

JUZGADO 1 INSTANCIA N. 8 MARBELLA

S E N T E N C I A: 203/2013 27 de febrero 2013

**SENTENCIA CONFIRMADA EN SU TOTALIDAD POR LA AP
sección sexta DE MÁLAGA, CON EXPRESA IMPOSICIÓN
DE COSTAS AL APELANTE Y PENDIENTE DE RESOLUCIÓN
EN EL TS.**

Procedimiento Ordinario nº 1485/2012

RESUMEN SENTENCIA

➤ ANTECEDENTES

La parte demandante ejercitó acción de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los problemas de salud, lesiones y secuelas derivados de la implantación de una prótesis de cadera metal-metal AXR ASR. Implantación que tuvo lugar, a la paciente, el día 14 de diciembre de 2009 en la Clínica USP de Marbella.

Según la demanda a partir de mayo de 2011 los análisis que se efectuaron a la paciente relevaron la presencia de metales en sangre en niveles superiores a los normales así como una reacción inflamatoria crónica, por metalosis e infección añadida por una bacteria, como consecuencia de todo el proceso derivado de la implantación y retirada de la prótesis.

La parte actora alega en defensa de sus pretensiones que el modelo de prótesis AXR ASR era defectuoso lo que dio lugar a que la entidad Johnson & Johnson emitiera un protocolo de actuación con el fin de retirar los implantes que se manifestase que eran defectuosos por presentar los portadores de los mismos determinados síntomas, ofreciéndose Johnson & Johnson y De Puy a cubrir los costos de las intervenciones y las indemnizaciones.

➤ ALEGACIONES

La entidad JOHNSON and JOHNSON, niega el carácter defectuoso de la prótesis pero es un hecho admitido por ambas partes que DePuy detectó que este tipo de prótesis presentaban una tasa de revisiones mayor de lo esperado por lo que procedió a iniciar un procedimiento de retirada voluntaria de los productos ASR e indicaba que las razones para la revisión consistían en aflojamiento de componentes, mala alineación de componentes, infección, fractura ósea, luxación, sensibilización al metal y dolor, emitiendo un “aviso urgente de seguridad sobre el terreno”. En este mismo comunicado se dice que De Puy Orthopaedics tiene intención de correr con los gastos razonables y con los costes habituales de seguimiento y tratamiento.

El resultado de las muestras tomadas en la intervención se evidenció la existencia de metalosis, tal y como señala el informe de anatomía patológica de fecha 16 de mayo de 2011, y se revela la existencia de metales en sangre con una concentración de 9 ug/l de cobalto y 3'7 ug/l de cromo. La paciente fue dada de alta el 18 de mayo de 2.011 y el 6 de junio de 2.011 es intervenida para extracción de la prótesis, existiendo en esos momentos una metalosis en la zona de la cadera y una sobreinfección por una bacteria. La prótesis fue extraída y se colocó un espaciador de cemento. En fecha 16 de junio de 2.011, ante la virulencia de la infección, se realizó una cirugía de Girdleston y se pospuso el rescate protésico. Tras el alta médica se produjo una infección de la zona lo que motivó el ingreso hospitalario el día 22 de agosto de 2.011 recibiendo el alta el 16 de septiembre de 2.011.

Es evidente, por tanto, que la prótesis funcionó de un modo defectuoso ya que en un corto periodo de tiempo, muy inferior a la vida media de las prótesis, liberó metales de tal forma que se produjo una metalosis en la zona que obligó a su retirada. Por lo que demuestra que esta prótesis se encontraba entre aquéllas pertenecientes a la serie ASR respecto de las que la entidad De Puy ya había tenido conocimiento de que generaban problemas a sus portadores, aconsejando su sustitución y asumiendo los costes derivados de ésta.

Legitimación pasiva "ad causam".

Se alega por la entidad demandada la falta de legitimación pasiva "ad causam" por entender que al dedicarse la entidad Johnson & Johnson, S.A. a la distribución de la prótesis sin intervenir en el proceso de fabricación no se le puede hacer responsable de posibles defectos de la prótesis pues su responsabilidad como distribuidora sólo nacería en el supuesto de que se acreditase un defecto en el producto y que fue puesto en circulación a sabiendas de su carácter defectuoso.

Sin embargo no ha dado cumplimiento al imperativo del artículo 138.2 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, sobre la obligación de identificar en el plazo de tres meses al fabricante, al importador o a aquel que le hubiera suministrado las prótesis. Pretende la demandada identificar al fabricante en su escrito de contestación a la demanda, manifestando que la prótesis fue fabricada por la entidad DePuy International Limited. Sin embargo esta alegación no puede producir los efectos liberatorios pretendidos por la demandada. En primer lugar porque su identificación es muy tardía. Existe prueba en las actuaciones referida a que la asistencia letrada de la demandada se puso en contacto con De Puy y con Jonson & Johnson en el domicilio social de la demandada sito en Paseo de las Doce Estrellas 5-7 en Madrid, mediante la remisión de burofax y cartas certificadas en las que se hacía constar el problema existente con la prótesis. No hay prueba alguna de

que estas comunicaciones, enviadas al domicilio social de Johnson & Johnson, S.A., fueran contestadas por ésta en el sentido de indicar con exactitud y precisión que entidad era la fabricante de las prótesis o su importadora en España. Por el contrario, la demandada jugó un papel en el que, al menos en apariencia, daba por válidas las comunicaciones que se le dirigían sin indicar su carácter de no fabricante. Tampoco el despacho de abogados que fue contratado para la tramitación de las reclamaciones aclara en ningún momento que entidad es la fabricante de las prótesis. Por tanto, la primera referencia sobre el supuesto fabricante se contiene en el escrito de contestación a la demanda de fecha de presentación en Decanato 7 de marzo de 2.013, y decimos supuesto fabricante porque ninguna prueba aporta la entidad demandada sobre esta circunstancia limitándose a manifestar que la fabricante es De Puy International Ltd. Cuando se contesta la demanda han pasado más de los tres meses fijados en el artículo 138 de la ley de protección de consumidores y usuarios, plazo cuyo cómputo se inicia desde que la demandada recibió la primera comunicación sobre el problema.

Tampoco acredita la demandada la realidad de su afirmación. Es de destacar que en toda la documentación aportada a las actuaciones relativa a los avisos de seguridad y a los protocolos de actuación se utiliza un anagrama o logo en el que pone con letras más grandes “De Puy” y debajo, en letras más pequeñas, la leyenda “companies of Johnson and Johnson” o “a Johnson & Johnson company”. En el documento de 10 de septiembre de 2.010, aviso urgente de seguridad sobre el terreno, aparece el nombre De Puy International Ltd pero en ninguna parte del documento se dice que sea la entidad fabricante. En ese mismo documento se hace referencia a que De Puy Orthopaedics correrá con los gastos de seguimiento y tratamiento y se dice que De Puy Orthopaedics emitió un aviso de seguridad sobre el terreno en marzo de 2.010. No hay ninguna prueba de que la entidad De Puy International Limited, entidad con sede social en Leeds, Inglaterra, sea la entidad que realmente fabrica las prótesis de cadera De Puy. En el procedimiento aparecen documentos relativos a la entidad De Puy Orthopaedics Inc., con personalidad jurídica propia, respecto de la que no se ha aclarado la relación que tiene con la fabricación de las prótesis pero que aparece como la primera empresa en lanzar el aviso de seguridad y que se compromete a asumir los gastos de sustitución. Por ello, dada la confusión total que existe en el entramado societario De Puy y Johnson & Johnson, confusión que el representante de la demandada, que ha declarado en el acto del juicio, no ha sido capaz de clarificar dado lo evasivo de sus respuestas, y, ante la ausencia de prueba al respecto, no podemos dar por acreditado que De Puy International Limited sea la fabricante de las prótesis.

Por tanto, la actitud de la entidad demandada no ha sido la de aclarar cuál es la entidad fabricante. Por el contrario, tras aparentar que atendía las reclamaciones de los perjudicados y recibía sus comunicaciones, realiza de

forma sorpresiva en la contestación a la demanda la revelación sobre la entidad fabricante sin aportar prueba alguna. Este comportamiento no puede obedecer nada más que a la finalidad de dilatar y obstaculizar las reclamaciones puesto que necesariamente, al tratarse de una empresa que forma parte del grupo societario De Puy o Johnson & Johnson, era una información de la que disponía desde el principio y que no se ha comunicado a los afectados de forma clara, haciéndoles creer que estaban dirigiendo su reclamación a la empresa adecuada.

➤ VALORACIÓN DEL DAÑO Y REALCIÓN DE CAUSALIDAD

La intervención que se efectuó el día 16 de mayo de 2.011 tenía como finalidad valorar el estado en que se encontraba la cadera de la paciente ante los temores de que existiese un funcionamiento anormal de la prótesis, temores fundados por las molestias que padecía, por las prueba analíticas y de diagnóstico realizadas y por los informes emitidos por De Puy sobre la necesidad de controlar a los usuarios de prótesis. Se trató, por tanto, de una intervención necesaria ante la sospecha de que existían problemas en la cadera. Ha resultado probado que los tejidos periprotésicos se encontraban necrosados como consecuencia de la metalosis, situación que favorecía la infección bacteriana ya que la muerte de los tejidos neutralizó los mecanismos de defensa frente a las bacterias y permitió la infección, infección que en un tejido sano no se tendría porque haber producido ante la capacidad natural del organismo para defenderse

Por tanto, ninguna duda existe sobre la relación de causalidad pues la necrosis de los tejidos fue consecuencia de la liberación de metales de la prótesis y esta necrosis propició la infección. No se trató de una infección ajena al proceso degenerativo de la cadera y que no tuviera nada que ver con éste sino de una infección directamente derivada del estado de los tejidos como consecuencia del contacto con la prótesis.

Son indemnizables los días de ingresos hospitalarios, pues han tenido su origen en los problemas generados por la prótesis motivadores de una infección bacteriana de difícil erradicación. Los días improductivos también se deben computar a efectos de indemnización, pues están directamente vinculados con la necesidad de sanación producida por la afectación de la paciente.

La desarticulación de la cadera es un daño que también se debe valorar ya que lleva aparejada la imposibilidad de uso de la pierna, y es consecuencia de la infección por la implantación de la prótesis.

El perjuicio estético es también evidente y ostensible pues deriva de la imposibilidad de deambular correctamente, de tener que utilizar silla de ruedas

para los desplazamientos largos o andador para los muy cortos. Es un perjuicio importante en cuanto no resulta posible disimular y no es propio de una persona de su edad.

Respecto a los problemas psicológicos el trastorno depresivo ha resultado acreditado por la declaración de la psicóloga que ha valorado a la paciente, es admitido también por la perito de la parte contraria como una consecuencia lógica al largo proceso padecido y a las secuelas con las que ha quedado.

Existe también una incapacidad permanente total, secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado. La situación en la que se encuentra la paciente, dependiente de una silla de ruedas para sus desplazamientos, la colocan en situación impeditiva para la realización de las tareas propias o habituales de su edad como son las relativas al ocio, pasear, cuidar el jardín, viajar, etc, y las actividades relativas al cuidado y atención del hogar y de su propia persona pues no puede ir a la compra, realizar gestiones fuera del hogar, etc.

Procede a indemnizar la adecuación de la vivienda y la necesidad de tercera persona lo que facilita la realización de tareas habituales. Por ello se indemniza la incapacidad en su grado medio dentro de la horquilla que establece el Baremo.

➤ FALLO

“Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña M.A contra la entidad Johnson & Johnson, S.A. condenando a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 515.647’8 Euros en concepto de principal más el interés legal desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago. Todo ello sin imposición de costas a ninguno de los litigantes.”