

Audiencia Provincial

AP de Islas Baleares (Sección 4ª) Sentencia num.
289/2019 de 5 septiembre
JUR\2019\273350

Responsabilidad extracontractual. Compraventa. Sanidad.

ECLI:ECLI:ES:APIB:2019:1814

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 610/2018

Ponente:Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00289/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LES ILLES BALEARS, SECCIÓ IV

Pr ocedimiento declarativo ordinario nº 610/2.011 del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca.

Ro llo de Sala nº 610/2.018.

S E N T E N C I A nº 289/2.019

Il mos. Sres.

Pr esidente:

Don Álvaro Latorre López

Ma gistrados:

Doña María del Pilar Fernández Alonso

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca, a 5 de septiembre de 2.019.

Vistos en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, el presente procedimiento declarativo ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca, bajo el número de autos y rollo de Sala arriba señalados, entre partes, de un lado y como demandante-apelante DOÑA Salome , representada por la procuradora Doña Maribel Juan Danús y asistida por el letrado

Don Emilio Ortiz Arévalo; como demandados-apelados la entidad mercantil SMITH & NEPHEW, S.A., representada por la procuradora Doña María Magina Borrás Samsaloni y defendida por los letrados Don Vicente Sierra Rocafort, Don José Luis Prieto Bermejo y Doña Mónica Nieberding Brun; DON Romulo , representado por la procuradora Doña María del Carmen Gayá Font y dirigido por el letrado Don Miquel Guillem Ramis; y DON Salvador , representado por el procurador Don José Antonio Cabot Llambías y con la dirección del letrado Don Alberto de Juan Carrasco.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala, Don Álvaro Latorre López, que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Po r la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2.018 y en los autos anteriormente identificados, cuyo Fallo dice literalmente así:

"Que desestimando la demanda de Juicio Ordinario, promovida por la Procuradora Sra. Juan, en nombre y

representación de DÑA. Salome , contra SMITH & NEPHEW S.A., D. Romulo y D. Salvador , debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de las pretensiones instadas en su contra, con imposición de costas a la actora declarándose temeridad respecto a la demanda formulada frente a los Sres. Romulo Salvador ".

SEGUNDO.-

Contra la referida sentencia y por parte de DOÑA Salome , representada por la procuradora Doña Maribel Juan Danús, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y tramitado conforme a la Ley procesal, oponiéndose al mismo la entidad mercantil SMITH & NEPHEW, S.A., representada por la procuradora Doña María Magina Borrás Samsaloni; DON Romulo , representado por la procuradora Doña María del Carmen Gayá Font; así como DON Salvador , representado por el procurador Don José Antonio Cabot Llambías.

Recibidos los autos en esta Sección Cuarta, a la que corresponde la resolución del recurso por vía de reparto, se acordó el señalamiento para la deliberación, votación y fallo el día 6 de junio de 2.019.

TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se ha observado la normativa aplicable al mismo, con excepción del plazo legal para dictar sentencia, dada la complejidad del asunto.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-

Se rechazan los que sustentan la resolución apelada en cuanto se opongan a los que siguen.

Con carácter previo al estudio de las alegaciones de la apelante y con el fin de facilitar la lectura de la presente resolución, informamos que la misma queda estructurada de la siguiente forma: en los fundamentos jurídicos segundo y tercero analizaremos el recurso planteado en relación con la acción dirigida frente a la mercantil SMITH & NEPHEW, S.A; en el fundamento cuarto nos ocuparemos de la apelación respecto de la demanda formulada contra los Dres. Romulo Salvador ; y el quinto fundamento jurídico lo dedicaremos al pronunciamiento sobre condena en las costas causadas.

Antes de todo ello, sin embargo, queremos dejar constancia de que la actitud de la juzgadora durante las vistas celebradas y la redacción de su sentencia, no invitan a pensar que tuviera algún tipo de animadversión hacia la actora del litigio, afirmación que se nos antoja gratuita por parte de la recurrente y basada en un hecho anecdótico, producido fuera de la actuación procesal y totalmente descontextualizado.

SEGUNDO.-

La juzgadora de primera instancia desestima la demanda planteada frente a la entidad SMITH & NEPHEW, S.A., al considerar que carece de legitimación pasiva por no ser la fabricante de ninguno de los componentes de la prótesis de cadera implantada a la Sra. Salome el 26 de enero de 2.007. Afirma la sentencia que la citada mercantil sólo es la distribuidora en España de la prótesis y destaca que la actora conocía la identidad de quien la fabricó incluso antes de interponer la demanda, tal como se desprende de los propios documentos incorporados junto con aquella.

Explica la demandante al respecto y así lo acredita, que trató de solucionar de forma amistosa el conflicto que ha terminado generando el litigio y aduce como práctica habitual de la demandada la de solicitar constantemente pruebas médicas y otros datos relativos a los pacientes intervenidos, refiriéndose expresamente a su burofax de 14 de julio de 2.015 que acompaña como documento nº 7 a la demanda y la respuesta al mismo ofrecida por SMITH & NEPHEW, S.A.

Pues bien, el contenido de las misivas remitidas por los letrados de la mercantil codemandada, agrupadas en el documento nº 8 de su contestación a la demanda, contemplan ciertos requerimientos de información sobre la Sra. Salome , (también de otros pacientes ajenos a este litigio), que sobrepasan ampliamente la condición como mera distribuidora de la prótesis que defiende la entidad mercantil y sólo se explican, a juicio de la Sala, a partir del amplio objeto social de SMITH & NEPHEW, S.A. y de su pertenencia a un complejo entramado social que persigue intereses comunes, objeto social que incluye la fabricación de productos sanitarios, tal como

deriva de la propia escritura de poder para pleitos de 12 de diciembre de 2.016 incorporada al procedimiento por la citada sociedad y que abarca por tanto "la fabricación, distribución y comercio, por sí o mediante representación comercial, de toda clase de productos sanitarios, la venta distribución y comercio, por sí o mediante representantes comerciales, de especialidades farmacéuticas".

En esas comunicaciones dirigidas al letrado de la actora, los abogados de la codemandada, siguiendo expresamente sus instrucciones tal como indican, afirman que esa entidad distribuye en el mercado español numerosas prótesis de cadera y que entienden que los clientes de aquel abogado han tenido dificultades con unas prótesis de cadera de SMITH & NEPHEW que les fueron implantadas. En las referidas cartas, los letrados de la mercantil expresan la necesidad de contar con las etiquetas de las respectivas prótesis para saber cuáles han sido utilizadas y si fueron fabricadas o distribuidas por SMITH & NEPHEW; dicen también que es insuficiente la información que se les proporcionó por el letrado actor en su carta de 20 de abril de 2.015, por lo que si la intención (en este caso de la Sra. Salome) es la de reclamar, tendrían que proporcionarles el mencionado etiquetado de los componentes de las prótesis para efectuar comprobaciones en sus archivos, pero también y esto es lo importante en nuestro criterio, hacerles llegar copia de todos los informes médicos recibidos y de los que se le vayan proporcionado a la paciente, indicándoles igualmente si la prótesis ha sido extraída y dónde se encuentra, solicitando asimismo que cuando se realice la operación para explantarla no se destruya y se les envíe la misma con el fin de analizarla y someterla a pruebas si es que se va a continuar con la reclamación, ilustrándoles asimismo sobre el tratamiento seguido por los afectados y de los daños que entienda que han padecido. Informan también que SMITH & NEPHEW está sometida a estudios de vigilancia post comercialización que le obligan a registrar y, en muchos casos, a informar a cerca de los aspectos que llamen la atención sobre sus productos, por lo que piden consentimiento para utilizar cualquier informe médico de los clientes del letrado demandante.

Tenemos en consideración el contenido y contexto previo al litigio de la comunicación extrajudicial producida entre las contendientes a través de sus letrados, a lo que unimos el hecho de que la mercantil codemandada pertenece, como ya hemos dicho, a un complejo entramado empresarial que indudablemente persigue intereses comunes, entramado de cuyo funcionamiento y estructura no da explicación en su contestación a la demanda, limitándose a resaltar que la fabricante pertenece a su mismo grupo de empresas aunque una y otra disponen de personalidades jurídicas diversas.

Por ello, la decisión sobre la legitimación pasiva de SMITH & NEPHEW, S.A. requiere que valoremos la actuación extraprocesal de la citada mercantil en relación con la actora del litigio y sus consecuencias una vez entablada la acción, para lo cual no está demás indicar que en los casos en que se da una situación caracterizada por un conjunto de sociedades fuertemente entrelazado y que comparte análogos objetivos , siempre que la ficción de la personalidad jurídica se

utilice fraudulentamente o de forma abusiva, ha venido utilizando la jurisprudencia la doctrina del "levantamiento del velo", a fin de comprobar si "pese a la aparente existencia de dos entidades mercantiles independientes, la ubicuidad, ambigüedad y suplantación recíproca en su modo de actuar denota que existe una unidad de intereses" originado por un entramado subjetivo e interno común a todas ellas (cf. S.S. T.S. de 16 de julio de 1.987 , 4 de marzo y 5 de octubre de 1.988 , 12 de noviembre de 1.991 y 15 de octubre de 1.997).

Somos conscientes de que la mencionada doctrina no ha sido alegada por la parte actora en su demanda y que no puede ser aplicada de oficio, pero la traemos a colación porque la manera de proceder de SMITH & NEPHEW, S.A. antes de interponerse la acción contra aquella, condicionó la redacción de la demanda e impidió a la actora aducir tal alegación en e se escrito, al haber creado ciertamente en aquella una apariencia de que trató antes del litigio con la fabricante de la prótesis, generando en consecuencia una confianza razonable de que dirigía la demanda frente a quien la produjo .

Todos estos factores nos hacen disentir del criterio de la juez de primer grado cuando niega legitimación pasiva a la sociedad codemandada, puesto que ésta ha actuado extraprocesalmente frente a la actora comportándose no sólo como distribuidora, sino también como fabricante de la prótesis. Así se concluye a la vista de los requerimientos de información cursados por dicha mercantil y a los que anteriormente nos referimos, dirigidos a comprobar no sólo si la prótesis de cadera implantada (en nuestro caso a la Sra. Salome) es defectuosa desde un punto de vista objetivo, sino también a determinar su comportamiento en el organismo de la paciente, extremos que, como dijimos, difícilmente pueden interesar a quien se presenta únicamente como distribuidora del producto, sin olvidar que en sus misivas no hace referencia alguna a un posible traslado de la información recibida a otra empresa fabricante del mismo grupo empresarial, que tampoco se identifica en esas comunicaciones.

Por el contrario, las respuestas ofrecidas por la codemandada sugerían muy nítidamente a su interlocutor que sería precisamente SMITH & NEPHEW, S.A. la que analizaría todos los estudios procedentes e informes médicos de la paciente para decidir sobre la bondad de la prótesis y aunque también se identificara la hoy apelante en esas cartas como distribuidora al comienzo de las mismas, es el contenido de éstas, que conforma el meollo de la información suministrada por la entidad y concreta los elementos de estudio requeridos al letrado actor sobre la Sra. Salome , el que introduce por lo menos un significativo factor de ambigüedad sobre la condición de la codemandada con relación a la prótesis (distribuidora, fabricante o ambas) y que llevaron razonablemente en fase extraprocesal a la actora a considerar a la codemandada como fabricante, todo ello en un marco perfectamente conocido por la sociedad y referido, como también hemos apuntado, a una reclamación judicial en ciernes de no llegarse antes a un acuerdo, configurada obviamente por una acción de responsabilidad por producto defectuoso.

En suma, esta forma de proceder creó una confianza plausible en la demandante de que estaba comunicándose con la fabricante, de manera que no se vio precisada de solicitar información sobre quién fue la empresa que produjo la prótesis de cadera y que incluso condicionó su demanda -ya lo hemos apuntado antes- para no alegar la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo".

Así las cosas y teniendo en consideración que la legitimación no es sino una cuestión de coherencia jurídica, anterior y autónoma de la decisión sobre el fondo de las pretensiones articuladas en la demanda, observamos que dicha legitimación se da en su vertiente pasiva entre la posición subjetiva que invoca la Sra. Salome en relación con las peticiones deducidas en su demanda y a quién van dirigidas (SMITH & NEPHEW, S.A.), de manera que sólo una negativa de la codemandada en fase extraprocésal y desde un principio a su condición de fabricante de la prótesis en las comunicaciones extrajudiciales mantenidas entre los letrados de aquella y el abogado de la actora, hubiese permitido a éste requerirla para que le comunicara la identidad de quien fabricó el producto, optar por el análisis de la documentación relativa a los estudios y alertas sanitarias incorporados con la demanda para descubrir en ella a la empresa fabricante, o bien solicitar diligencias preliminares con objeto de determinar la legitimación pasiva conforme al [art. 256.1.1º](#) de la [Lec \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

Es cierto que una vez interpuesta la demanda, en la carta de 27 de noviembre de 2.017 remitida por los letrados de SMITH & NEPHEW, S.A. al abogado demandante, dicha entidad mostró su predisposición a identificar a la fabricante de la prótesis tras negar que aquella tuviera esa condición. Ahora bien, no existe explicación plausible de la razón por la cual la citada mercantil esperó a un momento tan tardío para pronunciarse en esos términos, que sólo hizo una vez planteado el litigio y, por tanto, cuando la excepción que luego alegó en torno a su legitimación pasiva era alegable, sobre todo si se tiene en consideración que en la misiva remitida por los letrados de la demandada de fecha 11 de diciembre de 2.015 reconocen que la mencionada mercantil dispone de las etiquetas identificativas de la prótesis implantada a la Sra. Salome, por lo que ya en esa fecha y, por tanto, varios meses antes de interponerse la demanda, la codemandada tenía información suficiente como para saber que a la actora del litigio se le había implantado una prótesis de SMITH & NEPHEW perfectamente constatada, no siendo de recibo su alegación relativa a que fue la tardanza en recibir la información requerida la que retrasó su disposición a identificar a la empresa fabricante. Por otra parte y aunque sea una obviedad, diremos que la carta de 27 de noviembre de 2.017 tiene lugar un vez planteada la demanda, por lo que obviamente no puede considerarse integrante de la actuación extraprocésal de SMITH & NEPHEW, S.A.

Recordaremos también el criterio seguido por la S.A.P. de Les Illes Balears (Sección Quinta), nº 347/2.017, de 30 de noviembre, que resolviendo un caso en el que también se cuestionaba la legitimación pasiva de la entidad demandada, afirma, ratificando el criterio del Juzgado, que habiéndose remitido burofax por el letrado de la consumidora actora, considerando a la sociedad después demandada

responsable de los daños y perjuicios sufridos por la utilización del producto defectuoso, el [art. 138.2 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#) "no exige expresamente un requerimiento previo en tal sentido (de que se identifique al fabricante) , y la Sala considera suficiente el aportado, pues si tal entidad no se consideraba responsable de un producto defectuoso, tras recibir el requerimiento, debió indicar la identidad y dirección de la entidad fabricante, y siendo, obviamente, un producto fabricado en el extranjero, el nombre de la entidad importadora, y no lo hizo. La simple reclamación de daños y perjuicios aún sin requerimiento específico sobre el particular, se considera suficiente a los efectos de la aludida norma".

De otro lado, no consideramos determinante para rechazar la legitimación pasiva de la codemandada, el hecho de que en la documentación que acompaña a la demanda quede identificada otra empresa del entramado societario al que aquella pertenece como fabricante de la prótesis de cadera implantada a la Sra. Salome , porque sin perjuicio de lo dicho sobre la actuación extraprosal de SMITH & NEPHEW, S.A., los documentos adjuntos a la demanda en los que se trata de residenciar el conocimiento previo por la actora de la fabricante de la prótesis, son ajenos al propio grupo empresarial y su objeto primordial es médico-sanitario, dirigido por consiguiente no tanto a identificar plenamente a la empresa fabricante, sino que el acento se produce sobre unas prótesis perfectamente identificadas, advirtiendo sobre la problemática que podían presentar en el organismo los pacientes que las llevarán implantadas.

Cerraremos este punto indicando que esta Audiencia Provincial se ha pronunciado reiteradamente en relación con la legitimación pasiva que extraprosalmente ha aceptado quien luego es demandado y que le impide en ámbito judicial plantear con éxito esta excepción. Nos referimos concretamente a la S.A.P. de Les Illes Balears (Pleno) nº 107/2.017, de 11 de abril , que ante la alegación de la empresa demandada de que no era ni vendedora ni fabricante del producto que se decía defectuoso (en este caso un vehículo), sino sólo su importadora en España, la carta dirigida al perjudicado en un momento previo al proceso ofreciéndole una solución, "constituye un acto de reconocimiento extrajudicial de su legitimación (...), contra el que no puede ir en sede prosal". En sentido análogo se han pronunciado las sentencias de este Tribunal nº 60/2.018, de 15 de febrero y 219/2.018, de 28 de junio (Sección Cuarta); 330/2.018, de 19 de julio (Sección Tercera); y nº 290/2.017, de 17 de octubre (Sección Quinta), entre otras.

En nuestro caso, aunque es cierto que en los contactos extrajudiciales mantenidos la entidad codemandada no proponía una solución al problema, se mostró, cabe reiterarlo, no sólo como distribuidora de la prótesis, sino como fabricante de la misma de acuerdo con uno de sus objetivos sociales, al requerir una información sobre la Sra. Salome y sobre la propia prótesis que sólo al fabricante podía interesar para ampararse de una acción de responsabilidad por producto defectuoso, sin indicar siquiera que pretendía remitir esos datos una vez obtenidos a

quién efectivamente produjo la prótesis.

Acogemos, por tanto, la alegación de la apelante referida a la legitimación pasiva de SMITH & NEPHEW, S.A.

TERCERO.-

Enfrentaremos desde este momento el fondo de las cuestiones controvertidas siguiendo el recurso de apelación. Para ello, dejando aparte las referencias que efectúa la actora del litigio a otra empresa fabricante de prótesis de cadera metal-metal (JHONSON & JHONSON), ajena por completo a la entidad codemandada y a este litigio, comprobamos que la demanda hace expresa referencia a una partida de prótesis identificadas, numeradas y localizadas, que originaron la emisión de ciertos protocolos de actuación por parte del Ministerio de Sanidad y de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), así como también por la Sociedad Española de Cirugía de Cadera (SECCA), con el fin de que fueran extraídas al resultar nocivas para la salud. Se indica también en la demanda que la agencia inglesa del medicamento (MHRA) determinó en 2.014 la existencia de evidencias clínicas de que los pacientes tenían riesgo de sufrir complicaciones por sus implantes de prótesis metal-metal. Destaca además la misma demanda la emisión de una alerta sanitaria en el ámbito de esta Comunidad, aportando todas estas comunicaciones como documento nº 2.

Nos queremos referir ahora, en particular, al documento incorporado por la actora con el nº 2.4 de su demanda, en el que el Govern de les Illes Balears, con fecha 21 de septiembre de 2.015, se refiere a la retirada del mercado de las prótesis de cadera de superficie con par de fricción metal-metal Birmingham (BHR), con componente de cabeza femoral de diámetro 46 mm o menor, fabricadas por Smith & Nephew Orthopaedics Ltd, UK, entre las que se encuentra la implantada a la Sra. Salome en el año 2.007.

Hacemos estas alusiones porque están en la base de la única acción dirigida contra la entidad SMITH & NEPHEW, S.A., que no es otra que la de responsabilidad por productos defectuosos; es decir, no se acciona frente a dicha sociedad por responsabilidad extracontractual al amparo de los [arts. 1.902](#) y siguientes del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#). Esta última acción es la que se despliega solamente frente a los Dres. Romulo Salvador y será objeto de análisis más adelante.

En efecto, el litigio se genera a raíz de la intervención quirúrgica efectuada el 26 de enero de 2.007 a la Sra. Salome y las consecuencias derivadas de la misma, operación consistente en una artroplastia total de cadera derecha con la que se pretendía solucionar la coxartrosis que sufría la actora del litigio, habiéndosele implantado una prótesis de cadera "Birmingham Hip Resurfacing", con diámetro cefálico de 42 y cotilo de 48. Expresa la demanda la intoxicación que sufrió la actora debida a metalosis en sangre, producida por efecto de la disolución por fricción de los componentes metálicos de la prótesis en los tejidos del organismo circundantes a la misma y subraya que fue víctima de la implantación de una prótesis de cadera

incluida en una partida de ellas perfectamente identificadas, numeradas y localizadas que causaron la emisión de un protocolo de actuación del Ministerio de Sanidad y Consumo y de la Agencia Española del Medicamento y Producto Sanitario, en adelante AEMPS, e igualmente de la Sociedad Española de Cirugía de Cadera, en adelante SECCA, a fin de que fueran explantadas al resultar nocivas para el organismo. Indica también que la agencia del medicamento inglesa (MHRA) emitió un comunicado en 2.014 señalando que existían evidencias científicas de riesgo para los pacientes por complicaciones al llevar implantes metal-metal, y se hace igualmente eco de la alerta sanitaria del Govern Balear respecto de las prótesis BHJR para mujeres. Afirma la demandante que existían desde hace muchos años estudios que denunciaban el posible riesgo cancerígeno que comportaban las prótesis metálicas de cadera, teniendo perfecto conocimiento los fabricantes de su genotoxicidad y pone de relieve que la demandada retiró del mercado el 1 de junio de 2.012 el revestimiento metálico de su sistema acetabular R3 de prótesis de cadera, recalando que la AEMPS recibió el 21 de septiembre de 2.015 comunicación de la mercantil demandada en la que informaba sobre la retirada del mercado de las prótesis de cadera de superficie con par de fricción metal-metal "Birmingham (BHR)", con componente de cabeza femoral de 46 mm de diámetro o inferior.

La acción dirigida contra SMITH & NEPHEW, S.A. queda por consiguiente residenciada en los [arts. 135](#) y siguientes del [Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#) , en relación con la [Directiva 93/42 \(LCEur 1993, 2128\)](#) de Productos Sanitarios. Así se concluye acudiendo a la exposición fáctica de la demanda que acabamos de resumir, en la que aparte de tratar sobre las consecuencias lesivas sufridas por la actora tras serle implantada la prótesis de cadera que ha generado el litigio y de argumentar sobre la indemnización que solicita, dedica el expositivo tercero a justificar la condición defectuosa de la prótesis que señala (presentando informe pericial sobre deficiencias de otra prótesis de cadera metal-metal de la misma empresa pero de diferente diámetro que fue implantada a otro paciente), mientras en el hecho cuarto de la demanda alude a la problemática que, en general, presentan las prótesis metal-metal.

Si nos atenemos a la fundamentación jurídica de fondo, la demanda alude a los elementos básicos de la responsabilidad contractual y extracontractual, incidiendo en el principio de unidad de culpa civil en el ámbito de la responsabilidad médica, lo que atañe propiamente a los codemandados, Dres. Romulo Salvador , pero no a SMITH & NEPHEW, S.A., sobre todo si se considera que el siguiente fundamento jurídico de la demanda desarrolla la responsabilidad por productos defectuosos que imputa a dicha entidad. Y en la audiencia previa al juicio el letrado actor indicó que ejercía la acción de responsabilidad por productos defectuosos y la de responsabilidad extracontractual, pero no aclaró respecto de ésta última qué acción u omisión negligente productora de daños y perjuicios imputaba a SMITH & NEPHEW, S.A. con base en los citados [arts. 1.902](#) y siguientes del Código Civil , que en la demanda tampoco se especifica, sin olvidar que toda la prueba propuesta

y practicada por la parte actora se dirige a tratar de acreditar la condición como defectuosa de la prótesis implantada en 2.007 a la Sra. Salome .

Por otro lado y en relación con el principio de unidad de culpa civil alegado en la demanda, conviene destacar que la S.T.S. nº 607/2.010, de 7 de abril , se pronuncia afirmando que si bien es cierto que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual queda relativizada en aplicación del principio "pro actione" por la jurisprudencia, ello no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación procedente. Así, la S.T.S. de 29 de noviembre de 2.005 , al referirse a la doctrina de la unidad de culpa civil invocada por la parte recurrente, admite que las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, dirigidas frente a quien causa un daño antijurídico, son compatibles, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio "iura novit curia" no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil basándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa, si bien y como también afirma la S.T.S. de 13 de marzo de 2.008 , en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente. Y esto es lo que ocurre en nuestro caso, puesto que el citado principio de unidad de culpa civil puede tener lugar, en su caso y con las matizaciones expuestas, entre las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, pero no en relación con la acción de responsabilidad por productos defectuosos, que es netamente distinta, no estando facultada la Sala para construir por propia iniciativa un relato que pueda justificar una conducta imprudente o negligente desplegada por la entidad codemandada, cosa que únicamente corresponde a la actora en la demanda y que no ha realizado en el presente caso.

En efecto, la obligación del fabricante de resarcir de manera directa al consumidor final de los daños causados por sus productos, se regula en el [Libro III](#) del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, que incorpora la regulación contenida en la Ley 22/1.994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, cuyo objetivo fue incorporar al Derecho español la [Directiva 85/374/CEE \(LCEur 1985, 712\)](#) de 25 de julio de 1.985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En consecuencia, este régimen legal debe ser aplicado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo con lo preceptuado en el [art. 4 bis](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) . Lejos de la base de la responsabilidad extracontractual, que es el principio de culpa, la que tiene lugar por productos defectuosos es una responsabilidad objetiva, exigible al margen de cualquier relación contractual y basada en el carácter defectuoso del producto.

Llegados a este punto, la Sala cree necesario subrayar y reiterar que respecto de la mercantil SMITH & NEPHEW, S.A. tan solo puede analizar la acción de responsabilidad por productos defectuosos, pero no la de responsabilidad extracontractual, que entendemos que no se dirige frente a dicha entidad por las razones aducidas.

El principio "iura novit curia" no permite considerar respecto de un determinado demandado una acción que no ha sido esgrimida frente al mismo. En este sentido, la S.T.S. 955/2.006, de 11 de octubre, determina que si bien el juzgador puede aplicar, atendiendo al mencionado principio y en relación con el de "da mihi factum, dabo tibi ius", normas distintas e incluso no invocadas por los litigantes a los hechos por los mismos establecidos, la observancia de estos principios no puede hacerse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al componente fáctico de la acción ejercitada y a la inalterabilidad de la causa petendi, pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa. En nuestro caso, no está de más señalar que en la audiencia previa al juicio el letrado actor señaló como hechos controvertidos los que determinarían, conforme a la normativa aplicable, que la prótesis de cadera implantada en 2.007 a la Sra. Salome era defectuosa, como son el conocimiento previo a su fabricación de que fallaría la prótesis en el organismo y la efectiva realización de los ensayos procedentes en aquella como requisito para poder ser puesta en circulación y contar con los correspondientes sellos de la Unión Europea.

En este punto, asumimos el criterio seguido por la S.A.P. de Zaragoza (Sección Cuarta) nº 150/2.015, de 13 de mayo, resolución que teniendo en consideración la reclamación de indemnización por daños causados por defecto de determinado producto y atendiendo al hecho de que la actora en aquel pleito no tenía vínculo contractual con la sociedad demandada, afirma que "podría plantearse si se podría acudir a la responsabilidad extracontractual del [art. 1902 CC](#). Ésta permite reclamar cualquier tipo de daño y gira en torno al concepto de culpa, con plazo de ejercicio propio ([art. 1.968 CC](#)) y con amplias posibilidades de defensa para desvirtuar la atribución de responsabilidad". La sentencia indicada resuelve esta cuestión considerando que "El régimen de una y otra responsabilidad es muy distinto, pudiendo dar lugar la acción del art. 135 del [RDL 1/2007 \(RCL 2007, 74\)](#) y la acción del [art. 1.902 CC](#) a una discusión y debate muy diferentes, una centrada en el defecto y la otra en la culpa, de modo que no es posible el cambio de fundamentación jurídica sin causar indefensión a la parte demandada, conforme al [art. 218 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y jurisprudencia expuesta".

En el supuesto que enjuiciamos es lo que sucedería, puesto que basta leer la demanda y contestación de SMITH & NEPHEW, S.A. para concluir, en primer lugar, que la acción dirigida contra aquella sólo es la de responsabilidad por producto defectuoso, tal como ya dijimos, sin que el examen del vídeo de la audiencia previa contenga dato alguno que permita concluir otra cosa. Y en segundo término, es la propia estructura de la demanda la que condiciona la contestación de la mercantil,

ya que ésta se opone en cuanto al fondo con base en la acción referida, pero no atendiendo a una acción sustentada en los [arts. 1.902](#) y siguientes del Código Civil y, por consiguiente respondiendo a una imputación de culpa o negligencia por su parte. Y es que en la demanda no se le achaca acción u omisión imprudentes que puedan dar entrada a estos preceptos, razón por la que se explica que el alegato de la demandada en este aspecto sea puramente procesal, al rechazar la posibilidad de acumular una acción específica otorgada por el ordenamiento con otra de carácter general.

Sin perjuicio de lo que acabamos de decir, no podemos dejar de mostrar nuestro desacuerdo con la codemandada al pretender que, una vez extinguida la acción de responsabilidad por producto defectuoso ya no sería posible acudir a la de responsabilidad extracontractual, ni acumularse una y otra. Por el contrario, consideramos que finalizada la posibilidad de accionar con base en las deficiencias del producto, conforme al art. 144 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 26 de noviembre, puede entrar en juego perfectamente la acción de responsabilidad extracontractual, puesto que no existe inconveniente en ello acumulándose eventualmente ambas acciones en el mismo proceso, acumulación que no lesionaría lo dispuesto en el [art. 71](#) de la Lec., pero siempre, claro está, que la acción aquiliana haya sido efectivamente ejercitada, cosa que aquí no ha ocurrido. Y es que la protección que se otorga al consumidor por aquel real decreto legislativo no es excluyente, sino complementaria de la que puede tener lugar en virtud de la responsabilidad contractual y extracontractual, ambas contempladas desde siempre en nuestro ordenamiento. De adoptarse la tesis contraria quedaría totalmente desprotegido el perjudicado, si tras diez años desde que accedió un producto defectuoso al mercado sin promover la acción judicial específica en ese periodo, sufriera daños por la utilización del mismo, bien por haberse manifestado el defecto tras esos diez años, bien cuando el daño hubiera permanecido latente, aflorando sus efectos más allá del periodo legal de vigencia de la acción.

Por ello, el Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre no puede ser interpretado conforme al [art. 3.1](#) del Código Civil en el sentido de que excluya otras acciones previstas en el ordenamiento jurídico una vez transcurrido el plazo específico de garantía de ejercicio de las reguladas en dicho texto legal. La propia directiva 85/374 CE, de 25 de julio de 1.985 recoge en su art. 11 el mismo plazo de diez años para la extinción de la acción de responsabilidad por producto defectuoso, a contar desde que ese producto se puso en circulación sin demanda judicial en ese plazo, justificándolo en sus "considerandos" en los cada vez mayores avances técnicos y medidas de seguridad, así como en el propio desgaste del producto en cuestión, lo que no implica en ningún caso que decaigan el resto de acciones que contempla el ordenamiento. Por ello, la alegación de SMITH & NEPHEW, S.A. sólo podría tener posibilidades de éxito si dentro del plazo de diez años desde que el producto accediera al mercado se tratara de accionar por los mismos hechos y reclamando indemnización por idénticos conceptos, en virtud de los [arts. 135](#) y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, acumulándola

con otra acción de responsabilidad extracontractual prevista en los [arts. 1.902](#) y siguientes del Código Civil .

Por lo tanto, el siguiente punto a tratar es el relativo a la extinción de la acción de responsabilidad por producto defectuoso, única esgrimida frente a SMITH & NEPHEW, S.A., alegación que dicha entidad codemandada ya introdujo en su contestación a la demanda y en la que insiste en su respuesta al recurso de apelación, sin que la apelante efectúe aportaciones de interés en este punto en su recurso de apelación. La juzgadora no tuvo ocasión de examinar esta cuestión al haber acogido la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada.

La extinción de la acción la sustenta la entidad apelada en el transcurso de más de diez años desde que la prótesis implantada a la actora del litigio en enero de 2.007 accediera al mercado y sin que en dicho plazo se hubiera promovido acción judicial, de acuerdo con lo preceptuado en el [art. 144](#) del Real Decreto Legislativo 1/2.007 .

Pues bien, observamos que la demanda objeto de este litigio tuvo acceso a Decanato el 10 de octubre de 2.016. Este dato debe ser conjugado con el documento nº 5 adjunto a la contestación de la demanda de SMITH & NEPHEW, S.A., consistente en un escrito de Don Luis , a la sazón Vicepresidente de Marketing Global de Productos de Cadera SMITH & NEPHEW, de acuerdo con el cual los componentes que conforman la prótesis que fue implantada a la Sra. Salome son los siguientes: cotilo acetabular de BHR, con número de referencia NUM000 , de 48 mm de diámetro, lote nº NUM001 , cuya fecha de fabricación se remonta al 14 de diciembre de 2.004; y la cabeza femoral de BHR con número de referencia NUM002 , de 42 mm de diámetro, lote nº NUM003 y que fue producida el 24 de junio de 2.005. Además, como documento nº 4 de su contestación, la mercantil SMITH & NEPHEW, S.A. adjunta informe de ventas, de acuerdo con el cual, el cotilo acetabular identificado fue vendido el 18 de enero de 2.005, mientras la cabeza femoral igualmente reseñada se vendió el 8 de julio del mismo año. No encontramos razón para no dar valor probatorio a tales documentos, no impugnados en la audiencia previa al juicio, ya que su eficacia acreditativa descansa en que se refieren a hechos objetivos propios y habituales del tráfico mercantil de la demandada y del grupo de empresas a que pertenece, por lo que está en las mejores condiciones para aportar este dato, no habiéndose incorporado a autos ninguna prueba que aconseje poner en duda las fechas recogidas en dicha documentación.

Sin perjuicio de lo anterior, observamos que la tesis sustentada por la parte apelante en este punto no descansa en mantener otras fechas posteriores de acceso al mercado de los componentes de la prótesis, sino en que el plazo a que se refiere el citado [art. 144](#) del Real Decreto Legislativo 1/2.007 ha de computarse desde el momento en que aquella fue implantada a la paciente (26 de enero de 2.007); así lo dijo el letrado actor en la audiencia previa al juicio.

Expuesta la controversia, concluimos que la acción de responsabilidad por

producto defectuoso se había extinguido ya cuando se interpuso la demanda. En efecto, en relación con dicha acción, el Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, contempla dos plazos. El primero es de prescripción de la acción, recogido en su art. 143 y fijado en tres años, cuyo cómputo se inicia en el momento en que el damnificado sufre el perjuicio, bien sea por defecto del producto o por el daño que el mismo le hubiese causado y siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio; es en este ámbito en el que tendría apoyo la tesis de la demandante si no hubiera transcurrido el plazo de garantía de diez años, marco temporal en el que se desenvuelve el plazo de prescripción de la acción. Existe por consiguiente otro plazo, que es propiamente de garantía como decimos y que fija el periodo en el que esta acción puede ser planteada según el art. 144 del mismo texto normativo, precepto que determina de forma imperativa que los derechos reconocidos al perjudicado en el capítulo de la norma en que se incardina el artículo se extinguen a los diez años, a contar desde la fecha en que el producto concreto causante del daño se hubiese puesto en circulación, a menos que, durante ese periodo, se hubiese iniciado la correspondiente acción judicial. Se trata de un plazo recogido del Derecho anglosajón, en concreto de la figura denominada "Statute of limitation", que encuentra respaldo en razones puramente económicas y que facilita a las empresas fabricantes la concertación de seguros de responsabilidad por los productos que elaboran. En estas condiciones, atendiendo a la fecha de la demanda, que se interpuso como dijimos el 10 de octubre de 2.016, así como en consideración de las fechas de fabricación y, sobre todo, de venta de los componentes de la prótesis implantada a la actora del litigio que ya se indicaron y que configuran el momento de acceso al mercado de aquellos, concluimos que la acción se encuentra extinguida. En este sentido, subrayaremos que el elemento de puesta en circulación del producto defectuoso, contemplado en el mencionado [art. 144](#) del Real Decreto Legislativo 1/2.007, tiene lugar cuando ese producto accede a la cadena de distribución o venta, de modo que computa para el plazo de extinción incluso el tiempo de almacenamiento del producto en las instalaciones del comprador.

Surgió la duda a este Tribunal sobre si podía considerarse viva la acción a pesar de lo dicho hasta el momento, dado que la retirada del mercado de los componentes de la prótesis implantada a la Sra. Salome tuvo lugar en el año 2.012, antes por tanto de que transcurrieran diez años desde que accediesen al mercado sus componentes. Pero llegamos a la conclusión de que de haber entendido que la acción no se había extinguido por esta circunstancia, la Sala habría basado su decisión en un elemento no contemplado en el art. 144 del citado texto legal, que tan sólo incluye el transcurso del plazo de diez años desde que el producto accediera al mercado sin que en ese tiempo haya existido acción judicial; es decir, no recoge un plazo mínimo de diez años de permanencia del producto en el mercado, ni dispone que si se retira antes de ese tiempo del tráfico mercantil no se extingue la acción o se confiere un plazo más largo para interponerla, no pudiéndose considerar ello como mero olvido del juzgador a tenor de los elementos de interpretación de las normas jurídicas que menciona el [art. 3](#) del Código Civil.

Otra duda que afrontó la Sala al respecto y que se dio porque los perjuicios se producen en el marco de una actuación médica específica, se generó al considerar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 10 de mayo de 2.011 (asunto C-203/1989 , Henning Veddfald y Aarhus), dictada en el ámbito de una actividad sanitaria, al indicar dicha resolución que el [art. 7. a](#) de la Directiva 85/374/CE , de 25 de julio, debe ser interpretado en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta. Así, tal afirmación -en línea con el criterio del letrado actor expresado por él en la audiencia previa- podría dar pie a considerar la fecha de inicio del cómputo para la extinción de esta acción el 26 de enero de 2.007, es decir, cuando se implanta la prótesis a la Sra. Salome . Sin embargo ello no es así, al ser radicalmente distintos el caso aquí enjuiciado y el resuelto por aquel Tribunal, puesto que en este último supuesto se negaba precisamente la puesta en circulación del producto por el hospital público que lo había fabricado -líquido de irrigación de un riñón para prepararlo a fin de ser trasplantado-, concluyendo el Tribunal europeo que la citada Directiva es aplicable a la Administración Pública sanitaria que, con ocasión de la prestación de un servicio médico, utiliza un producto defectuoso fabricado por ella misma. Ahora bien, sin perjuicio de que en nuestro caso no está en tela de juicio el acceso al mercado de la prótesis de cadera que ha originado el litigio, lo cierto es que la sentencia indicada guarda silencio para los casos, como es el nuestro, en que se utiliza un producto que se dice defectuoso que no ha sido fabricado por el centro sanitario que presta el servicio o por otro dependiente del primero, sino por una empresa externa y ajena al propio hospital.

En consecuencia con todo ello, aun admitiendo la legitimación pasiva de SMITH & NEPHEW, S.A., debe ser rechazado el recurso de apelación en sus restantes pretensiones, puesto que la acción de responsabilidad por producto defectuoso se encuentra extinguida y es la única planteada frente a dicha mercantil, lo que cierra la vía para analizar los puntos relativos al carácter defectuoso de la prótesis y a la correspondiente indemnización.

CUARTO.-

Del recurso de apelación respecto de la acción interpuesta frente a los codemandados Dres. Romulo Salvador .

La S.T.S. nº 524/2.010, de 25 de noviembre , nos recuerda que, en líneas generales, la obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no se identifica con la obtención en todo caso de la curación del paciente, sino que consiste en la de proporcionarle todos los cuidados que requiera para tratar de sanar su dolencia, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* [reglas de la profesión adecuadas al caso] (cf. S.T.S. de 24 de marzo de 2.005), algo que se presenta como rotundamente claro en el caso de la Sra. Salome , que acudió a los facultativos codemandados para remediar la coxartrosis de cadera que padecía.

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo

la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o bien la emisión de unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad (cf. S.T.S. de 15 de febrero de 2.006).

Por otra parte, en el marco de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la objetividad de la misma y es igualmente rechazable una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) salvo para los supuestos tasados, según lo dispuesto en su art. 217.5 y no obstante las matizaciones que se expondrán. El criterio de imputación del [artículo 1.902 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) se basa en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad entre actuación médica y daño, así como la de la culpa del facultativo, en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o fuera de las técnicas médicas o científicas exigibles (cf. S.T.S. de 24 de noviembre de 2.005).

La efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado y el efecto indirecto de prevención, que constituyen principios propios del Derecho de daños, exige que se module tanto la imputación objetiva de los daños al profesional sanitario como la valoración del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, como ocurre en los casos en los que se aprecia la producción de un resultado desproporcionado de daños. En virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado perjudicial para el paciente generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no tienen lugar sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento del comportamiento profesional del agente debe realizarse considerando, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional (cf. S.S. T.S. de 23 de mayo de 2.007 , y 8 de noviembre 2.007).

Con arreglo a estos criterios, la citada S.T.S. nº 524/2.010, de 25 de noviembre , indica que en el caso allí enjuiciado no son aceptables las argumentaciones del recurso, que parecen defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica fundada en la existencia de determinados daños, o a sostener que los médicos actuantes estaban obligados a demostrar que la secuela padecida no fue debida a su negligencia, puesto que la sentencia recurrida destaca, entre otros extremos, que el tratamiento fue adecuado, que la secuela sufrida puede aparecer por distintas causas y que solo podía evitarse mediante rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente y que no se produjo.

Aplicando estas ideas a nuestro caso, observamos que en la demanda no se identifica conducta imprudente o negligente alguna atribuible a los Dres. Romulo Salvador capaz de aplicar los criterios expuestos y de fundamentar su

responsabilidad extracontractual, ni fijándonos en el diagnóstico y procedimientos médicos acordados para tratar la dolencia de la Sra. Salome , ni tampoco en el concreto ámbito de las operaciones quirúrgicas a que fue sometida, muy en particular con relación a la de 26 de enero de 2.007, en la que se le implantó la prótesis de cadera de SMITH & NEPHEW.

Llama poderosamente la atención en el recurso de apelación la afirmación de la recurrente de que su intención no es resarcirse del daño que le fue causado con cargo a los codemandados, pues ello es contrario al objetivo propio de la acción de responsabilidad extracontractual ejercida, cuyo único fin es la reparación íntegra de esos daños, siquiera en la proporción del 2% indicada en la demanda. Y todavía produce mayor perplejidad que se trate de justificar la demanda frente a los facultativos intervinientes afirmando que ello resultaba imperativo porque "podían contar evidencias relacionadas con el fracaso de estas prótesis, que podían ser desconocidas por esta parte por no ser accesible al público general". Tal afirmación no sólo resulta gratuita, sino que además es contraria a las posibilidades de producción de prueba del proceso civil y, por otra parte, tampoco puede sustentarse en la posible actuación de la entidad codemandada que sospecha la actora, de acuerdo con la cual habría imputado a los doctores una mala praxis, porque aparte de que todo ello hubiese quedado depurado en el procedimiento, incluso con la posibilidad de actuación procesal de los facultativos conforme al [art. 13](#) de la Lec ., aceptar cualquiera de las dos justificaciones que propone la recurrente supondría asumir la posibilidad de utilizar con objetivos meramente instrumentales e impropios la acción de responsabilidad extracontractual contra los Dres. Romulo Salvador , algo que no permite el ordenamiento.

Por lo demás, la alegación tardía en el recurso de apelación, por tanto extramuros de la primera instancia, de ausencia de consentimiento informado y de no haber comprobado los cirujanos que la prótesis que implantaron en enero de 2.007 a la Sra. Salome carecía de los sellos de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , no puede ser analizada por primera vez en esta segunda instancia, menos aún cuando la propia apelante es la que admite que no era esa su intención cuando formuló la demanda.

QUINTO.-

Las razones expuestas en el apartado anterior nos llevan a respaldar el pronunciamiento de la juzgadora sobre la imposición de costas a la actora apreciando temeridad, la cual se extiende también a las costas de segunda instancia, respecto de la demanda dirigida contra los Dres. Romulo Salvador , porque se fundamenta esta decisión en análogas razones a las que acabamos de exponer y dado que la traída al pleito como demandados de dichos profesionales se produce, como decimos, de manera instrumental, innecesaria e improcedentemente desde una perspectiva procesal, de modo que debemos ratificar en este punto la sentencia de primera instancia.

En relación con la imposición de costas de primera instancia respecto de la acción dirigida contra la mercantil SMITH & NEPHEW, S.A., no procede, atendiendo a las

serias dudas de Derecho acerca de la extinción de la acción de responsabilidad por producto defectuoso y que ya han quedado expuestas, sin olvidar que se ha acogido la alegación de la apelante respecto de la legitimación pasiva de la entidad SMITH & NEPHEW, S.A., lo que justifica también que no se le impongan las costas de esta alzada al estimarse en ese aspecto el recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y procedente aplicación.

III.- FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación planteado por DOÑA Salome , representada por la procuradora Doña Maribel Juan Danús, contra la sentencia dictada el día 25 de mayo de 2.018 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca , resolviendo el juicio del que el presente rollo deriva.;

En consecuencia, revocamos la mencionada resolución para acoger la legitimación pasiva de la entidad SMITH & NEPHEW, S.A., representada por la procuradora Doña María Magina Borrás Samsaloni. Revocamos igualmente la citada resolución en relación con la imposición de costas a la actora respecto de la acción dirigida contra dicha sociedad, al apreciar serias dudas de Derecho sobre la extinción de dicha acción. Por consiguiente, no se imponen las costas de primera instancia a la actora por su demanda planteada contra la citada mercantil.

Confirmamos la sentencia de primera instancia en los restantes pronunciamientos que no se opongan a los anteriores, por tanto, en cuanto desestima la demanda interpuesta contra todos los demandados, y mantenemos la imposición de costas de primera instancia por temeridad respecto de la demanda interpuesta contra DON Romulo , representado por la procuradora Doña María del Carmen Gayá Font; y DON Salvador , representado por el procurador Don José Antonio Cabot Llambías.

En cuanto atañe a las costas de esta alzada, no se imponen respecto del recurso de apelación en relación con la entidad SMITH & NEPHEW, S.A., representada por la procuradora Doña María Magina Borrás Samsaloni y se imponen a la apelante, apreciando temeridad, en relación con su recurso respecto a DON Romulo , representado por la procuradora Doña María del Carmen Gayá Font; y DON Salvador , representado por el procurador Don José Antonio Cabot Llambías.

Recursos.- Conforme al [art. 466.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 1/2000 , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.^a de la [L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#) , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente DON Álvaro Latorre López, que lo ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública señalado en el encabezamiento, doy fe.