

AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, S 24-02-2023, nº 64/2023, rec. 169/2021 PTE.: González Delgado, Macarena
ROJ: TF 104: ECLI: ES:APTF::104

Procedimiento: Recurso de apelación

Sentido del fallo: Estimación parcial

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Demandado/recurrido: Deudor de la obligación

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

En los autos indicados en el encabezamiento precedente, el , Magistrado Juez D. Iñigo Herrero Elejalde dictó Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2020 en cuya parte dispositiva o fallo se acuerda, literalmente, lo siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA

QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda formulada por Dña. Natalia representada por el Procurador de los Tribunales D. CLAUDIO GARCÍA DEL CASTILLO contra JOHNSON AND JOHNSON S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. PILAR DE LA FUENTE ARENCIBIA y contra D. Gumersindo representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. PILAR FERNÁNDEZ DE MISA CABRERA.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. AP de **Santa cruz de Tenerife**.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.-

Notificada la sentencia a las partes en legal forma, la representación procesal de la parte demandante interpuso contra ella recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición por la parte demandada; seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.-

Efectuado el oportuno reparto y recibidos los autos en esta Sección Tercera, se acordó formar el correspondiente Rollo y se designó Ponente.

Las partes demandante apelante, y demandada apelada se personaron oportunamente mediante los mismos profesionales que en la precedente instancia.

Para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló el día 9 de noviembre del año 2022.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Macarena González Delgado quien expresa el criterio y decisión del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La actora interpone demanda de juicio ordinario contra la entidad mercantil Johnson and Johnson, con domicilio a efectos de notificaciones en Paseo de las Doce Estrellas n.º 5-7 de Madrid, y contra el Doctor Gumersindo, solicitando que se condene a dichos demandados a indemnizar a la actora en la cantidad de 412.912,76 euros, más los intereses legales de dicha suma y las costas. Ejercita la actora la acción de responsabilidad civil por producto defectuoso derivada de lo dispuesto en los arts. 135 y siguientes del RDL 1/2007 de Protección Jurídica de Consumidores y Usuarios (EDL 2007/557), dirigiendo la demanda contra la entidad Johnson and Johnson; y la derivada de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil (EDL 1889/1) contra ambos demandados.

La entidad demandada comparecida Johnson & Johnson SA (en adelante J&J SA) se opone a la demanda pidiendo que sea desestimada en su integridad.

El demandado señor Gumersindo también se opone a la demanda, pidiendo su desestimación.

La sentencia dictada el 22 de diciembre de 2020 en primera instancia desestima dicha demanda, absolviendo a ambos demandados, con imposición de las costas causadas a la actora.

Contra dicha sentencia se alza el recurso de la actora, impugnando los pronunciamientos que afectan a la entidad J & J SA, excluyendo de dicho recurso lo resuelto respecto de la reclamación formulada frente al demandado Doctor Gumersindo. A dicho recurso se opone la entidad demandada, pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida. La representación del señor Gumersindo, a quien se dio traslado del recurso, alega que, habiendo solicitado que se declarara la firmeza del pronunciamiento de la sentencia referido a la desestimación de la demanda frente al mismo, petición que fue denegada, contesta al recurso señalando que no formula oposición por serle favorable la sentencia dictada en la primera instancia y en atención al contenido del recurso de la actora.

SEGUNDO.-

Alega la actora en su recurso de apelación la infracción del [art. 40 de la LEC \(EDL 2000/77463\)](#) en relación con el [art. 10 de la LOPJ \(EDL 1985/8754\)](#) y 114 LECrm, relativos a la prejudicialidad penal. Dicho motivo de impugnación se desestima en virtud de lo dispuesto en el auto de 23 de julio de 2021 dictado por la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional en el Rollo 426/2021, dimanante de las Diligencias Previas 77/2017 del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, mediante el que se desestima el recurso de apelación frente al auto de 29 de enero de 2021 del referido Juzgado Central de Instrucción, resolución que acordaba el sobreseimiento provisional de las diligencias respecto de la mercantil J&J SA y demás querellados.

La segunda impugnación es la relativa a la infracción del [art. 24 CE \(EDL 1978/3879\)](#) en su modalidad del derecho a la prueba. Dicha impugnación también se desestima, remitiéndonos a lo resuelto en el auto dictado el 1 de septiembre de 2022 en esta alzada, que acordó inadmitir las pruebas documentales y pericial propuestas por la representación procesal de la actora recurrente, resolución que se da por reproducida en todos sus términos.

TERCERO.-

Por lo que respecta a la cuestión de fondo planteada en esta litis, alega la recurrente error en la valoración de la prueba, por no constar acreditado que J&J SA notificara a Doña Natalia la identidad del fabricante de sus **prótesis**, con infracción de lo dispuesto en el [art. 138.2 TRLGDCU \(EDL 2007/205571\)](#). La sentencia recurrida señala que, según resulta del documento n.º 3 de la contestación a la demanda, la entidad demandada identificó al fabricante en el plazo de 3 meses, tal y como exige el [art. 138.2 del RD 1/2007 \(EDL 2007/797\)](#); contra dicho pronunciamiento alega la recurrente que en ese documento no se hace referencia al fabricante de la **prótesis** implantada a la actora, refiriéndose a las que lo fueron a otros pacientes, insistiendo en la concurrencia de datos que acreditan que, dentro del macro grupo DePuy Johnson and Johnson, son varios los fabricantes de las **prótesis** referidas.

La cuestión planteada por la recurrente fue resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020 que dispuso:

"3.1. Marco normativo. Responsabilidad del fabricante y del proveedor en el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

i) Partiendo de la existencia de una responsabilidad solidaria, la interpretación de las reglas generales de responsabilidad y de las contenidas en la Ley 236/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, permitió en el pasado a las víctimas de productos defectuosos escoger contra que sujeto de la cadena de elaboración y **distribución del producto** dirigían su reclamación. Pero el derecho vigente, de acuerdo con la [Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985 \(EDL 1985/9972\)](#), sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, no establece la responsabilidad solidaria de fabricantes y **distribuidores**, sino que canaliza la responsabilidad por productos defectuosos al "productor" (en sentido amplio, comprensivo de los fabricantes e importadores en la Unión Europea, cuando el fabricante se encuentre fuera de la Unión Europea). Solo de modo subsidiario, y para el caso de que el productor no esté identificado, se considera al proveedor (suministrador, **distribuidor**) como productor, a menos que indique al dañado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado el producto a él. Se trata de una opción de política legislativa justificada en dos órdenes de ideas. De una parte, que son los fabricantes quien están en mejores condiciones para evitar y prevenir el carácter defectuoso de sus productos. De otra, que la responsabilidad de todos los sujetos de la cadena de elaboración y **distribución** encarecería el precio de los productos, tanto por las exigencias de multiplicación de los seguros como por el aumento de la litigiosidad como consecuencia del previsible ejercicio de acciones de repetición entre proveedores y productores. Ciertamente no es este el modelo generalizado en otros ordenamientos fuera de la Unión Europea, en los que se tiene en cuenta la mayor cercanía del **distribuidor** a la víctima y al perjudicado, ni tampoco el modelo que estaba en vigor en la mayoría de los ordenamientos nacionales europeos con anterioridad a la [Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#). Sin embargo, en aplicación de la [Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#) se ha descartado modificarla para equiparar la responsabilidad del suministrador a la del fabricante. Se sigue considerando que la opción escogida cuando se aprobó la Directiva alcanza un equilibrio eficiente entre los intereses de los perjudicados y los productores en una material que requiere una armonización completa en los países de la Unión Europea. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que es contraria a la [Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#) la norma estatal o la práctica jurisprudencial que establece la responsabilidad del **distribuidor** de un producto defectuoso en las mismas condiciones que el productor. Se admite, en cambio, la compatibilidad de la norma comunitaria con las normas nacionales que imputan responsabilidad al **distribuidor** con arreglo a criterios de responsabilidad por culpa o a las tradicionales sobre responsabilidad por vicios. Así, en las sentencias de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000), de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003), y 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005).

ii) Como expresión a la regla general de la responsabilidad del productor, el [art. 3.3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#), y en nuestro Derecho interno, el [art. 138.2 TRLGDCU \(EDL 2007/205571\)](#), introducen una regla especial para el supuesto de que el productor, el fabricante por lo que interesa en este proceso, "no pueda ser identificado". En este caso, el proveedor responderá como productor, como si fuera el fabricante. Establece el [artículo 138 TRLGDCU \(EDL 2007/205571\)](#): "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando indique el nombre

del fabricante". (.) La finalidad del artículo 3.3 de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972) y del art. 138.2 TRLGDCU (EDL 2007/205571) es facilitar la indemnidad de las víctimas en el supuesto a que se refieren las normas, esto es, cuando el productor no pueda ser identificado". Las normas presuponen que el suministrador puede fácilmente identificar al productor o a quien suministró el producto y, de esta forma, imponen al suministrador la carga de proporcionar tal información a la víctima con el fin de que pueda dirigir su reclamación contra el productor. Así se explica fácilmente la consecuencia que tiene para el suministrador de un producto defectuoso que no informe a la víctima de la identidad del productor, a saber, la responsabilidad de ese suministrador como si fuera productor. Esta regla presupone también que la víctima, o el perjudicado, no conoce quien es el productor, aunque ni el art. 3.3 de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972) ni el art. 138.2 TRLGDCU (EDL 2007/205571) precisan el grado de diligencia exigible a la víctima para identificarlo. Atendiendo a la finalidad de la norma, debe entenderse que no es precisa una imposibilidad absoluta de identificación del productor, sino que, en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor. Estas circunstancias dependerán de cada caso, puesto que los supuestos por los que puede no estar identificado el productor son, de hecho, muy diferentes (el producto se comercializó a granel, se destruyó con el siniestro, existen complejos entramados societarios entre todas las empresas que intervienen en la producción y **distribución de los productos**, etc). En ese sentido, la STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, en relación con el art. 3.3 de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972), afirma: "55. Como han señalado tanto la Comisión Europea como la Abogado General, en el punto 97 de sus conclusiones, esta disposición debe entenderse en el sentido de que se refiere a aquellos supuestos en los que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, a la víctima del producto supuestamente defectuosos no le resultaba razonablemente posible identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar los derechos frente a su suministrador, extremo éste que, en el presente asunto incumbirá determinar, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional".

La ley española, al igual que otras leyes europeas de transposición de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972) (como la francesa, la portuguesa, la italiana o la sueca) ha concretado cuál es ese "plazo razonable" a que se refiere la Directiva y dentro del cual el suministrador debe identificar al fabricante para evitar quedar asimilado al régimen de responsabilidad objetiva del productor (en tres meses, en el caso del art. 138.2 TRLGDCU (EDL 2007/205571)). Aunque a diferencia de lo que han hecho algunas de esas leyes nacionales de transposición, ni la Directiva ni la ley española exigen un requerimiento en forma determinada, es evidente que tal plazo no puede empezar a contarse hasta que el perjudicado entra en contacto con el suministrador, haciéndole conocer los daños ocasionados como consecuencia del uso o consumo de producto.

El tribunal de Justicia, en su citada sentencia de 2 de diciembre de 2009, ha dejado claro que el suministrador no evita quedar asimilado al productor si se limita a firmar que él no es el productor. Existe la obligación a cargo del suministrador de comunicar a la víctima o perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador. 56. En tal supuesto, del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972) se desprende que el suministrador debe ser considerado "productor" si no ha informado al perjudicado de la identidad del productor o de su propio suministrador dentro de un plazo de tiempo razonable.

57. A este respecto, procede indicar, en primer lugar, que el mero hecho de que el suministrador del producto de que se trate niegue ser su productor, no basta, si no se acompaña esta refutación de la información sobre la identidad del productor o de su propio suministrador del producto, para considerar que dicho suministrador ha proporcionado al perjudicado la información a que se refiere el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972) ni, por tanto, para excluir que pueda ser considerados "productor" en virtud de esa disposición.

58. A continuación, es preciso señalar que el requisito de proporcionar tal información en un "plazo razonable", en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972), implica la obligación, a cargo del suministrador demandado por un perjudicado de comunicar a éste, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador.

59. En el litigio principal incumbirá, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional comprobar, a la vista de las circunstancias del asunto, si APMSD cumplió esta obligación o no, teniendo en cuenta, en especial, la circunstancia particular de que APMSD, como filial de APSA, al haber adquirido directamente de ésta la vacuna en el momento en que OB ejerció la acción judicial contra de ella".

CUARTO.-

Un nuevo examen de lo actuado conduce a la desestimación de la impugnación formulada, en tanto que la aplicación de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo citada conduce a tener por acreditado que la entidad demandada cumplió con la obligación impuesta en el artículo 138.2 del TRLGDCU (EDL 2007/205571) de identificar al fabricante de la prótesis implantada y explantada a la hoy actora, pues otra cosa no puede deducirse, en primer lugar, de la redacción de la propia demanda, en la que se hace constar el conocimiento que se tiene de quién es el fabricante de la prótesis y el **distribuidor** de las mismas y, en segundo lugar, de las comunicaciones entre el letrado de la actora y la entidad demandada, de la que resulta que ese dato le fue comunicado en diversas ocasiones con anterioridad a la interposición de la demanda, contestando a la interpelación de dicho letrado en relación a la hoy actora y a otros perjudicados por la implantación de las prótesis aquí referidas. Carece de la trascendencia pretendida por la recurrente que, en una de esas comunicaciones, en la que se incluye una lista de perjudicados, no se encuentre el nombre de la actora, teniendo en cuenta que consta acreditado que la prótesis implantada a ella era del mismo tipo que aquellas por las que preguntaba el letrado actor en nombre de su cliente, pues, como señala dicha parte en su demanda, se trata de una partida de prótesis perfectamente identificadas, numeradas y localizadas. En el mismo sentido, no tienen los efectos pretendidos por la recurrente que dichas comunicaciones se dirigieran al letrado y no a la perjudicada hoy actora, en tanto que era ese profesional el que ha actuado en ese caso frente a la demandada en nombre de su cliente, siquiera como mandatario verbal de la misma. De esta manera, como estableció la sentencia de 20 de enero de 2020 que acabamos de citar, recogiendo lo dispuesto en la STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, en relación con el art. 3.3 de la Directiva 85/374 (EDL 1985/9972), "55. (.) esta disposición debe entenderse en el sentido de que se refiere a aquellos supuestos en los que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, a la víctima del producto supuestamente defectuoso no le resultaba razonablemente posible identificar al productor antes de ejercitar sus derechos frente a su suministrador, extremo éste que, en el presente asunto incumbirá determinar, en su caso, al órgano nacional".

Valorada la prueba documental aportada a las actuaciones, teniendo en cuenta las comunicaciones de la entidad demandada, aportadas como documento n.º 3 de la contestación a la demanda, así como los anuncios y avisos emitidos por la fabricante de la **prótesis** y la Agencia Española del Medicamento en 2010, debe concluirse señalando que en este caso, a la víctima le resultaba razonablemente posible identificar al productor de la **prótesis** antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador, teniendo en cuenta que, además, el letrado que la asesora ha intervenido en otros pleitos de la misma naturaleza contra la misma entidad, teniendo conocimiento de las resoluciones judiciales que determinaban la identidad del productor, y sin que pueda oponerse que ese dato era conocido por el letrado pero no por la consumidora, en cuanto no cabe duda de que, contratados sus servicios por la actora, es el letrado el que la asesora y el que está en disposición de interpretar las noticias que le llegan en beneficio de aquella. En consecuencia con lo expuesto, se desestima la impugnación referida al error en la valoración de la prueba en la determinación del cumplimiento de la obligación del suministrador de informar a la perjudicada sobre la identidad del fabricante de la **prótesis** implantada.

QUINTO.-

Señala la recurrente que la sentencia apelada omite todo pronunciamiento referido a la responsabilidad extracontractual de J&J SA por infracción de lo dispuesto en el [art. 1.902 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) en relación con el [24 CE](#), alegada en la demanda. Continúa señalando dicha recurrente que en la demanda que inicia estas actuaciones se ejercitan dos acciones: la relativa a los arts. 5 y 135 a 146 del TRLGDCU por producto defectuoso y la derivada del [artículo 1.902 CC \(EDL 1889/1\)](#), sin que se haya resuelto sobre la última acción citada en la sentencia recurrida, en referencia al incumplimiento de las obligaciones jurídicas relativas al mercado CE en el etiquetado de la **prótesis** ASR implantadas a la actora, y otros deberes que, de conformidad con la normativa que resulta de aplicación, se le exigían a J&J SA como **distribuidora**.

Ejercitada dicha acción en otros procedimientos sobre el mismo objeto que el presente, la sentencia dictada por Sección Cuarta de esta misma Audiencia de 21 de **febrero** de 2018, -que adquirió firmeza en virtud de lo dispuesto en el Auto del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2021, inadmitiendo los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la referida sentencia por perjudicado dirigido por el letrado señor Ortiz, el mismo que actúa en este procedimiento- dispuso "La imputación de tal responsabilidad descansa o parte de la base del hecho de la **distribución** <<de un producto defectuoso que produce el daño en el paciente>>, de manera que sería esa conducta la integrante de la acción negligente exigida como primer requisito de la responsabilidad regulada en dicho precepto; sin embargo, esa misma **distribución** integra la fase fáctica fundamental (causa petendi) de la acción de responsabilidad por productos defectuosos que también se ejercita y sobre la que opera la excepción de falta de legitimación pasiva estimada. Es cierto, como de igual modo se ha señalado anteriormente, que el artículo 128, en su [párrafo 2º, de la LDCU \(EDL 2007/205571\)](#) deja a salvo las acciones <<de la responsabilidad extracontractual a que hubiera lugar>>, de manera que no hay incompatibilidad en el ejercicio de unas y otras, pero obviamente cuando se trate, como apunta la entidad apelante, de fundamentos de hecho y jurídicos (no meramente legales) distintos, pues la responsabilidad de productos defectuosos tiene el carácter imperativo al que alude de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita.

2. Partiendo de esa consideración no cabe estimar ninguna acción basada en una supuesta responsabilidad extracontractual, pues no se concreta la supuesta acción negligente de la demandada, fuera o aparte de la simple **distribución del producto** pretendidamente defectuoso (que, en su caso, únicamente generaría la responsabilidad objeto de regulación especial, que, como se ha señalado, no es posible plantear frente a la demandada), que habrá generado esa responsabilidad, ni, por consiguiente, existe algún daño que pudiera ser consecuencia de esa inespecífica acción imputable a la demandada, de la que surgiera su responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 1.902 del CC \(EDL 1889/1\)](#).

3. En definitiva, la **distribución del producto** con conocimiento del defecto daría lugar a la responsabilidad del proveedor conforme a lo dispuesto en el artículo 146 antes citado, pero en este caso y de acuerdo con lo ya señalado no ha concurrido tal supuesto, y fuera del mismo, no se ha planteado ninguna otra acción culpable por parte de la demandada que hubiera podido dar lugar a la responsabilidad extracontractual según el régimen general del art. 1902 y ss delo CC, por lo que tampoco puede estimarse el recurso con esta base".

En el presente caso, como resulta de las alegaciones formuladas en el recurso, la apelante fundamenta dicha responsabilidad en el "incumplimiento de las obligaciones jurídicas relativas al mercado CE en el etiquetado de las **prótesis** ASR implantadas a la Sra. Natalia, y otros deberes que, de conformidad con la normativa que le resulta de aplicación, se le exigían a Johnson & Johnson SA como **distribuidor**". Continúa señalando que en la audiencia previa quedó fijado como hecho controvertido, entre otros "si existe algún tipo de responsabilidad por parte de la **distribuidora**", quedando fijado, entre otros, "el reproche por el incumplimiento de la normativa en materia de etiquetado por parte de Johnson & Johnson SA". Añade que las etiquetas de la **prótesis** ASR implantada a la actora adolecen de la ausencia del preceptivo certificado CE y del número que normalmente acompaña al mismo.

A la vista de las alegaciones expuestas, la recurrente imputa a la **distribuidora** el incumplimiento de los deberes de etiquetado del producto defectuoso señalados en el [art. 138.2 del RDL 1/2007 \(EDL 2007/557\)](#). Como antes señalamos, la STS de 20 de enero de 2020 señaló: "Se admite en cambio la compatibilidad de la norma comunitaria con las normas nacionales que imputan responsabilidad al **distribuidor** con arreglo a criterios de responsabilidad por culpa o a las tradicionales sobre responsabilidad por vicios. Así, en las sentencias de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000, de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003, y 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005)". Resulta de la jurisprudencia expuesta que el régimen de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, expuesto en la Directiva Comunitaria 85/374 y extrapolado a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la CEE, tiene carácter imperativo, sin que proceda acudir a normas internas, como es el [art. 1.902 de nuestro Código Civil \(EDL 1889/1\)](#), cuando se aleguen infracciones tipificadas en la normativa sobre productos defectuosos, como es el [RDL 1/2007 \(EDL 2007/557\)](#), relativo a la responsabilidad civil derivada de lo dispuesto para este tipo de productos en la Directiva Comunitaria 85/374 CEE de 25 de julio.

En consecuencia, regulando el [artículo 1.902 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) la responsabilidad extracontractual, no se ha señalado por la recurrente qué acto u omisión de la demandada puede ser calificado como culposo, del que surgiera la responsabilidad extracontractual a que se refiere dicho precepto,

distinto de las alegaciones respecto del etiquetado del producto; alegaciones que estimamos incluidas en la normativa derivada de la Directiva Comunitaria 85/374 ya citada. En definitiva, no pudiendo ser estimada como acción culposa, a los efectos de la aplicación del [art. 1.902 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#), las infracciones de normas establecidas en la legislación especial derivada de la citada Directiva Comunitaria, no concurren los elementos necesarios para estimar la responsabilidad extracontractual recogida en el [art. 1.902 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#), procediendo en consecuencia, la desestimación de la petición formulada.

SEXTO.-

Alega la recurrente infracción de la jurisprudencia sobre unidad de grupo, condición de productor aparente, los actos propios y el levantamiento del velo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020 abordó la cuestión planteada, señalando:

"i) Debemos de partir, como explicamos en la sentencia 34/2020 de 21 de enero, de que el legislador europeo quiso canalizar la responsabilidad de la persona del productor (fabricante), dejando fuera deliberadamente al **distribuidor** (proveedor o suministrador) del producto defectuoso, al considerar que carece de la posibilidad de intervenir en el producto y no tiene los conocimientos ni la oportunidad para inspeccionar los bienes con los que comercia. El **distribuidor** responde excepcionalmente, solo en el caso de que el productor (fabricante) no pueda ser identificado y el **distribuidor** no lo identifique, o no identifique a quien, a su vez, le suministró el producto a él mismo. Se trata de que el perjudicado no pueda encontrar a un responsable y reclamar la indemnización en aquellos casos en que no pueda identificar a ninguna de las personas principalmente responsables de acuerdo con las disposiciones de la Directiva ([art. 3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#), art. 4 de la Ley 22/1994 y, en la actualidad, [art. 138 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios \(EDL 2007/205571\)](#), TRLGDCU).

En el presente caso, a diferencia de lo que sucedió en el que dio lugar a la citada sentencia 34/2020, la **distribuidora** si cumplió su obligación de informar al demandante sobre la identidad del fabricante de la **prótesis** dentro del plazo de tres meses desde que la demandante se dirigió a ella reclamándole los daños sufridos. Este primer motivo del recurso se dirige a que se declare la responsabilidad de la **distribuidora** de la **prótesis** como si fuera fabricante, y para ello acumula una variedad de argumentos a los que vamos a dar respuesta.

ii) La mera pertenencia a un mismo grupo empresarial no determina, por sí sola, que se extienda a la **distribuidora** la responsabilidad que el fabricante pudiera tener por los daños causados por los defectos de sus productos.

Esta sala ha advertido en otras ocasiones que el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias (.) sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respecto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos a intereses de terceros" (.).

La norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad (.).

iii) En materia de responsabilidad por productos defectuosos la propia regulación establece un mecanismo específico que, si bien no se dirige exclusivamente a solventar el problema de la posible confusión entre la empresa matriz y sus filiales, permite alcanzar una solución satisfactoria en estos casos. Se trata de la norma que impone la responsabilidad al **distribuidor** como si fuera fabricante cuando no identifica al fabricante o no lo hace por iniciativa propia y de manera diligente, tal y como sucedió en el caso de la citada sentencia 34/2020. Resulta innecesario entonces acudir a la doctrina del levantamiento del velo, pues es la ley la que de manera expresa ofrece una solución cuando concurren los presupuestos que se establecen. En el caso que da lugar a este recurso la **distribuidora** remitió un burofax informando de quién era la empresa fabricante cuando el actor se dirigió a ella reclamándole por los daños, de modo que ya no procede valorar si el fabricante y **distribuidora** se amparan en la existencia del grupo societario para no identificar al fabricante real del producto.

iv) El recurrente invoca también la aplicación de la teoría de la unidad económica elaborada en el ámbito de la responsabilidad sancionatoria a causa de una conducta contraria al Derecho de la competencia, lo que no resulta adecuado para la decisión del caso litigioso. En primer lugar, como el propio recurrente admite, hay que observar que en las decisiones de la Comisión Europea que cita se plantea la extensión de la responsabilidad entre matriz y filial, y aquí el recurrente pretende indistintamente, y de manera confusa, bien la responsabilidad del grupo (que como tal carece de personalidad jurídica), bien la responsabilidad de una filial (la **distribuidora**) por la conducta de otra filial (la fabricante). (.) La acción ejercitada en este procedimiento es una reclamación de daños causados por un producto del que se dice que es defectuoso, y esta materia cuenta con una regulación específica en la que se imputa la responsabilidad atendiendo a la función desempeñada en la **fabricación** y comercialización de los productos, distinguiendo entre quien **fabrica**, importa a la Unión Europea o distribuye los productos. En este caso ha quedado acreditado que J&J SA es la **distribuidora** de la **prótesis** y Depuy International Ltd la fabricante, por lo que sí, de una parte, atendemos a la función que cada una de las empresas del grupo tiene atribuidas en el proceso de elaboración y comercialización de los productos y, de otra, las empresas no se han amparado en la confusión del grupo para ocultar quién es el fabricante real, es improcedente acudir a la teoría de la unidad económica.

v) El recurrente no niega que J&J SA sea la **distribuidora** de la **prótesis** que se implantó al actor (.) El tribunal de Justicia ha reiterado que hacer responder a los **distribuidores** en las mismas condiciones que los productores supone una infracción del [art. 3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#). (.) De lo anteriormente expuesto, resulta de los tribunales españoles tenían atribuida la competencia judicial internacional para conocer de las demandas que se hubieran podido interponer contra la fabricante Depuy International Ltd. (.)"

"vi) (.) La valoración del vínculo que permitiría considerar que **distribuidor** y fabricante integrarían conjuntamente el concepto de productor del art. 3 de la Directiva a los efectos de la sustitución en un procedimiento judicial vendría determinada, no por la titularidad de las empresas, sino por la implicación en las funciones propias de la **fabricación del producto** (apartado 29 de la sentencia O'Byrne). Este planteamiento obedece, como advirtió el abogado general en sus conclusiones en la sentencia Aventis Pasteur (apartados 109 y 115), a las funciones que cada una de las empresas asumen en la toma de decisiones que afectan a la **fabricación o distribución del producto**, de modo que desde el punto de interpretación funcional del concepto de productor ambas entidades pueden ser consideradas como tal. Junto a ello, advirtió el Tribunal de Justicia en la sentencia Aventis Pasteur, se trataba también de valorar si a la víctima del producto supuestamente defectuoso, le resultaba razonablemente posible identificar al productor antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador y si el suministrador cumplió diligentemente su deber de informar a la víctima de la identidad del producto (apartado 55 a 60). La aplicación de esta doctrina también conduce a la desestimación del recurso de casación. En primer lugar, porque en el supuesto que da lugar al presente recurso de casación, la **distribuidora** identificó diligentemente a quién era fabricante y, en tal caso, es el fabricante quien debe responder pues, como recordó la sentencia O'Byrne (apartado 35), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha destacado que la determinación de los sujetos responsables en la Directiva es exhaustiva, dada la finalidad que persigue de armonización completa de los aspectos que regula.

En segundo lugar, la fabricante (Depuy International Ltd.) y la **distribuidora** J&J SA no guardan la relación de matriz que controla al 100% a la filial, sino que se trata de dos filiales de un mismo grupo integrado por un elevado número de empresas diferentes y en el que la matriz es una empresa estadounidense. Por esta razón, para valorar que la **distribuidora** y la fabricante son, a efectos de la [Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#), el mismo sujeto, sería preciso considerar que tanto Depuy International Ltd., como J&J SA carecen de autonomía e independencia y que es la matriz estadounidense quien controla la **fabricación** y la puesta en circulación de todos los productos elaborados por las distintas empresas del grupo.

El argumento no puede compartirse. De una parte, porque no es admisible negar "a priori" la existencia de una autonomía en las funciones de cada una de las empresas de un grupo que engloba a numerosas sociedades dedicadas a elaborar y comercializar una amplia gama de productos. De otra parte, porque en el caso que nos ocupa, no hay ningún dato que revele que la actividad de J&J SA no era la de mero **distribuidor** (lo que resulta acreditado, como advierte la sentencia recurrida, tanto por su objeto social como por ser quien aparece exclusivamente como adjudicataria de los concursos de los hospitales), sin que se haya sugerido siquiera por el recurrente que J&J SA participara de la decisión de puesta en circulación de las **prótesis** o que, por el contrario, Depuy International Ltd. Decidiera concurrir a las adjudicaciones para suministrar sus **prótesis** a los hospitales españoles. Ha quedado probado en la instancia que Depuy International Ltd., empresa que pertenece al mismo grupo que J&J SA, existía como fabricante antes de su adquisición por el grupo, fue la única que desarrolló todas las funciones de fabricante antes de comercializar las **prótesis** y quien, con posterioridad, ha procedido en exclusiva a su retirada voluntaria y recogida para su análisis. En consecuencia, el motivo se desestima".

En consecuencia con lo dispuesto en la referida sentencia, aplicable al presente caso, por contestarse a las mismas alegaciones que la formuladas en este recurso, se desestima la referida impugnación.

SÉPTIMO.-

Señala la recurrente que la sentencia recurrida, para declarar la falta de legitimación pasiva ad causam de la demandada, alude a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020, en relación al concepto de "productor aparente", partiendo de la acreditación de que la entidad demandada desconocía que se trataba de un producto defectuoso, sin realizar ningún análisis sobre el concepto de productor aparente alegado en la demanda, omitiéndose documentos que podrían acreditar tal condición de dicha entidad.

La referida sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020, señaló:

" (.) Si bien el recurso invoca la doctrina de los actos propios en relación con el art. 4 de la Ley 22/1994, hay que observar que, en la hipótesis de que debiera considerarse que J&J SA es un "productor aparente", sería innecesario acudir a una doctrina basada en el principio general de la buena fe, puesto que existe una norma expresa que establece cuándo responde como productor quien, sin ser realmente fabricante, se presenta al público como tal, haciendo creer que él es el productor, al comercializar los productos con su marca ([art. 3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#) y 4 de la Ley 22/1994; en la actualidad, [art. 5 TRLGDCU \(EDL 2007/205571\)](#)). Esta es la verdadera cuestión jurídica que se plantea en este motivo del recurso, su J&J SA debe responder como productos aparente.

Establece el [art. 3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#) que "se entiende por "productor" la persona que **fabrica** el producto acabado, que produce la materia prima o que **fabrica** una parte integrante, y toda aquella persona que se presenta como productor, poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto". El art. 4.1.d) de la Ley 22/1994, al trasponer la directiva, estableció que, a efectos de la ley se considera fabricante a "cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación".

La responsabilidad de quien se presenta como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo se dirige a facilitar la reclamación de los perjudicados, que pueden legítimamente confiar en la información que proporciona el propio producto acerca de la identidad del fabricante y no se verán obligados a averiguar quién es el auténtico fabricante. Supone también un estímulo para las empresas que comercializan como propios productos que en realidad son elaborados por sus suministradores incentiven las exigencias de seguridad, ya que van a responder como consecuencia de la confianza que ha podido suscitar la apariencia de su presentación como fabricante.

Es presupuesto de la responsabilidad del "productor aparente" no solo que el nombre, marca o el signo de la empresa figure en el producto o en su embalaje, sino que es preciso que lo identifique como productor ("aquella persona que se presente como productor", "que se presenta al público como fabricante"; como dice ahora el [art. 5 TRLGDCU \(EDL 2007/205571\)](#), "que se presente como tal".

En el caso debemos compartir la valoración de la Audiencia, pues no puede considerarse que la inclusión en las etiquetas y en los contenedores de las **prótesis** del nombre del fabricante en el que se hace referencia a que es una empresa del grupo Johnson and Johnson (DePuy, e infraescrito en letra pequeña "a Johnson and Johnson Company") haya creado la apariencia de que la fabricante es Johnson and Johnson S.A., filial española del mismo grupo. Además de que se trata de un producto que no es **distribuido** directamente a los usuarios y que se implanta por intermediarios expertos, hay que observar, a la vista de los hechos probados y de las propias alegaciones del recurrente, que resulta con claridad que en las adjudicaciones a los hospitales, en las alertas de retirada, en el aviso de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, es Depuy International Ltd quien aparece como fabricante, de acuerdo con las normas reglamentarias que exigen la perfecta identificación del fabricante de los productos sanitarios e implantes.

Enlazado con lo anterior, el recurrente utiliza el apoyo de la aplicación al caso de la doctrina del productor aparente el argumento de que los médicos, cuando informan a los pacientes sobre la implantación de una **prótesis**, no se refieren a DePuy sino a Johnson and Johnson, por el prestigio del nombre. Este razonamiento, sin embargo, no permite considerar a la empresa española que distribuye como productor aparente. La tesis del recurrente se basa en la hipotética apariencia de fabricante que hubiera podido crear un tercero, el profesional sanitario que utiliza el producto en la prestación de un servicio médico y con ocasión de la obtención del consentimiento informado. De ser así se estaría considerando relevante la conducta de un tercero, cuando en las normas sobre el productor aparente lo decisivo es que se equipara al productor a quien se presenta a sí mismo como tal.

La sentencia recurrida, por tanto, al no considerar a Johnson and Johnson S.A. como productor aparente no ha infringido el art. 4 de la Ley 22/1994, y debe ser confirmada".

Aplicando lo dispuesto al presente recurso y siendo los mismos argumentos los empleados por la recurrente, que actúa bajo la misma dirección letrada, teniendo en cuenta los hechos declarados probados en cuanto al conocimiento que la misma tenía de la condición de J&J SA como de **distribuidora** de la **prótesis** y la identidad y domicilio del fabricante comunicado por la demandada, procede desestimar el recurso de apelación en este extremo.

OCTAVO.-

Solicita la recurrente que se formule cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando si, en méritos de lo previsto en el art. 3 Directiva 83/374 CEE, es conforme al derecho de la Unión Europea interpretar que un logotipo como el reproducido, les confiere indistintamente a DePuy y a Johnson & Johnson la condición de productores. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020 respecto de la misma cuestión que le fue planteada por el recurrente de aquella sentencia, señaló: "Para dar respuesta a la cuestión suscitada, esta sala no considera necesario plantear cuestión prejudicial, pues el TJUE ha sentado ya criterios de utilidad sobre el [art. 3.3 de la Directiva 85/374 \(EDL 1985/9972\)](#) que serán tenidos en cuenta para resolver el recurso de casación". Resultando de aplicación al presente caso los referidos razonamientos, no procede formular la cuestión prejudicial pretendida por la recurrente.

NOVENO.-

Alega la recurrente error en la valoración de la prueba sobre la confusión existente dentro del grupo de empresas a que pertenece la codemandada J&J SA, por el que resulta imposible asegurar a ciencia cierta que DePuy International Ltd fuera el fabricante de las **prótesis** de la actora. La valoración probatoria efectuada en esta alzada hasta este momento no permite llegar a otra conclusión que no sea que la fabricante de la **prótesis** implantada a la actora fue la entidad Depuy International Ltd, tal y como comunicó la entidad demandada, desestimando dicha impugnación de la sentencia recurrida.

Desestimadas todas las impugnaciones referidas, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, en cuanto al pronunciamiento de fondo, desestimatorio de la demanda.

DÉCIMO.-

Alega la recurrente infracción del [art. 394.1 LEC \(EDL 2000/77463\)](#), al no haber apreciado el Juez de instancia la existencia de serias dudas de hecho o de derecho al imponer las costas a la actora. Teniendo en cuenta que hasta que no se dictan por el Tribunal Supremo las sentencias de 21 de enero y 20 de julio de 2020, podía estimarse que la determinación de la legitimación pasiva de la entidad demandada ofrecía serias dudas para la actora a la vista de las distintas resoluciones que se dictaban sobre el mismo caso, se estima que no procede efectuar expresa imposición de las costas de la primera instancia respecto de la entidad J&J SA.

Dirigida la demanda también contra el doctor Gumersindo, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia dictada en la primera instancia, por las razones que se exponen, se absolvió a dicho facultativo de todos los pedimentos contenidos en la demanda en su contra. El recurso de apelación interpuesto por la actora dice expresamente que "el presente recurso se centra exclusivamente en la imputación de responsabilidad de la demandada Johnson and Johnson SA, dejando a un lado la reclamación judicial que se hiciera a propósito del codemandado D. Gumersindo".

Admitido a trámite el referido recurso de apelación y dándose traslado del mismo a todas las partes personadas, por la representación de dicho facultativo demandado se presentó escrito manifestando que, ante el contenido del recurso, solicitaba al Juzgado de instancia que se decretara la firmeza de la sentencia respecto de dicha parte, acordándose mediante diligencia de 16 de **febrero** de 2021 que no ha lugar a lo solicitado, debiendo continuar la tramitación del recurso, ante lo cual, manifiesta dicha parte que no se opone al recurso formulado por la actora por serle favorable la sentencia recurrida.

Teniendo en cuenta que el pronunciamiento absolutorio referido a dicho demandado quedó firme al no ser recurrido por la actora, debe mantenerse en esta alzada en todo lo que le afecta, de modo que respecto de dicha parte se mantiene el pronunciamiento en costas que se imponen a la actora.

UNDÉCIMO.-

La estimación parcial de la impugnación en esta alzada del pronunciamiento sobre las costas, así como la necesidad de resolver sobre la acción ejercitada derivada de lo dispuesto en el [artículo 1902 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#), sobre la que no se pronunció la sentencia de primera instancia, supone que no se efectúe expresa imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el [art. 398 LEC. \(EDL 2000/77463\)](#)

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

1.- Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de Doña Natalia contra la sentencia dictada el 22 de diciembre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º Dos de Puerto de la Cruz, en los autos de juicio ordinario 82/2017.

2.- Se revoca parcialmente la sentencia apelada en el único extremo relativo a la imposición de las costas de la primera instancia, que se deja sin efecto, acordando en su lugar:

a) Condenar a la parte actora al pago de las costas causadas en la primera instancia por el demandado señor Gumersindo.

b) No efectuar expresa imposición del resto de las costas de la primera instancia.

3.- Se confirma la sentencia apelada en todos los demás pronunciamientos.

4.- No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la [Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. \(EDL 1985/8754\)](#), si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional ([art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#)), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél ([Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#)), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el [artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(EDL 1985/8754\)](#).

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de esta, para su ejecución y cumplimiento, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 38038370032023100056

Conceptos

Responsabilidad del proveedor del producto defectuoso

- Relación de causalidad entre la acción o la conducta del agente y la producción del daño
- Garantías en las ventas de consumo (UE)