexión con la talidomida no consta acreditada¹⁰⁵.

Sin embargo, para realizar una correcta calificación del daño, no debe atenderse tanto al daño producido sino a la causa que lo genera, de manera que si la causa continua, el daño será continuado y, por el contrario, si la causa ha cesado, será permanente. En este punto, es necesario matizar que un daño no será calificado como continuado por la evolución del mismo, o porque no se ha determinado hasta pasado mucho tiempo el alcance de sus secuelas, ya que eso afectará a la regla aplicable en cuanto al cómputo del plazo de prescripción de la acción. De esta manera, la causa en el caso de la talidomida es la acción del medicamento que la contiene como principio activo, y que afecta al embrión en la fase de desarrollo, por lo que la acción que provoca el daño (causa) cesa con el nacimiento¹⁰⁶. Otro aspecto relevante es el cómputo del plazo de prescripción y si la acción se encuentra prescrita, que será analizado en el siguiente apartado.

3. La prescripción de la acción en los daños ocasionados por el fármaco de la talidomida

Una vez analizada la calificación del daño causado por la talidomida, procede hacer referencia a la interpretación realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en cuanto al cómputo del plazo de prescripción.

En este sentido, la SJPI señala que los daños de origen prenatal, así como los daños consecutivos se encuentran consolidados. Especial atención merece el

¹⁰⁴ AVILÉS GARCÍA, J. “Tipología de daños, causalidad y prescripción (A propósito del caso de la talidomida en España”, en *Diario La Ley*, núm. 8784, 16/06/2016, ref^a D-241.

¹⁰⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o sobrevenidos”, en HERRADOR GUARDIA, M.J (Dir), *Daño, Responsabilidad y Seguro*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016. Pág. 121

¹⁰⁶ NAVARRO-MICHEL, M. ob cit.

razonamiento expuesto sobre los llamados daños tardíos o secundarios, ya que constituye un punto esencial de la sentencia, determinante del pronunciamiento sobre la prescripción de la acción. Respecto a estos daños, la Jueza señala que “*los afectados por la talidomida pueden padecer*” estos daños, que los mismos “*podieran tener también un origen prenatal*”, y señala, asimismo, que “*no se han manifestado o conocido como vinculados a la talidomida hasta fechas recientes*”. Por último, la Jueza subraya que “*se han objetivado en un número importante de afectados, por lo que el informe vincula su existencia a la ingesta del medicamento y aconseja realizar una investigación sistemática de los mismos.*”

Resulta sorprendente que, considerando que la acción para reclamar por todos los daños existentes no ha prescrito, el hecho que sustenta toda la argumentación sobre la prescripción es el contenido del Informe Heideberg en cuanto a los daños secundarios tardíos o de aparición tardía, sin constatar en ningún momento qué tipo de daño consta acreditado en cada persona que reclama una indemnización en el procedimiento y cuáles de las secuelas que resultasen acreditadas son consecuencia de la talidomida en cada uno de los afectados a los que otorga una indemnización de 20.000 euros por punto porcentual de minusvalía. Por ello, los hechos que aporta el Informe Heidelberg son el motivo por el que la Jueza considera que la acción no está prescrita, en base a la doctrina del daño continuado¹⁰⁷. La Sentencia de instancia, al analizar la prescripción, se limita a expresar, de manera genérica y sin subsumir la regla en el caso concreto, que, en la actualidad, no se tiene un conocimiento cierto, exacto y definitivo del alcance de las secuelas, y afirma que los daños no están plena y absolutamente determinados ni consolidados, olvidando que anteriormente había establecido que gran parte de las secuelas, referentes a los daños de origen prenatal y los daños consecutivos, están consolidadas.

Otro aspecto destacable de la Sentencia de Instancia es el propio reconocimiento de la inactividad del demandante en cuanto a la nula práctica de la prueba sobre las concretas lesiones que padecen los asociados y sobre su vinculación causal con la talidomida.

¹⁰⁷ PERONA GARCÍA, F.R. “La responsabilidad extracontractual. La tragedia de la talidomida: el caso español desde la perspectiva de la evolución legal y el ordenamiento jurídico”, en *Instituto Superior de Derecho y Economía*, 2016.

Por tanto, la parte demandante no aporta informe médico alguno, ni siquiera resoluciones administrativas sobre la minusvalía reconocida a sus asociados, y, a pesar de ello, la Jueza mantiene el convencimiento de que, actualmente, no se tiene conocimiento exacto, seguro y definitivo del alcance de las lesiones de cada uno de los asociados, no determinadas en absoluto, debido también a la imposibilidad de analizar las mismas ante la falta de prueba en el proceso.

La Audiencia Provincial hace referencia al cómputo de la prescripción cuando se exige responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona de las que derivan secuelas. Esta regla dispone que el *dies a quo* constituye el momento de la determinación del alcance de las secuelas o cuando queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados. Por tanto, afirma que la cuestión se centra en determinar en qué momento pudieron ejercer los perjudicados las acciones en reclamación de los daños sufridos.

Entrando en el análisis de la prescripción en cada tipo de daños, la Audiencia Provincial señala, en primer lugar, que los daños prenatales se pusieron de manifiesto en el momento del parto, y constituyen daños permanentes. En segundo lugar, respecto a los daños consecutivos, dispone que son daños sobrevenidos, y constituyen una nueva etapa o hecho diferente de los daños prenatales. Por tanto, su constatación en el momento en que sean evidentes provoca que se inicie el cómputo para reclamar por los mismos. En consecuencia, razona que es posible fraccionar en etapas diferentes los daños personales causados por la talidomida. En tercer lugar, la Audiencia considera que los daños secundarios, tardíos o de aparición tardía son daños sobrevenidos, una nueva etapa del daño causado por la talidomida, por lo que, en el caso de que se acreditasen las secuelas a las que hace mención el Informe Heidelberg como consecuencia de la talidomida, se iniciaría el cómputo del plazo de prescripción para reclamar una indemnización por estas secuelas, pero no por las anteriores (daños consecutivos y daños prenatales), ya que la acción para reclamar por las mismas ya ha prescrito.

El planteamiento y razonamiento expuesto por la SAP es totalmente coherente con la doctrina jurisprudencial que expone sobre la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en el caso de daños personales, ya que aplica dicha doctrina al caso concreto, analizando detenidamente cada tipo de daño que concurre en el supuesto de la talidomida.

La Audiencia Provincial apunta al año 2008 como la fecha en que, de acuerdo con la tesis más favorable a los perjudicados, la acción se considera prescrita, ya que, en esta fecha, los socios de AVITE ya hubieran podido obtener los diagnósticos sobre el alcance de sus secuelas. Evidentemente, la Audiencia no puede establecer en qué momento se inició el cómputo de la prescripción de la acción, ni en qué fecha exacta se considera esta prescrita, ya que, tal y como señaló la SJPI, la total falta de informes médicos y documentación aportada por la parte demandante en el proceso lo impide. En consecuencia, resulta imposible que el Tribunal fije el momento del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción, y por ello, establece que en el año 2008 los perjudicados ya podían haber conocido diligentemente el alcance de las secuelas y su relación de causalidad con la talidomida. El motivo de dicha imposibilidad se explica por el Tribunal del siguiente modo:

“El patrón de los daños incluidos 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 sobre este patrón de daños y sus consecuencias en la forma de vida”

El Tribunal Supremo, al igual que la Audiencia Provincial, reitera la importancia de diferenciar el cómputo del plazo de prescripción de cada tipo de daño concurrente, y hace especial referencia al suplico de la demanda. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que se reclama una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los perjudicados y que la consolidación del daño se produjo en el momento del nacimiento, mayoría de edad o en el momento en que se reconocen dichas secuelas a efectos de declaración administrativa de incapacidad. El Tribunal Supremo declara sobre este aspecto lo siguiente:

“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. (...)

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”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo, en consonancia con la Audiencia Provincial, diferencia cada tipo de daño concurrente en el caso y confirma que la acción ejercitada en el procedimiento está prescrita.

Asimismo, de todo el *iter* judicial, es necesario hacer referencia a la posibilidad que deja abierta la Audiencia Provincial cuando señala que, tras la investigación de los daños secundarios como secuelas derivadas de la talidomida, una vez se acredite por los afectados de manera individual, mediante informes médicos, que padecen dichas secuelas y se determinen sus efectos invalidantes, podrán ejercitar las acciones correspondientes por las mismas ya que, en estos casos, sí se iniciaría un nuevo plazo de prescripción para estos nuevos daños, cuyo *dies a quo* será el momento en que se concrete el alcance de estas nuevas secuelas.

La importancia de acreditar e individualizar el daño que sufre cada perjudicado en este caso se hace más necesaria aún debido a la complejidad y singularidad del caso. Además, en relación con la individualización del daño que sufre cada perjudicado, la doctrina hace referencia a la necesidad de realizar un diagnóstico diferencial para alcanzar un pronóstico razonable sobre los efectos del fármaco, por lo que el “*criterio de*

cognoscibilidad y previsibilidad médica” es determinante a la hora de fijar el *dies a quo* para el cómputo de la acción¹⁰⁸.

Otro tema controvertido en el caso de la Talidomida ha sido, respecto al conocimiento del acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión como requisito del *dies a quo*, la relación de causalidad entre la acción y el daño. La Audiencia Provincial señala sobre esta cuestión que los afectados beneficiados con la sentencia de instancia ya conocen o podrían haber conocido la relación de causalidad entre sus secuelas y el fármaco que contiene Talidomida:

“En todo caso, aunque presumiéramos (lo que es difícil a tenor de las prueba examinadas) que los socios no pudieran conocer o, al menos sospechar, la relación de sus secuelas con el fármaco, tal situación cambia a partir del año 2003, en el que se inscribe la Asociación de Víctimas de la Talidomida y todos los socios tienen, o debieron tener, información sobre el fármaco y sus efectos teratogénicos, así como la carta que LABORATORIOS ANDRÓMACO S.A (GRUPO GRÜNENTHAL ESPAÑA) remite a don JR como presidente de AVITE de fecha 7 de diciembre de 2005 y que hemos transcrito en el fundamento de derecho decimotercero (documento 26 de la contestación).

(...)

Por lo tanto, conforme a la tesis más favorable para los perjudicados, en el año 2008, los socios de AVITE ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos, de los que pudieran derivarse la probabilidad de que sus malformaciones congénitas y daños consecutivos fueron consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante en el periodo crítico. Se ha de resaltar que ninguno de los diagnósticos realizados por el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud "Carlos III" durante los años 2006-2008 han sido aportados a las actuaciones”.

¹⁰⁸ AVILÉS GARCÍA, J. “Responsabilidad Civil. Prescripción de daños causados por fármacos con talidomida. Daños permanentes, continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 101, 2016. Págs. 364 y 369.

Por tanto, la Audiencia Provincial señala que los socios beneficiados con la sentencia de instancia tenían a su disposición o podrían haberlo tenido, al menos desde el año 2008, los elementos tanto fácticos como jurídicos para ejercitar las acciones contra el titular de la patente. Sobre este aspecto se pronuncia el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que formula el voto particular discrepando del parecer de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuanto a la excepción de prescripción. El Magistrado argumenta que el *dies a quo* comienza tras el reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de la talidomida, por lo que no basta con atender a la consolidación de las lesiones. Por tanto, los procedimientos de incapacidad que han llevado a cabo los afectados sólo concretaban las lesiones o secuelas que padecen, y no la relación de causa a efecto con la Talidomida, que “*solo se va a efectuar tras el RD 1006/2010, como establece esta norma en su art. 8*”¹⁰⁹.

En conclusión, efectivamente, es necesario el conocimiento por parte de los afectados de la relación causa-efecto entre la conducta dañosa y el daño, tal y como argumenta el Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, pero el conocimiento de este hecho por los afectados no está necesariamente vinculado al RD 1006/2010 o al procedimiento que se siga en virtud del mismo, ya que el artículo 1968.2 CC no se refiere únicamente al conocimiento real de dicha relación sino, también, al conocimiento potencial, es decir, al momento en que los afectados por la Talidomida debían haber conocido este aspecto de haber actuado con la diligencia exigible¹¹⁰.

Por último, es conveniente hacer una breve referencia a la acción de responsabilidad civil ejercitada en el procedimiento. Tal y como señala la SJPI, la acción de la demandante no se basa en la específica regulación de responsabilidad civil por productos defectuosos, sino en el régimen general de responsabilidad civil extracontractual que prevé el CC. En este sentido, el concepto legal de producto

¹⁰⁹ “D). 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”.

¹¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o sobrevenidos”, ob cit, pág. 96. SALVADOR CODERCH, P, GÓMEZ LIGÜERRE, C, RUBÍ PUIG, A, RAMOS GONZÁLEZ, S, TERRA IBÁÑEZ, A. “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona.

defectuoso se regula en el artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1/2007¹¹¹ y, en su Disposición Transitoria tercera prevé la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos puestos en circulación con anterioridad al 8 de julio de 1994, indicando que esta responsabilidad se regirá por las reglas del capítulo II del título II del Libro Tercero (arts. 147 a 149). Además, dispone que, en todo caso será de aplicación el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 148 a los productos farmacéuticos¹¹².

Consecuentemente, tal y como apunta la doctrina, la acción que podrían haber ejercitado los afectados por la Talidomida, basada en el régimen previsto en la citada Disposición Transitoria tercera, no recoge un plazo de prescripción de la acción, por lo que se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 1964 CC, quedando abierta ésta posibilidad para los afectados no asociados de AVITE para iniciar acciones de responsabilidad civil¹¹³.

De acuerdo con lo dispuesto en este apartado, se hace evidente la necesidad de regular de forma más precisa y adecuada el régimen prescriptivo de la acción de responsabilidad civil extracontractual que prevé el artículo 1968.2 CC. Por ello, y con el fin de establecer una regulación que aporte mayor seguridad jurídica en futuras reclamaciones por responsabilidad civil, así como la adaptación de la diversidad de situaciones que concurren en el caso de reclamación por daños, debe tenerse en cuenta las normas que se han adoptado por diferentes países, así como los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL)¹¹⁴, el Proyecto de un Marco Común de Referencia

¹¹¹ El artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone lo siguiente: “1. Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”.

¹¹² El artículo 148 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007 indica lo siguiente: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

¹¹³ MOURE GONZÁLEZ, E. “Las sentencias de la Talidomida. Recreación acrítica de lo que pudo haber sido y no fue”, en *Diario La Ley*, nº8718, 9 Mar. 2016, refª D-100. Pág. 1731.

¹¹⁴ <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

(DCFR)¹¹⁵, y la Propuesta de Código Civil de los libros Quinto y Sexto, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que prevé una amplia regulación del régimen de responsabilidad civil extracontractual, así como de la prescripción de la acción en su Libro Sexto¹¹⁶.

¹¹⁵ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

¹¹⁶ Busto Lago, J.M, Peña López, F, Álvarez Lata, N, Arcos Vieira, M.L, Colina Garea, R, “Título XIX. De la responsabilidad civil extracontractual”, en BUSTO LAGO, J.M (Coord), y Marín López, M.J, Arroyo Amayuelas, E, Vaquer Aloy, A., en MARÍN LÓPEZ, M.J (Coord), *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

IV. RECAPITULACIÓN

El ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual por daños en un procedimiento judicial exige el análisis previo de una serie de cuestiones, para evitar la desestimación de la pretensión que se plantea.

Resulta necesario determinar la calificación del daño ocasionado con el fin de conocer cuál es el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción y así saber si la misma ha prescrito o no, cuestión fundamental en un proceso civil de reclamación por daños, que resulta muy frecuente en la práctica. Por tanto, será esencial el momento en que el perjudicado ha tenido, o ha podido tener, conocimiento de los hechos que fundamentan su pretensión, y si la acción se ejercita en el plazo de un año a partir de dicho conocimiento.

Estos aspectos fueron muy relevantes en el proceso judicial seguido en el caso de la talidomida, ya que el Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la Asociación y confirmó que la acción que habían ejercitado había prescrito, en gran medida debido al objeto de la reclamación contenido en el suplico de la demanda, así como la acreditación, individualización y valoración de cada tipo de daño.

También es importante resaltar que la misma Audiencia Provincial deja la puerta abierta para futuras reclamaciones por esos daños secundarios o tardíos para los demás afectados que no sean socios de AVITE, por lo que existen posibilidades de ejercitar acciones de responsabilidad civil, una vez se acrediten los mismos y se establezca la relación de causalidad entre los daños y el principio activo de la talidomida, siempre que se ejercite la acción para reclamar dentro del plazo de prescripción.

Efectivamente, ha transcurrido mucho tiempo desde el origen del daño y, tal y como expresa el propio Tribunal Supremo, obviamente la solución a este problema no se encuentra en el ámbito judicial, sino que la magnitud e injusticia del caso hace necesario que la solución sea política y social, tal y como se ha realizado en la mayoría de los países afectados, como son Alemania o Reino Unido. El problema en España es que las víctimas no han encontrado ese resarcimiento ni ese reconocimiento en el ámbito político, social, ni privado, ya que no se les ha indemnizado en ningún momento, excepto a través de la Ley de Presupuestos del Estado de 2009 y el RD 1006/2010, ayuda que resultó claramente insuficiente en su labor, ni se ha constituido ningún tipo de fundación para ayudar y mejorar la calidad de vida de las personas afectadas.

En consecuencia, la solución no es judicial pero esta situación insólita provoca que los afectados españoles no tengan otra opción más que acudir a dicha vía para conseguir una indemnización por los daños sufridos, es decir, solo disponen de esta posibilidad, que no aporta una solución al problema, y que evidentemente no ha garantizado un resarcimiento justo para las víctimas españolas.

Por todo ello, la indudable necesidad de un resarcimiento se acentúa en el caso español, donde las víctimas han sufrido un desamparo absoluto, aunque esta situación no justifica que los Tribunales deban estimar las pretensiones que solicitan los afectados porque la solución que pretenden, y que claramente merecen, no pueden conseguirla aplicando la doctrina y jurisprudencia expuestas al caso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2004.
- ASUA GONZÁLEZ, CLARA I. “Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (A propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio), en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000.
- AVILÉS GARCÍA, J. “Tipología de daños, causalidad y prescripción (A propósito del caso de la talidomida en España”, en *Diario La Ley*, núm. 8784, 16/06/2016, refª D-241.
- AVILÉS GARCÍA, J. “Responsabilidad Civil. Prescripción de daños causados por fármacos con talidomida. Daños permanentes, continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 101, 2016.
- Bercovitz Rodriguez-Cano, R. “Artículo 1969 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, SA, Enero de 2009.
- Busto Lago, J.M, Peña López, F, Álvarez Lata, N, Arcos Vieira, M.L, Colina Garea, R, “Título XIX. De la responsabilidad civil extracontractual”, en BUSTO LAGO, J.M (Coord), y Marín López, M.J, Arroyo Amayuelas, E, Vaquer Aloy, A., en MARÍN LÓPEZ, M.J (Coord), *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Cavanillas Múgica, S. “Artículo 1968”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir), *Comentarios al Código Civil Tomo IX*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Colás Escandón, A.M “Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia”, en HERRADOR GUARDIA, M. J (Coord), *Derecho de Daños*”, Sepin, Madrid, 2011.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Civitas, Madrid, 1993.
- GÁLVEZ CRIADO, A. “El daño sobrevenido”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2015.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. “Inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o sobrevenidos”, en HERRADOR GUARDIA, M.J (Dir), *Daño, Responsabilidad y Seguro*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

- MARÍN LÓPEZ, M.J. “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción”, *La prescripción extintiva, XVII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARTÍNEZ GARCÍA, I. “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 un daño también extraordinario (A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013), en *Diario La Ley*, nº8219, Año XXXIV, 27 Ddic. 2013, refª D-438.
- MOURE GONZÁLEZ, E. “Las sentencias de la Talidomida. Recreación acrítica de lo que pudo haber sido y no fue”, en *Diario La Ley*, nº8718, 9 Mar. 2016, refª D-100.
- NAVARRO-MICHEL, M. “Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015”, en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 37, mayo/junio 2016, ISSN 1886-5887. <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16155>.
- PANIZA FULLANA, A. “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010)”, en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011.
- PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de Daños Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1995.
- PEÑA LÓPEZ, F. “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 de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2011.
- PERONA GARCÍA, F.R. “La responsabilidad extracontractual. La tragedia de la talidomida: el caso español desde la perspectiva de la evolución legal y el ordenamiento jurídico”, en *Instituto Superior de Derecho y Economía*, 2016.
- Reglero Campos, L.F “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en REGLERO CAMPOS, L.F Y BUSTO LAGO J.M (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SALVADOR CODERCH, P, GÓMEZ LIGÜERRE, C, RUBÍ PUIG, A, RAMOS GONZÁLEZ, S, TERRA IBÁÑEZ, A. “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona.
- Sierra Gil de la Cuesta, I. “La prescripción de acciones para exigir responsabilidad civil extracontractual”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*, Bosch, Barcelona, 2008.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. “Talidomida y prescripción”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 914/2015, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 57, 2016.

VI. JURISPRUDENCIA Y OTROS RECURSOS

1. Tribunal Supremo

Sala de lo Civil:

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/07/2016, núm. 454/2016, (RJ\2016\2897)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 17/03/2016, núm. 175/2016, (RJ\2016\1134)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 14/12/2015, núm. 589/2015 (RJ\2015\5870)

STS (Sala de lo Civil), 20/10/2015, núm. 544/2015, (RJ\2015\4226)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 03/03/2015, núm. 116/2015, (RJ\2015\603)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/02/2015, núm. 23/2015, (RJ\2015\506)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 02/02/2015, núm. 29/2015, (RJ\2015\488)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/01/2014, núm. 28/2014 (RJ\2014\796)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 19/01/2015, núm. 22/2015, (RJ\2015\2325)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 18/12/2014, núm. 725/2014 (RJ\2014\6311)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 31/10/2014, núm. 624/2014, (RJ\2014\5642)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 02/04/2014, núm. 199/2014, (RJ\2014\2162)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 19/07/2013, núm. 480/2013, (RJ\2013\5003)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 11/12/2012, núm. 728/2012, (RJ\2013\4350)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/11/2011, núm. 899/2011, (RJ\2012\1641)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 05/05/2010, núm. 272/2010, (RJ\2010\5022)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/06/2009, núm. 512/2009, (RJ\2009\5490)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 21/01/2009, núm. 871/2009 de 21 enero (RJ\2010\1275)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/10/2008, núm. 5541/2008, (RJ\2008\5801)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 28/10/2009, núm. 672/2009, (RJ\2009\5817)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 23/11/2007, núm. 1237/2007, (RJ\2008\25)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 17/10/2005, núm. 777/2005, (RJ\2005\8593)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 28/01/2004, núm. 31/2004, (RJ\2004\153)

STS (Sala de lo Civil, Sección Única), 05/06/2003, núm. 534/2003, (RJ\2003\4124)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 11/02/2002, núm. 122/2002, (RJ\2002\3106)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 20/07/2001, núm. 743/2001, (RJ\2001\8401)

STS (Sala de lo Civil), 27/04/1992, núm. 3440/1992, (RJ\1992\3414)

STS (Sala de lo Civil), 12/12/1980, núm. 5079/1980, (RJ\1980\4747)

Auto TS (Sala de lo Civil), 04/12/2015, núm. 10215/2015, (JUR\2016\1120)

Sala de lo contencioso administrativo:

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 30/10/2012, núm. 7103/2012, (RJ\2012\10333)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 18/07/2012, núm. 4966/2012 (RJ\2012\7917)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 24/04/2012, núm. 3291/2012, (RJ\2012\6227)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 24/10/2011, núm. 7007/2011, (RJ\2012\1443)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 21/06/2011, núm. 4014/2011, (RJ\2011\5491)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 31/05/2011, núm. 3153/2011, (RJ\2011\4848)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 10/03/2005, núm. 1510/2005, (RJ\2005\3619)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 07/02/1997, núm. 772/1997, (RJ\1997\892).

Sala de lo social:

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 11/12/2013, núm. 6315/2013, (RJ\2013\8181)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 23/04/2012, núm. 3049/2012, (RJ\2012\5874)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), 10/06/2009, núm. 4814/2009, (RJ\2009\4283)

STS (Sala de lo Social), 31/01/2006, núm. 539/2006, (RJ\2006\1699)

2. Tribunal Constitucional:

Auto TC, 22/07/2016

3. Audiencia Nacional:

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 20/02/2015, núm. 144/2015, (JUR\2015\118875)

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), 10/06/2005, núm. 1231/2005, (JUR\2005\265164)

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 30/01/2004, núm. 591/2004, (JUR\2004\144911)

4. Audiencias Provinciales:

SAP Madrid (Sección 25ª), 20/06/2016, núm. 231/2016, (JUR\2016\183478)

SAP Barcelona (Sección 4ª), 10/06/2016, núm. 348/2016, (JUR\2016\210804)

SAP Madrid (Sección 20ª), 18/11/2015, núm. 418/2015 (JUR\2015\307057)

SAP Madrid (Sección 20ª), 14/10/2015, núm. 362/2015, (JUR\2015\275995)

SAP Madrid (Sección 11ª), 07/05/2015, núm. 135/2015, (AC\2015\784)

SAP Barcelona (Sección 14ª), 16/10/2014, núm. 330/2014, (AC\2014\1993)

SAP de Madrid (Sección 14º), 13/10/2014, núm. 12121/2014, (AC\2014\1712)

SAP Madrid (Sección 21ª), 10/06/2014, núm. 302/2014, (JUR\2014\244141)

SAP Islas Baleares (Sección 3ª), 11/07/2013, núm. 284/2013, (JUR\2013\267388)

SAP Murcia (Sección 4ª), 12/01/2012, núm. 21/2012, (JUR\2012\53877)

SAP Cantabria (Sección 2ª), 10/04/2008, núm. 206/2008, (JUR\2008\296348)

SAP Huesca (Sección 1ª) 27/04/2007, núm. 111/2007, (JUR\2007\261955)

5. Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 25/02/2015, núm. 94/2015, (JUR\2015\84495)

STSJ Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 30/09/2014, núm. 4606/2014, (JUR\2014\271015)

STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, (Sala de lo Social, Sección 1ª), 18/10/2013, núm. 662/2013, (JUR\2014\117807)

6. Juzgados de Primera Instancia:

SJPI de Madrid, 19/11/2013, núm. 132/2013, (AC\2013\2288).

OTROS RECURSOS:

<https://www.avite.org/>

[BOE 21/05/1985](#)

BOCG Congreso de los Diputados, 28/09/2016, Serie D, núm. 23, pág. 147.

BOCG Congreso de los Diputados, 14/09/2016, Serie D, núm. 13, pág. 27.

Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, 16/09/2015 núm. 70.

<http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=106353>.

<http://www.parliament.uk/business/news/2010/01/statement-government-money-for-thalidomide-survivors/>

<http://www.diageo.com/en-row/NewsMedia/Pages/resource.aspx?resourceid=2998>

<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf