



Ignacio Martínez García, Abogado · N.I.F. 27475800-T · Col. I.C.A. Murcia nº 2.458

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SOLEDAD VALLES RODRÍGUEZ, procuradora de AVITE, ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, según poder que adjunto (**doc. 1**, incluyendo el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita), comparezco asistida del letrado IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (col. 2458 ICAmur), y DIGO:

Que ex artículo 2.1º b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de octubre, formalizo **DEMANDA DE AMPARO CONSTITUCIONAL** contra: la sentencia de 20 de octubre de 2015 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictada en los autos de casación e infracción procesal 3140/2014 (**doc. 2**); el auto de 4 de diciembre de 2015 que resuelve no aclarar, rectificar ni completar dicha sentencia (**doc. 3**); la providencia de 17 de febrero de 2016, notificada a mi parte el 22 de febrero de 2016 (**doc. 4**), por la que se inadmite a trámite recurso extraordinario de nulidad de actuaciones contra la sentencia; y la SAP Madrid, Sección 14ª, rollo 85/2014, de 13 de octubre de 2014 (**doc. 5**).

Las tres resoluciones han sido dictadas en el seno de popularmente conocido como **CASO DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA**.

Y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 49.1 de la L.O.T.C.:

- Expondré primero los antecedentes.
- Luego haré breve cita del cumplimiento de los requisitos ex art. 44 LOTC de esta demanda.
- A continuación justificaré la especial trascendencia constitucional del recurso.
- Pasaré a exponer los hechos y los preceptos constitucionales que esta parte estima vulnerados.
- Finalmente fijaré con precisión el amparo que solicito a la Sala.

ANTECEDENTES

PRIMERO: En el procedimiento ordinario 217/2012 seguido ante el JPI 90Madrid se dictó sentencia de fecha 19-11-2013 (**doc. 6**) con el siguiente fallo:

Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACION DE VICTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, representada por la Procuradora Sra. Vallés Rodríguez,

contra GRÜNENTHAL PHARMA S.A, representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado, DEBO DECLARAR Y DECLARO como afectados por la talidomida a los socios de AVITE de los incluidos en el listado contenido en auto de 6 de noviembre de 2012 que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la presentación de la correspondiente resolución administrativa, excepto las personas que estén recibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y DEBO CONDENAR Y CONDENO 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 haya sido reconocido por la Administración española, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda con el incremento previsto legalmente a partir de esta resolución.

SEGUNDO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, con oposición de esta parte (**doc. 7**), resuelto por la SAP Madrid, Sección 14ª, rollo 85/2014, de 13 de octubre de 2014 (**doc. 5**), con el siguiente fallo:

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por GRÜNENTHAL PHARMA, S.A., que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 217/2012, debemos REVOCAR la referida resolución en el sentido de DESESTIMAR la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, contra GRÜNENTHAL PHARMA, S.A., absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la demanda. Sin hacer declaración sobre costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada.

TERCERO: Tras interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por Avite (**doc. 8**), al que se adhirió el Ministerio Fiscal, esa sentencia fue confirmada por la del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (autos 3140/2014) de 20/10/15 (**doc. 2**, en adelante, STS) con el siguiente fallo:

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

CUARTO: Esta parte presentó escrito (**doc. 9**) solicitando aclaración, rectificación y complemento de la STS, que fue resuelto mediante ATS de cuatro de diciembre de 2015 (**doc. 3**) en el que la Sala acordó:

NO HABER LUGAR A LA ACLARACIÓN, RECTIFICACIÓN NI AL COMPLEMENTO DE LA SENTENCIA nº 544/2015, dictada por esta Sala el 20 de octubre de 2015, en los términos solicitados por la representación procesal de AVITE, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España.

QUINTO: Tras esto Avite instó incidente excepcional de nulidad de actuaciones (**doc. 10**) contra la STS, pretensión resuelta por providencia de 17 de febrero notificada a mi parte el 22 de febrero (**doc. 4**) que acordaba la inadmisión a trámite del incidente ex art. 228.1.3 LEC.

Son objeto de esta demanda de amparo estas cuatro resoluciones judiciales (**docs. 2, 3 4 y 5**) porque infringen los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la igualdad en aplicación de la ley previstos en los arts. 24 y 14 CE, y por ello causan indefensión a mi parte, con especial trascendencia constitucional según se va a justificar.

REQUISITOS DEL ART. 44 LOTC

PRIMERO: Como exige el art. 44.1.a se han agotado todos los medios de impugnación posibles en la vía judicial, pues tras la STS primero se solicitó aclaración, rectificación y complemento de la misma, que no fue estimada. Tras esto se instó incidente excepcional de nulidad de actuaciones que ha sido inadmitido a trámite. No cabe pues apurar más la vía judicial.

SEGUNDO: El incidente de nulidad de actuaciones instado lo ha sido conforme a la actual doctrina de esta Sala –por todas, STC 216/2013, de 19 diciembre-, según la cual este resultará preceptivo para recurrir en amparo una sentencia por vulneración de un derecho fundamental, cuando la vulneración se produzca ex novo en la sentencia firme que ponga fin al procedimiento. En este caso varias infracciones que se denuncian se han cometido efectivamente por primera vez en la STS, por lo que para agotar la vía judicial según dicha doctrina debían ser denunciadas previamente en incidente de nulidad de actuaciones.

TERCERO: La violaciones de derechos fundamentales denunciadas son imputables de modo inmediato y directo al órgano judicial, según será detallado (44.1b LOTC).

CUARTO: Como será precisado en cada uno de los motivos, las vulneraciones cometidas de los derechos fundamentales fueron denunciadas a lo largo del procedimiento tan pronto como una vez conocidas hubo lugar para ello (44.1 c LOTC).

QUINTO: Se interpone demanda en el plazo de 30 días hábiles desde la notificación el 22 de febrero de 2013 (**doc. 4**) de la providencia que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, última de las resoluciones atacadas.

ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

Ex art. 49.1 LOTC voy a justificar los motivos de la especial trascendencia constitucional del recurso según doctrina de esta Sala que interpreta las exigencias del art. 50.1 b) LOTC –por todas, STC 155/2009, de 25-VI, del Pleno, y STC, Sala Segunda, 140/2013, de 8 de julio de 2013-.

PRIMERO: Es innegable que estamos ante *una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social* y que tiene unas consecuencias económicas para un gran número de afectados. Es oportuno hacer cita de la trascendencia histórica, social y mediática del caso. La tragedia de la talidomida ha tenido notable importancia en el mundo entero no solo por el gran impacto social, sino por ser el punto de inflexión tras el cual se empezó a regular el medicamento.

A partir de los tristes hechos que nos traen, esto es, la ingesta por miles de embarazadas de una píldora prescrita para paliar las náuseas de la gestación que produjo la muerte o el nacimiento sin brazos ni piernas de sus bebés, las farmacias y las droguerías separaron sus caminos.

Por ser hechos notorios difundidos una y otra vez no es intención del firmante cansar a la Sala con una exposición más detallada, lo que por otra parte es redundante pues se desprende del contenido de los autos. Sí parece conveniente citar sintéticamente ciertas particularidades del caso en España, que como luego será desarrollado tienen gran relevancia jurídica para lo que se pretende:

-Para oprobio nacional, España ha sido el país más castigado por la tragedia. Esta afirmación consta para empezar probada en autos en boca de la parte contraria, y en todo caso otra cosa no cabe deducir del hecho de que una vez que a partir de noviembre de 1961 la talidomida fuera retirada del mercado en toda Europa por saber los estragos que causaba, matando fetos y produciendo terribles taras en los bebés que llegaban a nacer, la farmacéutica alemana Grünenthal decidiera seguir vendiéndola solo en un país: el nuestro. Estos hechos están probados en firme... ya “solo” se discute la prescripción de la acción.

-Estos actos criminales de los entonces responsables de la farmacéutica encontraron un hábitat ideal en un Estado dictatorial que silenció todo: para empezar las autoridades negaron incluso la existencia de afectados, con lo que se produjo un cóctel perfecto de maldad. No ha sido posible una revisión y búsqueda de la verdad del caso hasta ahora en España: sirva como ejemplo que acaba de celebrarse un congreso en la Organización Médica Colegial sobre este asunto al que luego me referiré, y mientras se escribe esta demanda se acaba de emitir, con fecha 17-3-16, el documental en TV2 *TALIDOMIDA, CASO PENDIENTE*. No es sino el último de una larga lista.

-A pesar de la esforzada lucha de los afectados, la respuesta de los poderes del Estado se ha limitado hasta ahora a la promulgación del RD 1006/2010, protagonista de esta demanda, con la que el ejecutivo por primera vez reconoció a un escaso número de víctimas y les concedió una pequeña ayuda solidaria. En cuanto al poder judicial, la SJPI estimó su acción (doc. 6), luego revocada por la AP de Madrid (doc. 5) y el TS (doc. 2).

-El casi nulo reconocimiento de víctimas y contraprestaciones citado contrasta sobremedida con el tratamiento recibido en otros países de nuestro entorno. Es de interés para este recurso el reconocimiento de indemnizaciones y pensiones a los afectados alemanes con dinero de Grünenthal, y sobre todo su espectacular incremento a partir de un informe de fechas recientes que reporta la evolución imprevista a peor de los daños físicos, así como el descubrimiento de nuevas secuelas (vid docs. 6, 7 y 8).

SEGUNDO: Notable es igualmente el impacto del caso en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico. Así, como establecía la exposición de motivos de la primera Ley del Medicamento de 1990 ya derogada (Ley 25/1990, de 20 de diciembre), podría hablarse de tres generaciones de la regularización del medicamento: una primera hasta los años sesenta que exige seguridad, pero no reclama demostración de eficacia.

Después de 1962, la catástrofe de la talidomida introduce un cambio fundamental y permite hablar de una segunda generación de leyes que además de seguridad exigen eficacia demostrada con ensayos clínicos controlados. Hoy en día podemos decir con plena seguridad que nos encontramos en la tercera generación, ya que la preocupación se ha desplazado desde los requisitos que ha de cumplir el producto hasta las condiciones para su uso racional.

Sobre iniciativas parlamentarias también me referiré luego al final de la demanda.

La resolución del caso judicial en Alemania (*Sentencia Contergan*) también se constituyó en antecedente obligado para la jurisprudencia en casos contra la salud pública: vid Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 en el caso de la colza.

Y por último, son incontables los trabajos doctrinales –alguno de los cuales de entre los más recientes será citado al final de esta demanda- a los que ha dado lugar el caso que nos ocupa.

TERCERO: Si todo justiciable tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la aplicación no discriminatoria de la ley, desde luego no ha de ser menos en el caso de los talidomínicos españoles, sino todo lo contrario.

El dolor de mis representados ha sido el precio de la seguridad actual del uso de medicamentos en España según reconoció nuestro legislador, y esta deuda moral tiene la sociedad con ellos. Su proceso judicial no puede cerrarse en falso y remarcar aún más el triste hecho diferencial de ser español.

Es pues necesario que esta Sala resuelva con todo rigor, para lo que inexcusablemente deberá entrar al fondo, las vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian producidas en el proceso judicial que da por prescrita la acción.

CUARTO: Por otro lado *no hay doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la faceta de los derechos fundamentales susceptible de amparo* que se alega infringidos -supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo-. Naturalmente que no le es ajeno a esta Sala el estudio del instituto de la prescripción de las acciones, y en concreto si la determinación del dies a quo de los tribunales ordinarios vulneraron derechos constitucionales del justiciable (SSTC 220/93 y 89/1999 entre muchas), pero nunca se ha juzgado en España un particularísimo supuesto en el que, si bien los daños se

produjeron hace mucho tiempo –más de 50 años-, la reclamación no se puede dar por prescrita por dos motivos fundamentales: No ha sido posible establecer el elemento del nexo causal hasta fechas recientes; y además el daño, nuevo para la ciencia médica, se ha constatado ahora que evoluciona de manera imprevista (SJPI y voto particular STS dixit). Ningún ser humano afectado por talidomida había envejecido hasta la fecha, y al estudiar este envejecimiento los científicos han llegado a conclusiones imposibles de prever antes. Por ello esos más de 50 años transcurridos contrastan con lo reciente de los estudios que constatan la dimensión del daño: Así, el Informe Heidelberg de 2013 recoge la evolución en algunos casos sorprendente de los males, detecta daños tardíos y propone continuar el estudio científico del síndrome. En la misma línea se publicó tan solo hace dos años un estudio de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (Ginebra, 2014, Thalidomide Embriopathy, Report of a meeting of experts); y además de las conclusiones del congreso de la OMC españolas –vid infra- que muestra su asombro porque jurídicamente se den por permanentes unos daños de progresión incierta, a ello se le acaba de sumar otro, el Informe Colonia, que continúa la labor, y que es tan reciente que su traducción se encuentra en marcha y en breve será colgada en la web de Avite. Adelanto una parte del índice tan sugerente para lo que se debate como: *Patrón de lesiones orgánicas: Lesiones originales. Comparación de los datos con otras encuestas sobre lesiones derivadas del Contergan. Lesiones emergentes. Enfermedades acompañantes*

Todos ellos son estudios del más alto nivel científico, elaborados allende nuestras fronteras, y que vienen a constatar que no conocemos aún la dimensión del daño.

QUINTO: Como se verá, a este supuesto de hecho sin precedentes en nuestro derecho la SAP y la STS le han dado un tratamiento como si de las lesiones de un accidente de tráfico se tratase, lo que es inaceptable. Estamos ante una *realidad social nueva* que exige la interpretación del Tribunal Constitucional: a lo imprevisible y evolutivo del daño; a lo complejo de establecer la etiología (siempre de manera indirecta); al seno de la España franquista en la que se gestó ese daño... se le suma el elemento del agravio comparativo que se ha producido para los españoles el que los afectados alemanes hayan visto sus indemnizaciones multiplicadas recientemente a expensas de Grünenthal como respuesta a esos estudios médicos que se sorprenden del descubrimiento de nuevas secuelas, mientras el TS no considera esos mismos estudios como merecedores de efecto interruptivo de la prescripción en España. En el contexto de la Unión Europea esta discriminación es inadmisibles, y sobre ella se ha de pronunciar la Sala.

SEXTO: De especial trascendencia constitucional es determinar si vulnera los arts. 24 y 14 CE una resolución judicial que estima prescrita una acción sin determinar el dies a quo, todo ello infringiendo la ley y la doctrina de la Sala 1ª TS. Muchas son las sentencias de amparo que se pronuncian sobre la prescripción, pero que esta parte conozca, ninguna juzga específicamente algo tan importante: si en una acción aquiliana se constata por el poder judicial la concurrencia de sus elementos constitutivos de daño, culpa y nexo causal –esto ya no es objeto de debate aquí-, pero se desestima por considerarla prescrita, es claro que habrá de hacerse estableciendo previamente desde cuándo empezó el plazo de un año para reclamar de las víctimas, so pena de causarles indefensión, sobre todo cuando el dies a quo de la sentencia de segunda instancia que confirma la STS se acredita que es manifiestamente erróneo.

Por extensión lo anterior cabe a aplicarlo al resto de doctrinas del Tribunal Supremo, incluida la que considera infringido el voto particular de su magistrado Sr. Arroyo Fiestas, de las que sin motivo alguno la sentencia se aparta, lo cual será más adelante justificado.

SÉPTIMO: Por último me refiero a la especial trascendencia constitucional que tiene el que uno de los motivos de la demanda esté referido a si una disposición de carácter general es o no legal, y qué orden jurisdiccional tiene competencia para determinarlo. En efecto, causa fundamental para que se revocase la sentencia de instancia en apelación fue que la Audiencia Provincial de Madrid desestimó como dies a quo las resoluciones del IMSERSO ex RD 1006/2010 porque acordó que esta disposición general contravenía la ley que lo desarrollaba (sic), lo que fue denunciado ante el Tribunal Supremo por mi parte –sin éxito- entre otras cosas porque declarar la ilegalidad de un real decreto corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Se mantiene que la STS crea indefensión en mi parte, vulnerando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24 CE por este motivo, que por referirse a una disposición de carácter general tiene especial trascendencia constitucional.

HECHOS Y

DERECHOS FUNDAMENTALES VULENARADOS

Expuesto lo anterior paso a detallar los motivos de esta demanda. De los mismos entiendo que se desprende que el caso de la talidomida por alguna razón debía ser

desestimado sí o sí. Así, partiendo de la sentencia de instancia, que admitía las tesis de esta parte de manera totalmente fundada en derecho, la de segunda instancia –y luego la STS- la revocó estimando como única excepción la prescripción con varios argumentos. Respecto del daño no apreció que fueran continuados, a pesar de no tenerse cabal conocimiento de la enfermedad y de la exhaustiva prueba que se había hecho basada en el Informe Heidelberg, que en 2013 reportó la evolución imprevista del síndrome, y a pesar de que este informe sí fuese causa de que los afectados alemanes vieran sus indemnizaciones y pensiones multiplicadas por siete recientemente.

Además la SAP Madrid resolvió que como *último dies a quo* había que estar, no al RD 1006/2010 –que como se ha adelantado impropiaemente declaraba ilegal-, sino a la fecha de los informes del Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC-Instituto Carlos III), que fijó en 2008, **por lo que por unos meses la acción se habría ejercitado tarde. Lo sorprendente es que demostrado en tiempo y forma que datar esos informes en 2008 en lugar de 2010 se correspondió con un error patente**, el Tribunal Supremo ha desoído estos alegatos.

Como podrá comprobar la Sala la acción no está prescrita porque el daño es continuado y no se tiene cabal conocimiento del mismo; porque no se disponía de un elemento necesario para ejercitar la acción antes del RD 1006/2010, según reconoce **el voto particular de la STS** que en este punto considera expresamente que se vulnera el art. 14 CE por no aplicar la unívoca doctrina de la Sala 1ª TS (por todas, STS de 11 de febrero de 2011, rec. 1418/2007); etc...

Pero si la sentencia de apelación resolvió estimar como *dies a quo* unos informes fechados por error en 2008, y se ha denunciado y demostrado ese error en tiempo y forma, entre otros con múltiples SSTSJ firmes, resulta sorprendente, a la par que absurdo, que se mantenga la prescripción.

La indefensión que genera el no determinar *dies a quo* se corresponde con una consecuencia necesaria de lo anterior: La STS *no podía* establecerlo en fecha anterior a esos informes del CIAC porque en este punto la sentencia de apelación no fue recurrida por Grünenthal; pero tampoco *podía* resolver, como la SAP Madrid, que era cuando los informes del CIAC, porque era evidente que estaban mal fechados.

Solución: no estableció *dies a quo*, lo que ha provocado indefensión.

Las víctimas a las que represento saben que este cierre en falso no puede ser el del caso de la talidomida en España.

PRIMERO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR ESTIMAR PRESCRIPCIÓN SIN DETERMINAR DIES A QUO.-

Planteamiento del motivo: La STS es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al no establecer el dies a quo del inicio del plazo de un año de ejercicio de la acción que declara prescrita.

Es elemental que para resolver que una acción está prescrita se ha de fijar antes el dies a quo, pues de lo contrario no se puede saber desde cuándo empieza a contar el plazo, y el no respetar esto supone la vulneración esencial del derecho de defensa de las víctimas.

Desarrollo del motivo: La STS (doc. 2) desestima los recursos de Avite y avala la sentencia de apelación, pero evita establecer con una mínima claridad cuál es el dies a quo: se limita a rechazar las resoluciones del IMSERSO ex RD 1006/2010 como interruptivas de prescripción; y se limita a declarar que en todo caso la acción estaba prescrita al publicarse esa norma, pero tal cosa no es suficiente para respetar el derecho de mi parte a la tutela judicial efectiva.

Se trata de una vulneración ex novo de esta sentencia, y que por lo tanto no pudo ser denunciada antes. Por ello primero se solicitó aclaración de la sentencia en este punto (doc. 9, alegación primera) que fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre pasado (doc. 3) porque *...no existe ningún concepto oscuro que deba ser aclarado pues no corresponde a esta Sala, por vía de esta solicitud de aclaración, explicar nuevamente todas las argumentaciones jurídicas por las que se desestimaron los recursos:* Es decir, la Sala siguió sin concretar el dies a quo.

Luego se instó nulidad de la STS (doc. 10, motivo primero), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3) que en este punto decía:

1. Esta Sala en el recurso de casación solo está obligada a motivar en Derecho las razones de la desestimación (en este caso) de los motivos planteados, y así se ha hecho respecto a la única cuestión suscitada (desde distintas perspectivas) en todos los motivos: la inexistencia de prescripción porque el inicio de su cómputo debía hacerse tras las

resoluciones del INSERSO por las que se reconocieron a los afectados las ayudas previstas en el RD 1006/2010.

Esta manera de resolver causa indefensión y nos sitúa en una especie de ordalía medieval:

-Avite defendió ab initio las resoluciones del IMSERSO ex RD 1006/2010 como dies quo. Para que se produjera una de esas resoluciones estimatorias debía constar, como algo accesorio, un informe del CIAC favorable previo.

-La SJPI así lo admitió y estimó la acción, pero la SAP Madrid la revocó, porque estableció que se había de estar no a la fecha de las resoluciones del IMSERSO, sino a la de los informes del CIAC, que dató erróneamente en 2008 (f 80, doc. 5).

-Avite recurrió ante el TS manteniendo que se había de estar a la fecha del RD (entre otros, motivo quinto recurso de casación, doc. 8), pero también denunciando que aunque se esté a la fecha de los informes del CIAC, por haber sido fechados con patente error en 2008 en lugar de 2010, tampoco habría prescripción (motivo segundo infracción procesal, doc. 8).

-Y a esto lo que contesta la STS –dando por bueno el peregrino argumento de Grünenthal- es que como la cuestión que se planteó iba referida al RD 1006/2010, no entraba a resolver nada más...

... Es decir, que el TS no es que motivadamente resuelva que no existe error en la fecha de los informes del CIAC, sino que como Avite no alegó de inicio estos informes como dies a quo, la Sala no puede entrar a corregir ese error, lo que constituye una manera de juzgar arbitraria y absurda que genera indefensión.

Genera indefensión porque cuando Avite demanda no puede prever que la AP Madrid va a cometer un error al datar los informes del CIAC, lo que por tanto solo puede denunciar una vez que ha ocurrido. Genera indefensión porque lo que es a lo más es a lo menos: si se defiende como dies a quo las resoluciones del IMSERSO ex RD 1006/2010, conlleva que aquellos informes del CIAC, que eran una parte de esos expedientes, también son dies a quo, y no cabe justificar prescripción cuando se datan con error. Todo ello sin perjuicio de la doctrina luego citada según la cual el dies a quo no lo marca un informe del expediente administrativo, sino la resolución del mismo.

Ante lo evidente de lo que se expone la STS no pudo sino *soslayar* este absurdo no fijando dies a quo: Obviamente no podía ya establecer expresamente los informes del CIAC ante el patente error, creando además la situación de que en el ordenamiento jurídico coexistan SSTSJ firmes –vid infra- que los datan en 2010 cuando la sentencia del Pleno de la Sala que resuelve el famoso caso de la talidomida en España lo hace sobre la base de que son de 2008!

En concreto la STS, de las fechas posibles no aclara si el comienzo del plazo de un año se produjo desde el nacimiento de los afectados; desde su mayoría de edad; desde el reconocimiento de su minusvalía; o desde los informes del CIAC. Esta indefinición no solo la aprecia esta parte, sino que se deriva de las alegaciones del contrario cuando defiende la validez simultánea de estos dies a quo citados. Pero en nuestro derecho no caben varios dies a quo simultáneamente, porque los arts. 1968.2º y 1969 CC y la doctrina de la Sala de lo civil del TS luego citada exigen uno concreto; y porque la apreciación restrictiva de la prescripción invalidará necesariamente a los más lejanos en el tiempo.

Esta indefinición, esta falta de concreción de una fecha a partir de la cual ha de comenzar el plazo de un año, vulnera el art. 218.1 y 2 LEC 1/2000 como norma esencial del procedimiento. El 218.1, porque todo el objeto del recurso se centra precisamente en fijar el dies a quo, lo que exige que con claridad se haga, con objeto de resolver el único punto litigioso. Es indudable que cuando lo que se discute es la prescripción de la acción, establecer el dies a quo es necesario para respetar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva. De otro modo, cómo se puede decir que la acción está prescrita sin incurrir en arbitrariedad y causar indefensión? **Es la propia STS la que dice que la controversia se contrae a determinar el dies a quo.** También infringe el art. 218.2 LEC 1/2000, que exige que la sentencia exprese el razonamiento fáctico en el que se basa, en este caso, cuál es el acto, hecho o acontecimiento que marca el inicio del plazo para demandar.

Lo anterior a su vez infringe las normas esenciales del procedimiento y causa indefensión, con infracción del art. 24.1 CE según se ha dicho, y por añadidura el 24.2 CE, pues no es compatible con un proceso con todas las garantías.

La indefensión del justiciable es la consecuencia de las sentencias que incurren en incongruencia omisiva cuando queda imprejuizada la cuestión principal objeto del

litigio, como es lógico que ocurra en una que resuelve exclusivamente la prescripción y no fija con claridad el dies a quo.

Por todos, cito Tribunal Supremo Sala 1ª, A 18-2-2015, rec. 1499/2010, Pte: Orduña Moreno, Francisco Javier, e ídem Tribunal Supremo Sala 1ª, A 11-11-2014, rec. 1471/2012, Pte: Salas Carceller, Antonio, como doctrina de esta Sala que anula sus propias sentencias –incluso del pleno– por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al dejar imprejuzgada la cuestión principal del pleito (incongruencia omisiva).

Y es que efectivamente la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia (entre otras, SSTC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 2, (EDJ 2003/136204) 210/2003, de 1 de diciembre, FJ 5, (EDJ 2003/172098) 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4, (EDJ 2003/172090) y 223/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 (EDJ 2003/172085)) lleva a la conclusión de que adquieren relevancia a efectos de integrar la incongruencia aquellas omisiones que dejan imprejuzgada la cuestión principal objeto del litigio, en detrimento de aquellas otras que se refieren, según el sentido de la resolución, a alegaciones no sustanciales que pueden entenderse respondidas implícitamente en la resolución.

SEGUNDO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY POR NO ESTABLECERSE DIES A QUO.-

Planteamiento del motivo: Igualmente por la misma razón la sentencia es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE, en tanto los tribunales siempre –como es doctrina de la Sala 1ª TS– establecen el dies a quo cuando aprecian prescripción, tal cual exigen los art. 1968.1º y 1969 CC. Además concretan uno solo, aun cuando para llegar al fallo sopesen varios.

Desarrollo del motivo: Cualquier sentencia de nuestro acervo jurídico respalda lo anterior, pero con objeto de ser precisos, paso a citar varias de la Sala 1ª TS cuando juzga casos de ejercicio de acción aquiliana:

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 340/2010 de 24 May. 2010, Rec. 644/2006. Juzga daños por accidente de trabajo, y concreta que se ha de estar como dies a quo al momento de establecerse de manera firme la incapacidad laboral:

...En el recurso, la situación definitiva del trabajador no quedó fijada hasta el ATS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, en la que se declaró al recurrente en situación de invalidez permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente de trabajo. Por tanto, el primer dato temporal de relevancia para resolver el recurso queda fijado en el día 17 de diciembre de 2002, momento a partir del cual el recurrente, ya fijadas definitivamente las consecuencias del accidente, podía ejercitar las acciones civiles.

Ídem, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 116/2015 de 3 Mar. 2015, Rec. 518/2013, y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 639/2000 de 24 Jun. 2000, Rec. 2465/1995:

De conformidad con los precedentes criterios, debe tomarse en consideración al respecto que el interesado fue declarado afecto de «invalidez permanente en el grado de incapacitación permanente total» derivado de accidente de trabajo, el día 2 Abr. 1991, lo que conduciría, de no haber interferido otros hechos, que el plazo simple de prescripción se demorase, sin más, hasta el día 2 Abr. 1992.

Por último, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 15 Abr. 2015, Rec. 373/2014:

...el inicio del cómputo debe realizarse desde que el menor terminó la rehabilitación el 26 de marzo de 2010, fecha en que se encontraban estabilizadas las lesiones y determinación de las permanentes a indemnizar...

Igualmente, como se ha dicho, en caso de valorarse varias fechas posibles, la Sala acaba concretando una:

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 308/2010 de 25 May. 2010, Rec. 2036/2005; y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 45/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 343/2009:

La sentencia valora dos fechas: una, la de 17 de junio de 1999 en que se produce la situación de incapacidad permanente; otra, la de 28 de marzo de 2000 en que terminó el expediente del INSS con la declaración de incapacidad permanente y total. Sin embargo, atiende a aquélla y no a esta fecha para declarar prescrita la acción. Este planteamiento no puede ser acogido. Es doctrina reiterada esta sala que, cuando, como aquí sucede, se

ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, el día inicial del computo coincide con la terminación del expediente, pues sólo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido (SSTS 24 y 25-5-2010; 20 de septiembre 2011), lo que le permitirá detallar en su demanda el definitivo quebranto sufrido (STS 7 de octubre de 2009).

Se trata como se ha dicho de una vulneración ex novo de la STS, y que por lo tanto no pudo ser denunciada antes. Por ello primero se solicitó aclaración de la sentencia en este punto (doc. 9, alegación primera) que como se ha expuesto antes fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre pasado (doc. 2) porque *no existe ningún concepto oscuro que deba ser aclarado pues no corresponde a esta Sala, por vía de esta solicitud de aclaración, explicar nuevamente todas las argumentaciones jurídicas por las que se desestimaron los recursos: Es decir, la Sala siguió sin concretar el dies a quo.*

Luego se instó la nulidad de la STS (doc. 10, motivo segundo), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3) que en este punto decía:

2. El principio de igualdad ante la ley no obliga a seguir unas pautas preestablecidas de motivación según la materia jurídica, pues la respuesta de esta Sala viene determinada por los términos en que se plantea el recurso de casación.

Acerca de este modo de resolver me remito a lo dicho al anterior motivo, pues le es plenamente aplicable, en este caso porque además de causar indefensión se está

discriminando a las víctimas españolas al no aplicar en plano de igualdad la ley.

Dado que no existe ninguna razón por la cual las víctimas de la talidomida no sean tratados en plano de igualdad respecto de todos las víctimas de otro daño extracontractual, a quienes cuando se les ha dado por prescrita su acción lo ha sido previamente a establecerse, de manera motivada y lógica, el dies a quo de su acción, se infringen aquí no solo de igualdad en aplicación de la ley (art. 14), sino de tutela judicial efectiva (art. 24, STC 61/2006).

TERCERO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR NO CORREGIR LA STS UN ERROR PATENTE.-

Planteamiento del motivo: La sentencia es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al no corregir el error objetivo de la de apelación de fechar los informes del CIAC en 2008 en lugar de 2010, con la consecuencia de dar por prescrito lo que no lo está.

Esa indefensión también se deriva de haber sido dictada la sentencia inaudita parte, porque en ningún punto se analizó el error de la de apelación sobre las fechas de los informes del CIAC.

El error en las fechas se produjo en la sentencia de apelación y fue denunciado en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal (doc. 8). La STS igualmente mantuvo la infracción –y ahí produjo ex novo la vulneración constitucional-, y por ello primero se solicitó aclaración de la sentencia en este punto (doc. 9, alegación tercera) que como se ha expuesto antes fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre pasado (doc. 2).

Luego se instó la nulidad de la STS (doc. 10, motivo tercero), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3) que en este punto decía:

3. Las alegaciones de los motivos tercero y cuarto de nulidad no son más que la expresión de la disconformidad de la asociación solicitante con la respuesta que recibió en el auto de 4 de diciembre de 2015; en la sentencia de esta Sala no hay omisiones ni errores que vulneren el derecho de tutela efectiva, sino que se ha rechazado la tesis de la asociación recurrente sobre el desconocimiento del alcance de los daños y de su etiología y la imposibilidad de ejercicio del acción hasta el año 2010.

Respecto de lo resuelto en esta providencia vuelvo a remitirme a lo antes dicho: no entrar a corregir ese error en la fechas, que determina el sentido del fallo, con la excusa de que la tesis de Avite era la imposibilidad de ejercicio del acción hasta el año 2010 no causa sino indefensión, pues se trata de un error judicial que se impugna cuando se produce, sin que pueda hacerse antes; y además se trata de un error patente, probado, incontrovertido, que determina el alcance del daño.

Desarrollo del motivo:

Lo cierto es que la sentencia de apelación fijó un dies a quo muy concreto, cual es la fecha de los informes del CIAC –vid infra-; también lo es que dichos informes se fecharon erróneamente hasta 2008 y no 2010; que tal cosa fue oportunamente denunciada por esta parte; y que la subsanación del error comporta que la acción esté ejercitada en plazo:

i) La causa última –a efectos de los arts. 1968.2º y 1969 CC- para estimar la apelación fue fechar los informes del CIAC en 2008, lo que se desprende de la literalidad del texto de la sentencia de la SAP (doc. 5): *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... De todas las pruebas examinadas, y en la tesis más beneficiosa para los perjudicados, no podemos sino llegar a la conclusión de entender que los socios de AVITE beneficiados con la sentencia de instancia (e incluso todos ellos) al menos desde el año 2008 (documento 57 de la contestación y dictamen del Consejo de Estado) tenían a su disposición o podrían haberlo tenido tanto los elementos fácticos (las secuelas) como jurídicos (que las mismas derivaban, con un diagnóstico seguro o probable, del fármaco) para ejercitar las acciones contra la titular de la patente.*

Por si cupiese duda de cuál es el dies a quo para la Audiencia Provincial, continua su sentencia: *En primer lugar, no podemos estar a esta fecha (30-12-2010) para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, pues como ya hemos apuntado el diagnóstico seguro o al menos probable, pudieron haberlo solicitado al CIAC (Organismo Dependiente del Instituto de Salud Carlos III) mucho antes de que se dictara el Real Decreto 1006/2010.*

Y tan claro es lo anterior que la SAP hace las cuentas para, partiendo de ese dies a quo fechado en 2008, erróneamente, dar por prescrita la acción: *En consecuencia, tanto cuando el Presidente de AVITE solicita tener reuniones con los responsables de Grünenthal (diciembre de 2010), como a la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación (junio 2011) la acción se encontraba prescrita, por haber transcurrido en exceso el plazo de un año de conformidad al artículo 1968.2 Código Civil.*

ii) El error de fechar en 2008 los informes del CIAC en lugar de 2010 ha quedado constatado y probado en el recurso al TS de esta parte. Más aún, se trata de un punto incontrovertido para la parte contraria al impugnar el recurso, y llega a reconocer expresamente en la pág. 59 de su contestación:

En realidad, lo que subyace al énfasis que hace la actora respecto a la necesidad de atender a las resoluciones del IMSERSO del año 2010 y no a los diagnósticos del CIAC de los años 2006, 2008 o 2010 es que tal y como puso de manifiesto esta parte

Concretamente en el motivo segundo del recurso por infracción procesal (doc. 9) esta parte decía:

... la sentencia de apelación tiene por prescrita la acción partiendo del hecho de que los reconocimientos diagnósticos del CIAC –CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE ANOMALÍAS CONGÉNITAS- a los socios de Avite se llevaron a cabo en el período 2006-2008, lo que deduce de un “anexo” del propio del CIAC de 2007 y del dictamen del Consejo de Estado sobre el RD 1006/2010 de julio de 2010, todo ello con patente error, como se va a demostrar.

En el F.J. XV, f. 8o, la sentencia dice: *...los socios de AVITE afectados con malformaciones congénitas pudieron haber acudido al CIAC (Centro de Investigación de Anomalías Congénitas perteneciente al Instituto de Salud Carlos III) para “establecer el diagnóstico seguro, si fuera posible, o el más probable, y sus posibles causas, sean por la Talidomida, o por cualquier otro problema genético” ...De todas las pruebas examinadas, y en la tesis más beneficiosa para los perjudicados, no podemos sino llegar a la conclusión de entender que los socios de AVITE beneficiados con la sentencia de instancia (e incluso todos ellos) al menos desde el año 2008 (documento 57 de la contestación y dictamen del Consejo de Estado) tenían a su disposición o podrían haberlo tenido tanto los elementos fácticos (las secuelas) como jurídicos (que las mismas derivaban, con un diagnóstico seguro o probable, del fármaco) para ejercitar las acciones contra la titular de la patente. En consecuencia, tanto cuando el Presidente de AVITE solicita tener reuniones con los responsables de Grünenthal (diciembre de 2010), como a la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación (junio 2011) la acción se encontraba prescrita, por haber transcurrido en exceso el plazo de un año de conformidad al artículo 1968.2 Código Civil.*

Tener por probado, con el texto literal de los documentos públicos que obran en autos que los diagnósticos del CIAC se limitaron a los años 2006-2008 se corresponde con un error manifiesto.

En el doc. 57 de la contestación a la demanda, un “anexo” del CIAC de 2007, no se hace mención a un procedimiento diagnóstico limitado en el tiempo al periodo 2006-2008, sino al *procedimiento que se está siguiendo de evaluación*, sin ningún plazo:

C. PROCEDIMIENTO QUE SE ESTÁ SIGUIENDO EN EL CIAC PARA LA EVALUACIÓN DE LAS PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE AVTE Y NOS HAN ENVIADO LA INFORMACIÓN

En cuanto al doc. 58 de la contestación, el dictamen del Consejo de Estado sobre el RD 1006/2010 de 22/7/2010 (ref. 1159/2010), tampoco establece nada parecido. Lo que hace es referirse a *...dos citas del Informe final de la evaluación diagnóstica de socios de la Asociación de Víctimas de Talidomida en España y otras inhabilidades, realizado por el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud "Carlos III" durante los años 2006-2008.*

Es decir, que la Sala de lo particular ha hecho lo general; del caso de dos afectados ha resuelto que la fecha fue igual para todos, lo que es erróneo, arbitrario e ilógico.

En cuanto al RD 1006/2010 establece,

Artículo 5 Solicitud y plazo de presentación

Las solicitudes se formularán por las personas interesadas o, en su caso, sus representantes legales, desde el día de la entrada en vigor de este real decreto hasta el día 30 de septiembre de 2010...

Artículo 6. Documentación.

Las solicitudes se acompañarán de los siguientes documentos, originales o en copia autenticada:

...

g) Informe de diagnóstico emitido por el Instituto de Salud Carlos III, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación, acreditativo del requisito establecido en el artículo 2.1 de este real decreto.

Claramente la norma citada en ningún momento limitaba el plazo del diagnóstico de Instituto de Salud Carlos III (CIAC) a los años 2006-2008. Lo que establecía era la posibilidad de aportación del diagnóstico del Instituto Carlos III hasta el 30 de septiembre de 2010, por lo que lo lógico es deducir que al menos hasta esa fecha eran posibles esos diagnósticos, como de hecho así ocurrió y se va a hacer patente, debiendo la Sala valorar que precisamente por lo laborioso de los diagnósticos, que a veces eran varios y contradictorios para un mismo caso (vid infra) necesitaban tiempo material para llevarse a cabo, por lo que aun en el caso de que todos los afectados hubieran presentado su solicitud en 2006-2008 no hubieran estado para esos años.

Tardar años en hacer estos diagnósticos no es solo cosa del CIAC; también de la parte contraria a través de su fundación. A este respecto véase el doc. 22 de la demanda –f. 31-, donde se incluyen correos de un socio de Avite a la ConterganStiftung denunciando que se le informó de un plazo de seis meses para examinar su caso y ya habían pasado más de dos años. Abunda en lo anterior el doc. 42 de la contestación a la dda., pág. 2, donde la propia Conterganstiftung avisa al peticionario de lo laborioso del reconocimiento y de la necesidad de tiempo -para muchos españoles, varios años...-.

Con los documentos con los que ha contado la Sala lo único que se puede tener por probado es que desde 2006 el CIAC estaba llevando a cabo un laborioso trabajo diagnóstico, y que hasta 2010 esos diagnósticos pudieron ser presentados en las solicitudes al IMSERSO.

En definitiva no es cierto –ni cabe deducirlo de las pruebas con las que ha contado la Sala- que los diagnósticos del CIAC –o más concretamente todos- se hicieran en esa fecha. Sirvan como ejemplo las siguientes SSTSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, todas firmes, que resuelven recursos planteados por quienes vieron rechazada su solicitud de ayuda solidaria ex RD 1006/2010: **en todos estos casos los diagnósticos del CIAC son de 2010 según consta en las citadas sentencias:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1561/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1562/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección

6ª, Sentencia de 20 Dic. 2013, rec. 1113/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1442/201.

De entre ellas, especial mención merece la sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1561/2011, más abajo citada, en la que se hace referencia a dos informes contradictorios del CIAC, ambos de 2010, para el mismo afectado.

Por último hay que referirse a otro punto ilógico o patentemente erróneo de la sentencia, cuando dice -f. 82-: *En todo caso, a la entrada en vigor tanto de la Ley 26/2009 como el RD 1006/2010, por las razones examinadas con anterioridad, la prescripción ya se había producido*, y ello en la medida en que si aunque sea por error la Sala a quo contempla como *dies a quo* para el ejercicio de la acción hasta 2008, la citada ley de 2009 –menos de un año completo después- sí habría interrumpido la prescripción.

Estamos, pues, ante un *error patente* -STS de 12 de diciembre de 2012 (RCIP 1336/2010)- que vulnera los derechos fundamentales antes citados de mi parte, y en este sentido la jurisprudencia ha venido indicando que procede la revisión probatoria cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SS. 8 y 10 noviembre 1.994 , 18 diciembre 2.001 , 8 febrero 2.002)

iii) Esta parte denunció en tiempo y forma el error, lo que resulta del motivo segundo del recurso por infracción procesal admitido a trámite por ATS de 4-3-15.

iv) Que lo denunciado es decisivo para el pleito se deriva de que según el cálculo que hace la sentencia de apelación transcurre menos de un año desde que se dispone de los informes del CIAC como elemento para ejercitar la acción, hasta que se interrumpe la prescripción con la solicitud de negociaciones y acto de conciliación:

Finalmente, la sentencia identifica varios momentos temporales desde que se produjo el nacimiento de los afectados por la talidomida a partir de los cuales pudieron estos ejercitar la acción, el último de ellos cuando el CIAC hace las evaluaciones previas al RD, siendo así que todos ellos han transcurrido”, y “... En la tesis más favorable, en el año 2008 ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos ... Por tanto, la acción se encontraba ya prescrita cuando el presidente de AVITE solicitó a la demandada tener

reuniones (diciembre de 2010) y también al tiempo en que se presentó la papeleta de conciliación (junio 2011).

Este razonamiento decae pues no se corresponde con lo cierto y probado, según se ha justificado.

Como se ha dicho se solicitó complemento de la sentencia en este punto que fue denegado por la Sala mediante auto de 4 de diciembre, que aduce no haber sido oportunamente combatido por haber centrado esta parte su esfuerzo argumentativo en el año 2010 en el que se dicta el RD 1006/2010. Sin embargo el hecho de que Avite haya defendido en todas las instancias que no hay dies a quo anterior al RD 1006/2010, en nada quita que pueda defender también que si se parte como fecha de inicio del cómputo de un año, por ser un pronunciamiento de la sentencia de apelación como se ha dicho no discutido por el contrario, que hay que estar a los informes del CIAC y estos están erróneamente fechados, pueda denunciar ese error y valerse de su consecuencia. Otra cosa sería arbitrario y además ilógico, entre otras cosas porque no se sabe entonces qué sentido tendría la admisión a trámite del motivo segundo por infracción procesal, todo lo cual comportaría indefensión, proscrita en el art. 24.1 CE.

EDJ 2014/195298 STC Sala 2ª de 22 octubre 2014

*...En concreto, entre otras muchas, en las SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4 EDJ 2005/171577 , y 118/2006, de 24 de abril, FJ 3 EDJ 2006/58621 , declaramos que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo **cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano,** siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico ratio decidendi de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error. Por consiguiente, además de apreciar la existencia del error hemos de constatar que se produce la concurrencia de los presupuestos reseñados para que el error del órgano judicial adquiera relevancia constitucional...*

CUARTO: VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 24.1 Y 14 CE POR INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE QUE UN MISMO HECHO NO PUEDE EXISTIR Y DEJAR DE EXISTIR PARA DISTINTOS ÓRGANOS DEL ESTADO.-

Planteamiento del motivo: Igualmente por la misma razón la sentencia es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE dado que el Estado ya ha establecido que los informes del CIAC son de 2010, en concreto a través del poder judicial en múltiples sentencias firmes de lo contencioso administrativo anteriores, y no corregir el error vulnera la doctrina de esta Sala y de la Sala 1ª TS según la cual es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para distintos órganos del Estado.

Se trata de una vulneración que se produjo en la sentencia de apelación y que fue denunciada en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal (doc. 8). La STS igualmente mantuvo la infracción, y por ello se instó su nulidad en este punto (doc. 10, motivo cuarto), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3). Me remito a lo dicho sobre esta providencia en el motivo anterior pues el párrafo antes citado de la misma se refería a ambos.

Desarrollo del motivo: Como no corrigiese el error de fechas se inaplica, en perjuicio de mi parte, la citada doctrina: por todas, Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 3-10-1983, nº 77/1983, BOE 266/1983, de 7 de noviembre de 1983, rec. 368/1982:

*...a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que **no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir para los órganos del Estado**"....».*

Ídem, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 Ene. 2012, rec. 156/2009.

Y ello porque **es del todo punto imposible la coexistencia en nuestro acervo jurisprudencial de:**

-La STS 20/10/15, que confirma la SAP Madrid de 13/10/14 que estima prescripción precisamente por fechar los informes del CIAC en 2008.

-Con múltiples SSTSJ firmes que datan esos mismos informes en 2010, y en concreto, al menos: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1561/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1562/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 20 Dic. 2013, rec. 1113/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1442/201.

Se convierte por otro lado este motivo en un asunto **de imperiosa corrección por parte de la Sala**, si se me permite la expresión, por una cuestión de higiene y estética jurídica: ¿Cómo se le va a decir al mundo en una STS que la acción de la talidomida en España está prescrita por unos meses porque los informes del CIAC son de 2008, cuando son muchas las sentencias firmes anteriores de TTSSJ que fechan esos informes en 2010?

QUINTO: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E IGUALDAD EN APLICACIÓN DE LA LEY POR APARTARSE LA STS DE LO QUE ERA FIRME POR NO HABER SIDO RECURRIDO POR LAS PARTES.-

Planteamiento del motivo: La STS es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al apartarse de lo resuelto en la SAP Madrid **en lo que no fue objeto de recurso**.

También vulnera ese mismo derecho del 24.1CE y el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE por inaplicación de los principios *tantum devolutum quantum appellatum* y prohibición de *reformatio in peius*, y la doctrina de esta Sala que los desarrolla, según la cual es la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes (STC Sala 2ª de 20 diciembre 2004) .

Tal cosa sucede cuando la STS no respeta el dies a quo que la de apelación fijó en los informes del CIAC, sin que ese pronunciamiento fuese recurrido por la parte contraria.

De nuevo esta vulneración se produjo por primera vez en la STS, y por ello se denunció al instar su nulidad (motivo quinto, doc. 10), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3), que en este punto prácticamente no dice nada: ...4. *La falta de claridad de las alegaciones efectuadas en el motivo quinto de nulidad impiden dar una respuesta coherente, por lo que baste precisar que esta Sala ha resuelto sobre lo le ha sido planteado.*

Desarrollo del motivo: La sentencia de apelación estimó en última instancia la prescripción porque los informes del CIAC se obtuvieron en 2008, y cuando se interrumpió la prescripción con las negociaciones pedidas en diciembre 2010, y se interpuso acto de conciliación en junio de 2011, ya estaba prescrita la acción. Esa fue la causa: fijar el dies a quo en los informes del CIAC en 2008. Partiendo de eso, **Grünenthal no recurrió ese pronunciamiento**, mientras que Avite no solo mantuvo en sus recursos ante el Alto Tribunal que el dies a quo debía ser la fecha del RD 1006/2010 –más exactamente las resoluciones del IMSERSO que en él traían causa-, sino que además denunció el error de que los informes del CIAC se fecharan en 2008, pues en realidad se extendieron a 2010 tal como además no discute el contrario y consta en muchas sentencias firmes de otros tribunales (vid supra).

La STS se aparta de un pronunciamiento de la SAP, que como no recurriese Grünenthal, no puede ser revisado por el TS sin incurrir en infracción del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, de prohibición de *reformatio in peius*, así como de nuevo en incongruencia contraria al art. 218 LEC 1/2000, que conlleva indefensión con infracción del art. 24.1 CE, así como del art. 14 por desigualdad en aplicación de la ley.

Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 13-2-2006, nº 40/2006, BOE 64/2006, de 16 de marzo de 2006, rec. 4854/2003:

...Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina de este Tribunal respecto a la congruencia que, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879), han de guardar las resoluciones judiciales, para lo cual nos bastará con reproducir lo dicho en la STC 264/2005, de 24 de octubre EDJ 2005/171611 : "La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte

de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestas en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 EDJ 2000/11397 ; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3 EDJ 2003/30601 ; ó 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3 EDJ 2004/152362 ; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio EDJ 2004/92361 , que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3) EDJ 1982/20 , hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita* , *citra petita* o *extra petita partium*. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE.

...TERCERO.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto sometido a nuestra consideración conduce derechamente a la estimación de la demanda de amparo. En efecto, la lectura de la demanda y de la contestación a la demanda revela que **en ningún momento se puso en cuestión la calificación de fundación benéfica** que había sido otorgada por la Generalidad de Cataluña a la entidad demandante (sin que a ese cuestionamiento pueda equivaler el rechazo íntegro de la demanda en la contestación a ésta), y que el debate procesal se centró en si el art. 58 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones EDL 1994/18383...

Igualmente es doctrina de la Sala 1ª del TS que se han de declarar nulas sus propias sentencias por vulnerar el art. 24 CE cuando incurren en incongruencia, lo que sucede no solo cuando se da más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto a lo pedido (*extra petitum*), sino también cuando como en este caso se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), y prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta. Por todos, Tribunal Supremo Sala 1ª, A 3-7-2013, rec. 1806/2008, Pte: Orduña Moreno, Francisco Javier.

i) Me remito a lo antes expuesto para justificar que la sentencia de apelación aprecia prescripción estableciendo erróneamente en 2008 el dies a quo por los informes del CIAC.

ii) Grünenthal no recurrió ese pronunciamiento de la sentencia, por lo que constituiría una *reformatio in peius* respecto de mi parte como recurrente, así como una infracción del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, fallar sobre un dies a quo anterior a los informes del CIAC.

iii) Lo cierto es que Avite efectivamente ha defendido el dies a quo del RD 1006/2010; que la sentencia de apelación barajó diversas fechas siendo la más próxima la de los informes del CIAC, y a ella hay que estar por el texto de la sentencia, por no haber sido combatido por el contrario, y por la doctrina conteste de la Sala 1ª TS según la cual la prescripción es de interpretación cautelosa e incluso fuertemente restrictiva (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8985)).

iv) Además es doctrina de la Sala 1ª TS que no caben diversos dies a quo, y de entre las fechas que se baraja se ha de optar por una: ya citadas, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 308/2010 de 25 May. 2010, Rec. 2036/2005; y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 45/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 343/2009.

v) Y como complemento, es también doctrina (por todas, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 Jun. 2003, rec. 2970/1997) que *la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino --como atinadamente señala la sentencia recurrida-- en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción.*

SÉPTIMO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR AVALAR LA STS QUE EL RD 1006/2010 CONTRAVIENE LA LEY QUE DESARROLLA.-

Planteamiento del motivo: La sentencia incurre en causa de nulidad y crea indefensión a mi parte, vulnerando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24 CE, al no corregir --con las oportunas consecuencias-- el pronunciamiento de la SAP Madrid de que el RD 1006/2010 contraviene a la ley que desarrolla. La sentencia de apelación no solo dice tal

cosa, que es contraria a derecho, sino que además juzga partiendo de esa ilegalidad del RD, todo lo cual ha condicionado el fallo al rechazarlo como dies a quo, por ser elemento jurídico clave para establecer el nexo causal, tal cual ha defendido esta parte, la sentencia del JPI y el voto particular de la STS.

Esta vulneración se produjo por primera vez en la sentencia de apelación, y por ello fue denunciada en los recursos de mi parte ante el TS, y en concreto como primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y como primer motivo del recurso de casación (doc. 8).

Además se solicitó corrección de la STS en este punto (doc. 9, alegación segunda) que fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre (doc. 2).

Tras esto se denunció al instar la nulidad de la STS (doc. 10, motivo décimo), siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 3), que en este punto dice:

5. *Esta Sala no ha avalado ningún exceso de jurisdicción de la sentencia de segunda instancia, en cuya ratio decidendi no está la legalidad o no del RD 1006/2010, lo que no se corresponde con la verdad, como se va a exponer.*

Desarrollo del recurso: La STS 20/10/15 dice que *La sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 ni invade atribuciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la que se reserva el control de su legalidad.* Sin embargo la sentencia de apelación sí cuestionó la legalidad del real decreto, al decir textualmente: *... el Real Decreto contraviene la Ley que desarrolla.*

La STS es nula por este pronunciamiento, en cuanto causa indefensión y vulnera el art. 24.1 y 2 y 14 CE, ya que la sentencia de apelación contravino el art. 9.4 LOPJ 6/85 y 1.1 de la Ley 29/98 porque **la legalidad de un real decreto no es revisable en la jurisdicción civil**; y con posterioridad la STS avaló este pronunciamiento contrario a derecho además de ilógico -art. 218.2 LEC-, pues es contrario a la lógica decir que la sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 cuando esta dice textualmente que contraviene la Ley que lo desarrolla.

El asunto no es meramente formal. Como fue desarrollado en el motivo primero del recurso por infracción procesal y primero de casación, y contrariamente a lo resuelto

en la providencia doc. 4, es ratio decidendi de la sentencia de apelación el diferir un real decreto, que considera contrario a la ley, en favor de los informes del CIAC como dies a quo, lo cual es trascendental en el pleito.

El real decreto es legal, y en caso de no serlo su ilegalidad habría de ser declarada por la jurisdicción contencioso administrativa, que es lo que marca nuestro ordenamiento jurídico –otra cosa contraviene el art. 24.2 CE por no respetar el procedimiento las oportunas garantías-.

Precisamente se citaron en el recurso por infracción procesal múltiples sentencias firmes de lo contencioso advo. que aplicaban el RD 1006/2010, y en ninguna se cuestionó su legalidad:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 21 Jun. 2013, rec. 909/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 28 May. 2014, rec. 27/2014; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 8 Nov. 2013, rec. 1434/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 27 May. 2013, rec. 625/2013; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1562/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 20 Dic. 2013, rec. 1113/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 14 Mar. 2014, rec. 1440/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 25 Nov. 2013, rec. 1439/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1442/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 21 Jun. 2013, rec. 925/2013; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1441/2011, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 27 Nov. 2013, rec. 1415/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 26 Sep. 2013, rec. 1438/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 26 Sep. 2013, rec. 1437/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 18 Dic. 2013, rec. 1436/2011.

Especial mención merece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1561/2011, estimatoria y firme:

...La legislación aplicable es el R.D. 1006/2010 de 5 de Agosto (LA LEY 16631/2010) que regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965 y que se publicó, según establece su Preámbulo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y en aplicación de la previsión contenida en la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (LA LEY 23354/2009) en relación a quienes durante el período 1960-1965 sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación como consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante para responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario de las personas en línea con la actuación de la mayoría de países de nuestro entorno, donde se han establecido esquemas solidarios de ayuda a las personas afectadas y con cargo a una concreta partida presupuestaria habilitada a tal fin regulada en el artículo 4 de la propia Ley....

... En suma, teniendo en cuenta que el actor presentaba una afectación bilateral del fémur que es una malformación característica de la ingestión de talidomida y que sí puede considerarse acreditado que la madre del actor consumió tal sustancia durante el embarazo... debe entenderse cumplido el requisito que exige el artículo 2.1, es por lo que procede estimar la demanda.

Y especial mención merece porque en ella la *ratio decidendi* del tribunal del orden contencioso administrativo se basa precisamente en la aplicación del artículo que para la Sala hace que el RD 1006/2010 sea *contra legem*.

Lo clave aquí es que como ha mantenido esta parte, y justifica el voto particular discordante de la STS, el RD 1006/2010 es el primer instrumento en España que establece la etiología del daño de los afectados, y por lo tanto dies a quo como se ha expuesto: ninguna de las resoluciones de minusvalía o incapacidad anteriores por daños connatales relacionaba las lesiones con la talidomida. Y a este respecto cabe recordar que el real decreto tiene por objeto expresamente el reconocimiento oficial – el primero- de los afectados en nuestro país -nótese que en el párrafo de la introducción del mismo la palabra reconocimiento no va referida a *ayudas*, sino a *personas afectadas*:-

Se pretende responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario a las personas afectadas por la sustancia activa «talidomida» a lo largo del periodo señalado, según las diferentes situaciones personales que concurren en cada una de ellas, y entronca con la línea seguida por la mayoría de países de nuestro entorno, donde se han establecido esquemas solidarios de ayuda a las personas afectadas.

La infracción ha supuesto la estimación del recurso de apelación y la íntegra desestimación de la demanda, en la medida en que es uno de los argumentos clave para la SAP para rechazar el RD 1006/2010 como *dies a quo* de la reclamación. No en balde la infracción se comete en el F.J. XV, *Determinación del momento en el que los afectados por la talidomida dispusieron de los elementos fácticos y jurídicos para ejercitar las acciones.*

Me remito también al F.J. XIII, f. 73 de la SAP, que como *antecedente fáctico* que ha de tenerse en cuenta para determinar el cómputo del plazo, establece:

... 13.- Para el desarrollo de la disposición adicional 57ª de la Ley 29/2009 se dicta el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965 (BOE 6 Agosto 2010)...

Es obvio que si el real decreto contraviene la ley que lo habilita no es de aplicación, o al menos no para los efectos que se pretenden no solo de fijar el *dies a quo*, sino el de ser elemento esencial de la demanda, el de ser el primer y único reconocimiento oficial de la etiología de un daño tan difícil de establecer.

Para la Sala de hecho este real decreto *contra legem* queda relegado en favor de los diagnósticos del CIAC, con el resultado de dar por prescrita la acción –con patente error, vid supra- por unos meses.

OCTAVO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL ART. 14 CE POR NO APLICACIÓN INJUSTIFICADA DE LA DOCTRINA QUE MOTIVA EL VOTO PARTICULAR DE LA STS Y OTRAS DE LA SALA 1ª TS.-

Planteamiento del motivo: La sentencia es nula porque vulnera el derecho del art. 14 CE por desigualdad en la aplicación de la ley, que se concreta en la inaplicación de diversas doctrinas de la Sala 1ª TS, sin que exista motivo para ello. Por derivación esta lesión supone una infracción de la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 27-2-2006, nº 61/2006, BOE 77/2006, de 31 de marzo de 2006, rec. 4429/2003:

En este sentido hemos afirmado que ha de tenerse por arbitrario el resultado que supone que una persona, sobre idénticos asuntos litigiosos, obtenga inmotivadamente respuestas distintas del mismo órgano judicial, y que este resultado arbitrario supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No se trata en tales supuestos, como acontece en el que nos ocupa, de corregir algún tipo de error patente o de aplicar el canon de la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad de las resoluciones judiciales, ya que el Auto contra el que se dirige en este caso el recurso de amparo es una resolución razonada, motivada y debidamente fundada. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva aquí en cuestión se refiere al resultado finalmente producido pues, sean cuales fueren las razones orgánicas y funcionales que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Así, hemos declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE EDL 1978/3879) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 . El presente caso es uno de ellos y, al no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado a través de la vía de amparo para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que los recurrentes tengan que soportar una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque ello sea fruto de la inadvertencia por el órgano judicial de que la solución ofrecida era distinta respecto de la solución dada anteriormente a casos idénticos o esencialmente similares (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FF JJ 3 y 4 EDJ 2001/15490; 162/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 EDJ 2001/15504; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 EDJ 2001/53288; 74/2002, de 8 de abril, FJ 4 EDJ 2002/8112; 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 4 EDJ 2002/50346; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 5 EDJ 2003/3863; 13/2004, de 9 de febrero, FJ 4 EDJ 2004/2491; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7 EDJ 2004/30445; 9/2005, de 17 de enero, FJ 5 EDJ 2005/3240; 24/2005, de 14 de febrero, FJ 6 EDJ 2005/4711).

Desarrollo del motivo:

i) Me refiero en primer lugar a la no aplicación de la doctrina según la cual en una acción de reclamación de daños **el dies a quo se ha establecer en el momento en el que se produce la resolución firme que valora una incapacidad, o en este caso se establece la etiología de la misma**, por ser un elemento necesario para el ejercicio de la acción a efectos del art. 1968.2º y 1969 CC. Esta infracción **se corresponde con el voto particular de la STS** que se basa, por todas, en la STS de 11 de febrero de 2011, rec. 1418/2007. Me remito y adhiero al razonamiento de dicho voto particular, resaltando cuando dice que *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.*

En sentido opuesto la STS dice *Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.*

Tal pronunciamiento vulnera esta doctrina, porque precisamente según la misma el dies a quo queda en manos de terceros, por ejemplo del INSS o los tribunales de lo social cuando reconocen un grado de discapacidad laboral. Y también porque es cierto que esos expedientes se instan por el interesado –ni siquiera siempre- aunque en ellos deciden poderes públicos... como lo es que igualmente fueron los socios de Avite los que instaron esa petición de reconocimiento establecida en ese RD 1006/2010 en cuanto tuvieron posibilidad, así como que esta norma fue instada precisamente por la demandante Avite al Gobierno como primer instrumento en nuestro ordenamiento jurídico para reconocer la existencia de afectados en España.

No es entonces óbice para no aplicar esa doctrina el que el dies a quo quede en manos de terceros –públicos-. Es importante recordar que ciertamente los afectados tuvieron en fecha muy anterior al RD 1006/2010 reconocimientos de minusvalía e incapacidad laboral, pero **en ninguno de ellos, nunca, se estableció la etiología del daño**, lo que

afecta al imprescindible elemento jurídico del nexo causal en una acción aquiliana: solo a partir del RD 1006/2010 esas minusvalías e incapacidades laborales se relacionan con la ingesta de talidomida.

Además la STS avala la SAP en el sentido de hacer prevalecer los informes del CIAC respecto del RD 1006/2010 (resoluciones del IMSERSO en su aplicación) como *dies a quo*. Me remito aquí a lo dicho en mi recurso, en especial motivo tercero de casación, además de lo cual hay que decir que esto vulnera una doctrina muy clara de esta Sala que se deriva de la aplicación de la antes citada: **se ha de estar como *dies a quo* a la fecha de terminación del expediente administrativo o judicial que establece la incapacidad, y no a la de dictámenes o resoluciones no firmes sobre la misma**, por muy oficiales que sean: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 45/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 343/2009; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 308/2010 de 25 May. 2010, Rec. 2036/2005. En este caso los informes del CIAC formaron parte de un expediente administrativo que no concluyó hasta una resolución firme (administrativa del IMSERSO, o judicial con STSJ), fecha a la que hay que estar, y que en el caso de las víctimas no se pudo producir sino a partir de 2010.

La vulneración se produjo en la SAP Madrid, y por ello fue denunciada en el recurso de casación (doc. 8, motivos 1,2, 3 y 5), y luego en el de nulidad (doc. 10, motivo octavo), en el que el TS resuelve en providencia de inadmisión (doc. 4) con un argumento rebatido según lo anterior:

6. El derecho de tutela efectiva no comprende el derecho a una resolución favorable a las pretensiones de la parte (SSTC 118/2006, de 24 abril y 74/2007, de 16 de abril; SSTS 27 de junio de 2007, rec. 3196/2000 y 3 de noviembre de 2009, rec. 1459/2005), y el principio de igualdad ante la ley exige como presupuesto esencial que las situaciones sean iguales, en el sentido de equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio) de modo que el término de comparación no sea arbitrario o caprichoso de (STC 148/1986, de 25 de noviembre); así pues, el motivo octavo de nulidad no es más que expresión de la disconformidad de la asociación recurrente con el criterio de la sentencia recurrida y el intento de que prevalezca el criterio manifestado en el voto particular, lo que no puede ser objeto de un incidente de nulidad (ATS de 25 de marzo de 2015, revisión de sentencia firme nº 36/2012).

Es claro que según todo lo dicho que aquí las situaciones son iguales, en el sentido de equiparables, y el no reconocerlo así es arbitrario y caprichoso, sobre todo recordando que estamos ante el debate de estimar o no la prescripción, instituto que por ser

contrario a la idea de justicia es de apreciación fuertemente restrictiva y siempre ante la duda de interpretación a favor del actor (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 Jun. 2003, rec. 2970/1997).

Causa indefensión sin duda que el TS aplique como doctrina consolidada a cualquier justiciable que no se produce *dies a quo* para reclamar un daño, por ejemplo, hasta que por sus consecuencias la víctima obtenga en firme la incapacidad laboral –no el informe del EVI!-, que es un reconocimiento de un tercero público, ajeno a la relación jurídica que surge entre responsable y sujeto dañado, y en el caso de los afectados de la talidomida no se aplique esa doctrina desde que por una resolución se les reconozca como talidomídicos oficialmente por el Estado.

Sobre este punto se pronuncia el trabajo al que luego aludiré del autor Javier Avilés García, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. (doc. 11):

“Veamos para terminar el alcance del voto particular...A pesar de la desaprobación hecha por la SAP Madrid, recogida por la STS, merece reconsiderar la virtualidad jurídica que puede tener la Ley 26/2009 y RD 1006/2010, por cuanto que pensamos que no se han sopesado equilibradamente todas las circunstancias en este supuesto. Y parece circunstancia capital sin duda la recogida en el voto particular, donde se parte de que al reconocer como *dies a quo* el momento de reconocimiento administrativo de la incapacidad del afectado (consolidación de las lesiones), se matiza que es preciso determinar en qué grado tal incapacidad está «relacionada con la talidomida». Esta relación causal se propicia por vez primera en España dentro de esta normativa destinada a unas ayudas económicas individuales, y donde lo más novedosos es que tal reconocimiento administrativo preceptivo de incapacidad se vincula obligatoriamente a un informe diagnóstico sobre la causa probable del daño del fármaco (Voto particular STS 20 octubre 2015, apartados 4 y 9 [RJ 2015, 4226]).

Pues bien, parece bien fundada la *analogía de resultado* establecida entre la obtención de un informe de diagnóstico preceptivo que acredita la probable causación del daño por la ingesta del fármaco (pronóstico razonable), por un lado, y los efectos reconocidos habitualmente en el orden social respecto a la «definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado», tal y como la jurisprudencia reitera en este punto (SSTS 11 febrero 2011 [RJ 2011, 2230], 24 mayo 2010 [RJ 2010, 3714], 25 mayo 2010 [RJ 2010, 5156], 7 octubre 2009 [RJ 2009, 5504]). Ciertamente parece obvia e incuestionable la finalidad social y solidaria de la Ley 26/2009 y RD 1006/2010 que conceden las ayudas, pero aquí lo relevante es el hecho de que transcurridos tantos años desde la tragedia, sea la primera norma «que relaciona en España la ingesta de

talidomida con los procedimientos de incapacidad a seguir», fijándose con precisión en un reglamento de carácter ejecutivo un plazo de presentación, así como las normas sobre la instrucción y las reglas sobre la valoración de la discapacidad que se derive (artículos 5 a 8 del RD 1006/2010) (Voto particular STS 20 octubre 2015, apartado 10 [RJ 2015, 4226]).

Más singularmente lo que nos parece que resulta necesario poner de relieve en la interpretación jurídica, al margen del carácter ejecutivo del RD 1006/2010, es que se vincula la concesión individualizada de una ayuda económica, no a la Asociación AVITE ni siquiera a una colectividad de afectados, sino a la emisión de un *informe de diagnóstico* emitido por el Instituto de Salud Carlos III (artículo 6, g) RD 1006/2010). Pero es que además el grado de discapacidad derivado de este, de modo similar a lo que ocurre en una reclamación judicial, se supedita procedimentalmente por ley a la resolución final que emita el IMSERSO en vía administrativa, y a la que se le otorga carácter preceptivo y vinculante (artículos 8 y 9 RD 1009/2010).

Entendemos en suma, que dadas las condiciones tan complejas que concita este supuesto, la argumentación final de que «hasta que no haya un *pronunciamiento administrativo firme* sobre la incapacidad o invalidez no se inicia el cómputo de la acción» (Voto particular STS 20 octubre 2015, apartado 7 [RJ 2015, 4226]), no siendo aceptable para la generalidad de los supuestos, entendemos sin embargo que si encaja en este caso, máxime si tenemos en cuenta que transcurridos tantos años de tanta inmovilidad social e institucional por parte AAPP, en los que, como se debe tener en cuenta ya se plantearon por algunos afectados procedimientos de incapacidad circunscritos a la constatación administrativa de lesiones y secuelas, pero nunca se abordó directamente la cuestión esencial, eso es, «la relación de causa a efecto con la talidomida», lo cual se hace con la aprobación de la Ley 26/2009 y RD 1006/2010 de una forma minuciosa y detallada (Voto particular STS 20 octubre 2015, apartado 10 [RJ 2015, 4226]).

No nos parece que pueda desvirtuarse nada por el hecho de constatar, respecto a la causalidad, que la Ley General Presupuestaria de 2010 (Ley 26/2009) precisa un conocimiento de quiénes son «los que sufrieron malformaciones durante el proceso de gestación *como consecuencia de la ingestión de la talidomida por la madre*», y que sin embargo el RD 1006/2010 requiere solamente la acreditación de que del «origen» de tales malformaciones «*no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de la talidomida en España por la madre gestante*» (artículo 2.1 RD 1006/2010). Al

margen de que tal y como apunta la jurisprudencia es suficiente un pronóstico razonable o probable (vid. por todas STS 29 enero 2014 [RJ 2014, 796], valga en apoyo de lo afirmado que respecto al RD 1006/2010 su fuerza de obligar proviene de la Ley 26/2009. La habilitación del RD se sustenta en el principio de jerarquía normativa, por lo que de esta manera pueden desvanecerse los quebraderos acerca de las disparidades en cuanto a una pretendida controversia entre la Ley 26/2009 y el Reglamento 1009/2010 en esta relevante cuestión de la causalidad.

En efecto, el reglamento de ejecución RD 1006/2010 especifica de una forma determinada el ámbito y alcance de la causalidad («cuyo origen no pueda descartarse que sea la talidomida»), pero vemos que esto no afecta ni limita la finalidad social o solidaria atribuida certeramente por el mismo Reglamento. Pero, además, parece asimismo suficiente que la obtención de un dictamen de diagnóstico no desfavorable para el afectado sirva para la determinación definitiva día inicial del cómputo del plazo en cuanto es suficiente probar la causalidad probable de daños y secuelas. Así, frente a la crítica que refuta el mismo contenido del RD 1006/2010 realizada por la SAP (FD 15º in fine, SAP Madrid, Sección 14ª, 13 octubre 2014 [AC\2014\1712]) por entender que «contraviene» la Ley 26/2009, puede recordarse lo que la mejor doctrina administrativista mantiene. En primer lugar afirma que a un reglamento ejecutivo como este, por un lado, le basta con incluir todo aquello que resulte indispensable para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la Ley 29/2009 que desarrolla, cosa que aquí se cumple perfectamente, máxime si entendemos que debiéramos guiarnos por el principio de protección básico al usuario (artículo 51.1 CE). Pero además, por otro lado, es aceptado que un reglamento de esta naturaleza no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar los fines solidarios o sociales, lo que también parece que realiza sin duda alguna, máxime si hacemos uso de una interpretación que debe favorecer a los perjudicados, como en reiteradas ocasiones recuerda la propia SAP Madrid. Téngase además en cuenta que el criterio del complemento indispensable sólo puede ser precisado en función de las circunstancias de cada caso concreto (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.- FERNÁNDEZ, T.- R., Curso de Derecho Administrativo, I, 13ª ed., 2006, pp. 182 y 275).

Pues bien, puede entenderse que reconocer que se da un mecanismo más flexible en el reglamento de ejecución RD 1006/2010 que en la Ley 26/2009, respecto a la causalidad del informe diagnóstico el origen de los daños causados por la talidomida, lo único que comporta es reconocer la existencia de «*normas precisas para asegurar la plena efectividad de la ley*», en razón de que se parte de que la única forma de establecer la causalidad con la talidomida era por la vía comparativa de obtener un

«diagnóstico diferencial con otros síndromes», partiendo de que la ciencia médica comparte que en la evaluación clínica de la ingesta causal de la talidomida «no existe una relación específica y única entre la exposición prenatal al fármaco y las malformaciones que produjo» (vid. Informe médico CIAC, cit. Dictamen del Consejo Estado, Expediente 1159/2010, Apartado VI, 22 julio 2010).

ii) No aplicación de la doctrina de la Sala 1ª TS según la cual no puede operar la prescripción **mientras no se tiene cabal conocimiento de la enfermedad**, tal como recogía la sentencia de primera instancia (doc. 6) *...sin un mínimo cabal conocimiento de la enfermedad no es posible apreciar la prescripción so pena de producir indefensión en las víctimas (art. 24.1 CE, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 15 Sep. 2001, rec. 1934/1996)...*, a las que se puede añadir: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 140/2007 de 13 Feb. 2007, Rec. 274/2000; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 899/2011 de 30 Nov. 2011, Rec. 1692/2010.

La infracción se produjo en la sentencia de apelación, y a pesar de que fue denunciada a lo largo de todo el recurso ante el TS, y concretamente en el motivo cuarto de casación, la STS en nada lo analiza, ya que solo se refiere a la misma al transcribir la sentencia de instancia, que precisamente por esto daba la acción por no prescrita: *Se rechaza la excepción de prescripción porque si bien el tiempo transcurrido desde que el daño se produce era muy notable (más de 50 años), debía tomarse en consideración que se trataba de daños continuados, por lo que el cómputo del plazo de prescripción no se iniciaba hasta que no resultara conocida la enfermedad y la relación causal entre esta y la ingesta del citado principio activo (pues hasta que no se tiene cabal y exacto conocimiento de la enfermedad y de sus graves efectos no puede reclamarse)...*

Esta incongruencia omisiva o forma de resolver inaudita parte (con infracción del art. 24.1 CE) motivó que tras la STS Avite solicitase complemento para que al menos la Sala se pronunciase expresamente sobre si se tiene –y en ese caso desde cuándo– conocimiento cabal de la enfermedad y los efectos jurídicos de ello (doc. 9, alegación séptima). Por ATS 4-12-15 (doc. 3) la Sala rechazó el complemento aduciendo que lo que se reclama son unas cantidades relacionadas con unos puntos de minusvalía por daños connatales. Este modo de resolver es contrario a derecho, a la doctrina citada, y vulnera por ello los arts. 24 y 14 CE, según se justifica en los siguientes motivos.

Posteriormente se instó por esta infracción incidente de nulidad (doc. 10, motivo octavo), inadmitido con el argumento dicho arriba, que no es conforme a derecho, pues ninguna explicación se ha dado de por qué no aplica aquí la doctrina cuando es incontrovertido que no se tiene cabal conocimiento de la enfermedad, sin que sea óbice para ello el que para cuantificar la reclamación se tenga en cuenta el grado de minusvalía de las víctimas según el petitum de la demanda, sino todo lo contrario, pues ese grado de minusvalía **es el actualizado y no el que recibieron como neonatos**, y recoge tanto las malformaciones connatales como los daños continuados que con posterioridad se han ido produciendo.

iii) En tercer lugar, por lo mismo es nula la sentencia en cuanto no aplica el principio general de que **justicia es tratar desigualmente los casos desiguales** –y en íntima conexión el de *actio nata*–, con infracción del art. 14 y 24.1 CE. Este principio se encuentra recogido en la doctrina de esta Sala, STC 84/1992, de 28 de mayo, porque el art. 14 de la Constitución no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato –sentencias 52/1987, de 7 de mayo, 136/1987, de 22 de julio, 48/1989, de 21 de febrero y 308/1994, de 21 de noviembre del Tribunal Constitucional–.

Esta infracción cometida por primera vez en la sentencia de apelación ya fue denunciada en el motivo segundo de casación (doc. 8), siendo que en la STS se dice que es **un principio ajeno al ordenamiento civil** (!). Tal cosa choca con la doctrina de la Sala 1ª TS que se citó, en concreto SSTs, Sala Primera, de lo Civil, S de 22 Dic. 2008; TS, Sala Primera, de lo Civil, S de 4 Nov. 1997; TS, Sala Primera, de lo Civil, S de 27 Feb. 1999 y TS, Sala Primera, de lo Civil, S de 25 Feb. 2004. Por ello se solicitó rectificación de la sentencia en este punto que fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre pasado.

El citado principio general no es ajeno pues al procedimiento civil, y la STS lo conculca. Su importancia en el recurso es capital, pues su vulneración se articuló como un motivo transversal: tanto la sentencia de apelación como la de casación han juzgado sin contemplar los elementos que hacen distinto el caso que nos trae y que fueron detallados en el motivo segundo de casación: **estamos ante un supuesto particularísimo de daños, en el que sigue sin conocerse el alcance del síndrome y en el que establecer el diagnóstico es una tarea compleja que se realiza por descarte, y que en España no se empezó a hacer hasta el RD 1006/2010**. Estamos ante un supuesto en

el que ha quedado demostrado que quien causó el daño contribuyó muy activamente a ocultarlo y a extenderlo en el tiempo y número de afectados –especialmente en España-; en el que los estragos que causó dejó a las víctimas en una situación de indefensión; y en el que las autoridades de nuestro país no se han dignado, a diferencia de lo ocurrido extramuros, a reconocer su mera existencia hasta 2010.

Con remisión al motivo segundo de casación, me centro aquí –en plena consonancia con lo defendido en su voto particular discordante por el magistrado del TS Sr. Arroyo Fiestas- en que se puede afirmar que hasta el RD 1006/2010 las víctimas no dispusieron de los elementos necesarios para ejercitar la acción con una mínima garantía, en tanto no es hasta las resoluciones del IMSERSO –en detrimento de los informes del CIAC, vid supra argumento incontestable que surge de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, rec. 1561/2011- cuando por primera vez se dispuso de una mínima prueba del nexo causal o etiología del daño, porque no es hasta ese instrumento normativo que se reconoce al primer afectado en España.

La STS dice: Y, aunque los hechos a que se refieren las sentencias que se citan en el recurso para justificarlo sean distintos a los que ahora se enjuician, ello no significa que la cuestión jurídica sometida a la consideración de esta Sala no sea la misma y que necesite un tratamiento desigual, ni justifica que la peculiaridad del caso permita evolucionar hacia una interpretación judicial contraria a la legalidad. Lo que se reclama nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición. Lo que se reclama es una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, evidentes desde el momento del nacimiento, y que la demandante atribuye a la ingesta de la talidomida durante la gestación. Nada más.

Pero al juzgar así causa indefensión a esta parte, pues se olvida de que con independencia de que los daños se manifestaran en el nacimiento o más tarde, son las citadas particularidades del caso, que han impedido establecer con una mínima garantía el nexo causal antes de 2010, lo que ha de suponer un tratamiento distinto. En definitiva la sentencia obvia, causando grave indefensión, que en el derecho de daños el dies a quo no solo lo marca el momento en el que se estabilizan las lesiones, sino en el que la víctima tiene los elementos necesarios para reclamar, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* citado por la propia Sala.

Esta infracción motivó que tras la STS Avite solicitase rectificación (doc. 9, alegación sexta) para que la Sala dijera que el principio general del derecho citado no es ajeno al orden civil. Por ATS 4-12-15 (doc. 3) la Sala rechazó la rectificación aduciendo que ...7. *Las alegaciones efectuadas en los motivos noveno y décimo de nulidad ponen de manifiesto, sin necesidad de otras consideraciones, que solo se pretende dar una relevancia constitucional a lo que no son más que cuestiones de legalidad ordinaria que han recibido respuesta.*

Posteriormente se instó por esta infracción incidente de nulidad (doc. 10, motivo octavo), inadmitido a trámite (doc. 4) con el argumento de que *no se trata de una omisión, sino de una desestimación*, lo que obviamente no se corresponde con la verdad.

iv) Y por último, se cita la doctrina de los daños continuados. Como esta infracción ya se produjo en la sentencia de apelación, me remito a lo expuesto en el motivo cuarto del recurso de casación (doc. 8), al que la STS no ha dado respuesta ajustada a derecho, lo que además enlazo con lo que argumento del motivo décimo.

Posteriormente se instó por esta infracción incidente de nulidad (doc. 10, motivo octavo), inadmitido con el argumento dicho arriba.

Efectivamente de la lectura de la STS no se desprende ningún tratamiento distinto del caso, como se ha dicho en varias ocasiones, como si de cualquier otro daño se tratase, por ejemplo como el generado en un accidente laboral o un accidente de tráfico. Nada más lejos de la realidad. Sirva de muestra a lo expuesto no ya lo que dice la OMS o las universidades alemanas, sino los médicos españoles hoy en día: En febrero de 2016 se ha celebrado en Madrid un congreso de máximo nivel en la Organización Médica Colegial (OMC) que ha dado lugar a un documento de consenso accesible en internet (basta poner en el buscador *OMC talidomida*).

Es de destacar que tras un riguroso análisis del problema, desde el punto de vista científico los médicos españoles llegan a ciertas conclusiones:

Los medicamentos y todas las demás intervenciones sanitarias se evalúan por su balance de beneficios, riesgos añadidos, inconvenientes y costes. La talidomida se ha constituido en el paradigma del balance más desfavorable, no sólo por la gravedad de los daños

*añadidos en relación con moderados beneficios en los pacientes, sino por la duplicación de los daños graves en la descendencia de las embarazadas, con un multifactorial y progresivo deterioro generalizado. **En consecuencia es inaceptable clínica, moral y socialmente que las consecuencias de la embriopatía talidomídica sean consideradas como un proceso estable.***

6. No existe razón ni sentencia alguna que haga olvidar los efectos de la talidomida a todos los que aún los continúan **padeciendo e incrementándose**, ni se puede admitir que la empresa farmacéutica responsable trate de forma distinta a los afectados españoles...

NOVENO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR RAZONAMIENTO CONTRARIO A LA LÓGICA Y A LA RAZÓN.-

Planteamiento del motivo: La STS es nula y causa indefensión porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al no respetar el hecho notorio, incontrovertido para las partes, para la comunidad científica y para el legislador, de que no existe un diagnóstico de certeza científica para cada afectado en particular para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación.

No respetar ese hecho hace del caso uno más de reclamación de daños, que es como lo ha juzgado la Sala dándolo por prescrito. Esto no puede sino provocar una total indefensión, pues tomarlo en consideración es imprescindible para juzgar conforme a derecho, ya que atañe a la particularísima esencia del caso y es condicionante del fallo, en la medida en que explica y justifica un dies a quo que no se produjo hasta 2010, cuando por primera vez se estableció en España la etiología del daño de las víctimas.

Desarrollo del motivo: Ante la infracción al respecto de la sentencia de apelación en el motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal se impugnaba sobre el hecho notorio, incontrovertido entre las partes –y entre la comunidad científica, e incluso el legislador- de que no existe un diagnóstico de certeza científica para cada afectado en particular para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación. Me remito al contenido de dicho motivo por economía procesal.

Al respecto la STS dice: *Pretender que es un hecho incontrovertido que no existe un diagnóstico de certeza científica para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación, supone desconocer el conjunto de actos anteriores a la formulación de esta demanda, como los que resultan del proceso de Contergan o de la misma creación de la asociación que ahora demanda, determinantes del conocimiento que los afectados tenían*

del hecho causal -talidomida- y del causante del daño -la farmacéutica Grünenthal Pharma, SA-, e incluso del alcance definitivo del daño.

Este pronunciamiento infringe normas esenciales del procedimiento, en concreto el art. 281.3 y 4, y 218.2 LEC, lo que ha causado indefensión, ya que una cosa es que desde los años 60 se sepa que la talidomida es un teratógeno y por lo tanto causa potencial de malformaciones en el feto, y otra, que es de lo que con claridad iba el alegato del motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal, es que no se puede establecer para cada afectado en particular un diagnóstico etiológico de certeza, sino de probabilidad mayor o menor tras un estudio pormenorizado que descarte otras causas –no realizado en España hasta 2010-.

Estamos ante una infracción de relevancia constitucional según doctrina de esta Sala, por todas, EDJ 2014/195298 STC Sala 2ª de 22 octubre 2014:

...En concreto, entre otras muchas, en las SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4 EDJ 2005/171577 , y 118/2006, de 24 de abril, FJ 3 EDJ 2006/58621 , declaramos que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano

Se solicitó rectificación de la sentencia en este punto (doc. 9, alegación quinta) que fue denegada por la Sala mediante auto de 4 de diciembre 2015 (doc. 3) donde decía que no había error material que corregir.

Posteriormente se instó por esta infracción incidente de nulidad (doc. 10, motivo noveno), inadmitido porque *...solo se pretende dar una relevancia constitucional a lo que no son más que cuestiones de legalidad ordinaria que han recibido respuesta.*

Acerca de la trascendencia de esta infracción, me remito por economía procesal a lo expuesto en el motivo cuarto de recurso por infracción procesal (doc. 8).

DÉCIMO: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR INCONGRUENCIA Y FALTA DE EXHAUSTIVIDAD.-

Planteamiento del motivo: La STS produce indefensión e incurre en causa de nulidad, vulnerando el derecho fundamental de mi parte a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al no ser mínimamente exhaustiva, y en concreto, al ignorar el valor probatorio de dos documentos fundamentales en la causa, cuales son el Informe Heidelberg y los documentos de Düsseldorf.

La vulneración del derecho constitucional por incongruencia omisiva y falta de exhaustividad se produjo en la sentencia de apelación (doc. 5), y ya fue impugnada en el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal (doc. 8), con cita de infracción del art. 24.1 CE, cuando esta parte denunció el que la sentencia de apelación ignorase por completo el Informe Heidelberg y los documentos del archivo público de Düsseldorf.

Igualmente se volvió a producir la vulneración en la STS, que se dictó así inaudita parte, por lo que se solicitó por Avite complemento en este punto (doc. 9, alegación cuarta), que fue denegado por auto de 4 de diciembre (doc. 3), por no tratarse según el TS de una omisión sino de una desestimación.

Tras esto se volvió a denunciar la infracción del art. 24.1 al instar la nulidad de la STS (doc. 10, motivo décimo) siendo inadmitido a trámite el incidente mediante providencia (doc. 4), que en este punto se limita a decir: *...Las alegaciones efectuadas en los motivos noveno y décimo de nulidad ponen de manifiesto, sin necesidad de otras consideraciones, que solo se pretende dar una relevancia constitucional a lo que no son más que cuestiones de legalidad ordinaria que han recibido respuesta, lo que es contrario a derecho, como se va a justificar.*

Ante un caso de daños que no ha respetado fronteras, no puede sino causar indefensión que el TS juzgue de espaldas a lo que ha ido ocurriendo en Alemania como país de origen de la tragedia, partiendo de que la vinculación de este caso con el alemán está planteada desde el principio en el pleito. No tiene sustento rechazar por generalistas estos documentos como prueba de lo continuado del daño cuando en Alemania sí han valido para que los afectados –todos- perciban a partir de 2013 mucho más de la fundación de la propia demandada precisamente porque el Informe Heidelberg ha informado de una evolución a peor e imprevista para todas las víctimas.

Es inaceptable que lo que ha valido para que desde 2013 en Alemania todos cobren mucho más, en España no valga ni para interrumpir la prescripción.

Desarrollo del motivo:

La SAP Madrid (doc. 5) no se pronunció en absoluto acerca de un hecho clave en la impugnación del recurso de apelación (doc. 7) y como se va a ver incontrovertido, a saber, que los afectados pensionistas de la ConterganStiftung hayan visto multiplicadas por siete sus pensiones en 2013 en respuesta a las conclusiones a las que llega el Informe Heidelberg, y todo ello con la trascendencia que se va a precisar. Igualmente tampoco se pronunció en absoluto sobre los documentos del archivo público de Düsseldorf aportados en el acto de la audiencia previa que justifican el por qué los talidomídicos españoles son los más jóvenes del mundo, lo que como se va a ver también comporta indefensión.

Hechos ignorados por completo:

Con posterioridad a la interposición de la demanda se publicó el Informe Heidelberg, del que se completó la primera traducción al español encargada por mi mandante entre la celebración de la primera y segunda sesión de la audiencia previa de la instancia, tal cual consta en la sentencia (F.J. XIII, f. 69). En la impugnación de la apelación de la parte contraria se alegó por Avite en múltiples ocasiones (ff. 1, 6, 10, 14, 20, 21, 32, 60) el hecho de que con base en las demoledoras conclusiones de este informe todos los grupos parlamentarios del Bundestag por vía de urgencia acordaron modificar la Ley de la Fundación Contergan mediante la Tercera Ley de Enmienda en 2013 en el sentido de, entre otros, multiplicar por siete las pensiones a los afectados reconocidos por la fundación alemana –ConterganStiftung-.

Entiende esta parte que a los efectos que ahora se denuncia no es relevante que la ley alemana que formaliza este hecho fuera aportada al inicio de la vista oral de la instancia ex art. 286.1 LEC y no admitida, y después como documental en el recurso de apelación y tampoco admitida, porque se trata de un hecho que no requiere prueba por ser reconocido expresamente por la parte contraria y por tanto incontrovertido - art. 281.3 LEC-, y además ser hecho notorio -art. 281.4 LEC-.

Efectivamente es incontrovertido porque al mismo se refiere la apelante en su recurso -f. 5- cuando reconoce pensiones de su fundación de 7.000 euros *al mes*, y en la demanda –hecho XXII, f. 92- se exponía muy claramente, y no fue negado por la contraria vid f. 120 de la contestación-, que *La pensión anual media de un afectado alemán es de 14.598,93 € al año*.

Es notorio porque desde su publicación se tiene acceso público, oficial y en español:http://www.conterganstiftung.de/fileadmin/de.conterganstiftung/content.de/Downloads/Information/Infoschreiben/2013/Rundschreiben_15/Rundschreiben_15_spa_nisch.pdf

En lo que hace a los documentos del Archivo de Düsseldorf también aportados en la audiencia previa los mismos prueban de manera indudable –como se recogió en la sentencia de instancia-, que la parte contraria decidió no informar a los médicos españoles del motivo de la retirada del medicamento, como sí hizo en el resto de países; que la contraria vendió grandes cantidades del medicamento; y que además lo hizo con fecha posterior a la retirada en Alemania en noviembre de 1961.

Infracción cometida:

Respecto al espectacular aumento de las pensiones es claro que esta parte planteó profusamente como un hecho fundamental para su defensa en la apelación el antes descrito, y que el mismo se encuentra probado al menos por incontrovertido y notorio.

Y resulta que las únicas alusiones al mismo en la sentencia de apelación son las citas de las alegaciones de esta parte al impugnar la apelación (F.J. VII, f.43, 45, 46), pero absolutamente en nada se tiene en cuenta ni se considera en la motivación, de manera que no incide en este elemento fáctico ni individualmente ni en conjunto, ni expresa ni implícitamente –como si nunca se hubiese dado-, por lo que la sentencia no es mínimamente exhaustiva –tal cual exige el precepto que se dice infringido-, y por ello causa indefensión (art. 24 CE).

En definitiva, **juzgar la tragedia de la talidomida en España ignorando completamente este hecho tan importante en un contexto de globalización, y más concretamente, siendo España como Alemania un país de la Unión Europea, supone un anacronismo, un absurdo y un proceder arbitrario del poder judicial -con infracción de los arts. 9.3 y 51.1 CE, y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, que genera**

precisamente en las víctimas, que por su condición de españolas se han visto olvidadas durante casi sesenta años, una especial indefensión con infracción del art. 24 CE.

Como la STS no entrase a analizar el aumento de las pensiones en Alemania mi parte se ha visto privada de que se tome en consideración algo que por sí mismo debería haber supuesto la desestimación de la apelación. El que las personas que sufren el mismo síndrome que las víctimas aquí representadas hayan visto multiplicadas por siete las prestaciones que reciben por los daños de la talidomida en el país de origen de la tragedia –y donde está más estudiada-, y que tal cosa sea en virtud de las conclusiones del informe Heidelberg:

Resulta trascendental a la hora de poner en evidencia que la sentencia es contraria a derecho al no dar –como sí hizo la de instancia- un valor de constatación de daño continuado y generalizado de las víctimas, cuando por ejemplo dice: *...En consecuencia, el Informe del Instituto de Gerontología de la Universidad de Heidelberg no supone una constatación de los denominados daños tardíos y que los mismos tengan su causa en la talidomida, sino que, a lo largo del mismo, en diversas ocasiones, se establece como una posibilidad, por lo que su determinación se deberá de realizar a través de la correspondiente investigación científica, como así recomienda el informe.*

Hay que recordar aquí que es un hecho incontrovertido que quien encargó el Informe Heidelberg fue la fundación de Grünenthal, la ConterganStiftung, a quien recientemente ha financiado con 50 millones de euros (f. 5 apelación); y que igualmente incontrovertido es que la multiplicación por siete generalizada de las pensiones se hace precisamente por las conclusiones de los daños continuados, tardíos y en estudio que establece ese informe.

Para fijar el absurdo que conlleva lo que se denuncia se puede resumir en que en Alemania, donde los afectados están cobrando desde 1970, el estudio de Grünenthal – Informe Heidelberg- sí vale para multiplicar generalizadamente a todos los afectados sus pensiones en 2013 con dinero de Grünenthal por constatar daños continuados y tardíos; pero en España, como se ignorase completamente este hecho, el estudio no vale ni para interrumpir la prescripción (vid infra) porque establece únicamente *posibilidades no individualizadas...*

La Sala habrá de apreciar que este modo de juzgar es inadmisibile en el contexto de una Europa de los ciudadanos con los mismos derechos básicos, y a estos efectos se cita la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA -artículo 21: 1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. **Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad** en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados; y art. 38, *Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores-*.

De nuevo de espaldas a lo que pasa en el mundo (f. 84) la sentencia de apelación se apartó del buen criterio de la de instancia y dijo:

Lo que nos lleva a entender que las conclusiones del informe no podrían predicarse de todos los afectados por la talidomida, por el contrario, se han de individualizar en cada caso; por consiguiente, la conclusión de la sentencia de instancia de entender que con base a este informe se puede derivar la existencia de daños secundarios, tardíos o de aparición tardía, que implique el inicio del “dies a quo” del plazo de prescripción, entendemos se trata de una conclusión no acorde al informe, pues con la misma (y por la apelada se reproduce en el escrito de oposición al recurso) se produce una generalización que no puede trasladarse a los afectados por la talidomida, como de manera clara y patente se constata en el informe que venimos examinando.

Precisamente lo que ha pasado allende nuestras fronteras es lo contrario: Grünenthal con su dinero y en respuesta a su informe multiplica generalizadamente a los afectados alemanes los pagos en 2013. Como se dijo en la impugnación a la apelación el espectacular aumento de las pensiones en Alemania se hace de manera generalizada a todos los afectados, lo que indica que allí los daños descritos en el informe Heidelberg se consideran –a la hora de recibir pensión, o sea, contraprestación- mucho mayores que los iniciales. Y todo ello sin obviar que como se expuso en la impugnación a la apelación (f. 35) y a los efectos de las citadas pensiones, estas se otorgan **no a las personas afectadas por la talidomida, sino a las que puedan ser afectadas por la talidomida, redacción precisamente acorde con el art. 2.1 del RD 1006/2010.**

Teniendo en cuenta que en la demanda la cuantía que se reclamaba y estimaba la sentencia de instancia estaba basada precisamente en un cálculo aritmético de lo percibido por pensiones por un afectado alemán de la fundación de la parte contraria en orden a equiparar a los afectados españoles, y que por ese motivo los posibles pensionistas de nuestra nacionalidad fueron excluidos del fallo estimatorio de primera instancia, ignorar completamente lo que ha ocurrido con esas pensiones, y cuándo, cómo y por qué ha ocurrido, no respeta una mínima exhaustividad, todo ello sin perjuicio de la tremenda injusticia que supone discriminar –de nuevo- el caso español, aislándolo –de nuevo- de lo que sucede en el resto del mundo, y siempre en perjuicio de la víctima.

No referirse al aumento de las pensiones en Alemania, su origen y sus consecuencias, resulta aún más grave cuando como se ha dicho en el propio fallo de la sentencia de instancia se excluía como beneficiarios de la misma a quienes percibiesen esas pensiones de la ConterganStiftung; es decir, que siendo un elemento incluido en el fallo tenía la consideración de tener que ser tenido en cuenta inexcusablemente al resolver la apelación

En definitiva, es contrario a derecho y al sentido común que se juzguen los daños por la talidomida en España, por los que se piden indemnizaciones calculadas con referencia a las que perciben los afectados alemanes de la fundación de la parte contraria, obviando completamente el hecho nuevo –traído a la causa e incontrovertido- de que estas se hayan multiplicado por siete por el descubrimiento de la verdadera y generalizada dimensión del síndrome documentado en el informe Heidelberg.

Y en cuanto a los documentos del archivo público de Düsseldorf la omisión tiene si cabe más relevancia: estos documentos fueron aportados y admitidos ex art. 270.1.1º LEC al justificar mi parte no haber tenido antes conocimiento de su existencia (f. 62 sentencia apelación). Y a pesar de las impugnaciones al respecto de la parte contraria es algo que no ha sido revocado por la sentencia de apelación.

Entonces, si hasta 2013 Avite no pudo desmentir la falsa versión de los hechos de Grünenthal repetida en autos *ad nauseam*, acreditando con esos documentos que vendió grandes cantidades de talidomida en España incluso tras haberla prohibido en Alemania, así como que decidió no informar de la catástrofe, cuando se estaba produciendo, ni a los médicos españoles ni a las autoridades sanitarias –en sus conciencias quede tamaña barbaridad!-, sus socios no dispusieron de un elemento

jurídico esencial para justificar con certeza el caso de que los talidomídicos nacidos tardíamente, es decir los gestados más allá de la retirada en Alemania en noviembre de 1961. O sea, que ex art. 1969 CC este elemento esencial de la acción no se habría tenido hasta el año pasado, lo que afecta de lleno a no haberla dado por prescrito.

Tras todos estos alegatos en el recurso ante el Alto Tribunal, la STS no otorga valor interruptivo de la prescripción al informe Heidelberg porque considera que contiene conclusiones generalistas, que al fin y al cabo lo que se reclama son daños que se manifestaron en el nacimiento, y que nada obsta para que en caso de diagnóstico de nuevos daños se pueda reclamar exclusivamente por ellos. Ninguna relevancia jurídica tendría en este contexto el aumento de las pensiones de los talidomídicos en Alemania en 2013. Opuestamente -como recuerda la sentencia- el Informe Heidelberg y sus conclusiones llevaron al JPI a excluir la prescripción por considerar que a fecha de la demanda aún *no se tiene un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida*.

Esta forma de juzgar no es exhaustiva porque no analiza el fondo de la cuestión planteada por esta parte, que fue precisamente la íntima conexión entre el Informe Heidelberg -y el incremento de las pensiones alemanas- con la no prescripción de la acción en España.

Para empezar Avite interpuso una demanda en la que el quantum que solicitaba estaba calculado, detalladamente y de manera no impugnada de contrario, con referencia a lo percibido por un afectado alemán vía pensión, de manera que a este quedase equiparada la víctima española. Partiendo de esto ya no puede ser ajeno al caso lo que ocurra con esas pensiones, y en concreto, que fueran multiplicadas por siete en 2013. Y por cierto, acerca de estas pensiones, cabe recordar que aunque hoy en día se pueden considerar un híbrido entre cobertura social de la RFA y pago de indemnización por parte de Grünenthal, en su origen proceden exclusivamente de los 300 millones de marcos de una transacción judicial de 1971 entre víctimas y farmacéutica como epílogo de un pleito en el que, igual que aquí, aquellas reclamaron por daños a Grünenthal.

Pero lo realmente importante, **lo que causa indefensión por haber quedado sin ser examinado por la Sala** -relacionado de nuevo con la vulneración del principio general del derecho de que justicia es tratar desigual los casos desiguales-, es que si en Alemania por vía de urgencia se multiplicaron esas pensiones a los afectados en 2013

fue –precisa y exclusivamente- como consecuencia de lo que concluyó el Informe Heidelberg, cuyo texto es muy claro en el sentido de que, además de establecer daños nuevos relacionados con la talidomida, se aprecia –en 2013, y no antes- un envejecimiento prematuro en todas las víctimas, con dolor y otras patologías asociadas, todo lo cual contribuye a un empeoramiento de su calidad de vida que requiere de medios para afrontarlo –ayuda de terceros, asistencia médica especial, material ortopédico, obras de adaptación, etc.-.

Lo relevante para el caso, y lo que no ha entrado a juzgar la Sala, es que nos encontramos entonces ante una agravio comparativo inaceptable en el contexto de la Unión Europea, ya que siendo comunes las víctimas, el culpable responsable, el producto tóxico y los daños y su evolución, el mismo informe Heidelberg que recoge el agravamiento imprevisto y generalizado de los afectados sí ha valido para reconocerles a estos multiplicar sus pensiones, a todos sin excepción, y sin embargo en España, país en el que no han recibido nada de su verdugo, el poder judicial les responde que no es válido por generalista.

Lo que se denuncia entonces es que el concepto de generalidad se ha de aplicar de manera inclusiva y no exclusiva, pues el motivo único por el que desde 2013 los alemanes reciben mucho más es porque el Informe Heidelberg –recordemos, según establece la sentencia “encargado por la Fundación Contergan *para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el Contergan*”- lo que reporta es que todos, sin excepción y de manera imprevista, están mucho peor, lo que enlaza con el carácter continuado del daño, su evolución imprevisible y la falta de cabal conocimiento del mismo.

.....

EPÍLOGO

He hecho con anterioridad mención a la vigencia del caso de la talidomida y a su impacto en todos los órdenes sociales que otorga de especial relevancia constitucional esta demanda de amparo.

En el ámbito médico ya se ha hecho cita del **congreso celebrado en Madrid en febrero de 2016 por la Organización Médica Colegial (OMC)** que ha dado lugar al documento (vid supra) que califica los daños de progresivos y no estables.

Ya en lo jurídico, entre los **trabajos académicos más recientes** que comentan las resoluciones recurridas son de oportuna cita dos que para comodidad de la Sala apporto como docs. 11 y 12:

-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, del que es autor Javier Avilés García, catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.

Exhaustivo análisis de la STS al que me remito en el que con todo rigor se expresan múltiples argumentos jurídicos para no dar por prescrito el caso.

-Las sentencias de la Talidomida. Recreación acrítica de lo que pudo haber sido y no fue, de Eugenio MOURE GONZÁLEZ, socio director de Eugenio Moure Abogados. Diario La Ley, Nº 8718, Sección Tribuna, 9 de Marzo de 2016, Ref. D-100, Editorial LA LEY.

Es muy interesante cómo aquí se aporta un argumento jurídico nuevo e incontestable para la no prescripción del caso, no alegado por esta parte pero apreciable por la Sala por el principio *iura novit curia*: **No estaríamos ante el plazo de un año de la acción aquiliana sino ante el de quince** (cinco a partir de la última reforma del CC de la Ley 42/2015) de las acciones personales sin plazo señalado:

... la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos tenía su propia Ley desde el año 1994, por efecto de la adaptación a nuestro derecho de la Directiva 85/374CEE. De acuerdo con la definición legal de producto defectuoso la Talidomida entraría en tal concepto, al no ofrecer la seguridad normalmente ofrecida.

Ahora esa norma está derogada al integrarse su contenido en el RDLeg. 1/2007 (LA LEY 11922/2007), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, armonizando de ese modo la dispersa normativa para su protección. La disposición transitoria tercera, como novedad respecto de la norma anterior, establece un régimen especial para los productos puestos en circulación antes de 1994.

Ese peculiar régimen supone una regulación parcial pues se aplica el Capítulo II del Título II del Libro III, pero no el Capítulo I, aquel en el que se fija un plazo de garantía de 10 años y un plazo de prescripción de la acción de 3 años.

Con lo cual la acción de responsabilidad civil por productos defectuosos anteriores al año 1994, con su regulación específica en la citada disposición transitoria, carece de un plazo de prescripción, de modo tal que debamos acudir al Código Civil. Y frente a la tentación de incardinar esta responsabilidad en la propiamente extracontractual, entiendo que no procede tal asimilación, pues el art. 1968 CC (LA LEY 1/1889) se refiere a «las obligaciones derivadas de la culpa y negligencia de que se trata el art. 1902». Y esta otra acción no se basa en la culpa, ni se regula en tal precepto.

Siendo así sería de aplicación el art. 1964 del Código Civil (LA LEY 1/1889) al tratarse de una acción personal que no tiene señalado un término especial de prescripción: 15 años entonces.

Y no queda el **ámbito parlamentario** al margen de la actualidad. Como últimas iniciativas, e íntimamente relacionadas con el alegato de esta parte –y tesis de la SPI y el voto particular de la STS- de que el elemento del nexo causal no se ha dispuesto por los actores hasta el RD 1006/2010, con fecha 8 y 16 de marzo de 2016, se han presentado varias propuestas no de ley:

-Por el grupo parlamentario DEMOCRÀCIA Y LLIBERTAT, una PNL PARA MODIFICAR EL PROCEDIMIENTO DE DIAGNÓSTICO, RECONOCIMIENTO, INDEMNIZACIONES, EXENCIONES Y PENSIONES VITALICIAS A LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, pues es obvio que este primer y único instrumento se ha mostrado insuficiente, por lo que en este PNL se pide ampliar el margen de los años entre los cuales se produjeron los nacimientos para poder amparar a la realidad del número de personas víctimas de la tragedia. Así mismo se recoge la necesidad de crear unidades de diagnóstico que a través de profesionales de diversas disciplinas, objetivamente aborden la labor de informar qué peticionarios, con una alto grado de probabilidad, padecen afecciones secundarias a talidomida. Para ello deberán incorporar los últimos criterios de la literatura médica y tomar en consideración los períodos reales en los que este principio activo pudo ser prescrito en el Estado español.

-Por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, dado que ... No es hasta 2010 que se promulga el decreto 1006/2010 en donde por primera vez se reconoce a las víctimas de la talidomida y se abre un plazo de escasamente un mes (agosto-septiembre) para su inclusión en un registro de víctimas... instamos al gobierno a 1.- Reabrir el registro de pacientes afectados por talidomida creado en el decreto 1006/2010; 2.- Establecer unos nuevos criterios de identificación de víctimas que permitan calificar como afectados a aquellos nacidos durante el periodo 1955-1985 que sean portadores de lesiones características y de aquellos cuyas lesiones no puedan ser explicadas por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas; 3.- Para ello se creara una nueva unidad nacional de diagnóstico de talidomida. Dicha unidad tendrá en cuenta los criterios recogidos en el encuentro de expertos en talidomida patrocinado por la OMS en Ginebra en el año 2014...

-Y en similar sentido el Grupo Socialista.

.....

Es claro que la STS, que juzga el caso poco menos como si de un accidente de tráfico se tratase, causa indefensión por todo lo expuesto.

Conforme a lo anterior, a la Sala

SOLICITO: Que tenga por presentado esta demanda en tiempo y forma, y tras los trámites legales se sirva dictar sentencia por la que se otorgue a la ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA (AVITE) el amparo solicitado, declarando la vulneración de los derechos fundamentales que han sido alegados en este escrito, y, en consecuencia, decreta la nulidad de la STS de 20 de octubre de 2015 (doc. 2); del auto de 4 de diciembre de 2015 (doc. 3); de la providencia de 17 de febrero de 2016 (doc. 4); todos ellos del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictados en los autos de casación e infracción procesal 3140/2014, así como de la SAP Madrid, Sección 14ª, rollo 85/2014, de 13 de octubre de 2014 (doc. 5).

Madrid, 30 de marzo de 2016.



Ignacio Martínez García, Abogado · N.I.F. 27475800-T · Col. I.C.A. Murcia nº 2.458

Otrosí digo primero: Las víctimas españolas sufren múltiples daños, entre los que se encuentra un envejecimiento prematuro. Los que han sobrevivido empiezan a morir. Por esa razón solicito expresamente la **tramitación preferente y urgente de este recurso**. El retraso haría más que nunca cierto el dicho de que una justicia lenta no es justicia. A los efectos oportunos notifico a la Sala que en su día esta misma petición fue presentada y admitida al Tribunal Supremo, que como podrá comprobarse tramitó el recurso de casación e infracción procesal de manera preferente y rápida.

Otrosí digo segundo: Que a los efectos del art. 52.2 LOTC esta parte solicita la **celebración de vista**.

En lugar y fecha ut supra.

El letrado, Ignacio Martínez/

La procuradora.