

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN SEXTA**

**SENTENCIA N.º 412/2016**

**ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º 302 / 2014, JUICIO  
ORDINARIO N.º 1.485 / 2012**

## RESUMEN SENTENCIA

### ➤ ANTECEDENTES

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella dictó Sentencia en fecha 27 de noviembre de 2013, complementada por Auto de fecha 19 de diciembre de 2013 , en el Juicio Ordinario N.º 1485 / 2012, cuya Parte Dispositiva dice, así: FALLO SENTENCIA : “ ... 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”.

Contra la expresada sentencia, se interpuso recurso de apelación por parte de la entidad demandada, el cual fue admitido a trámite.

### ➤ ALEGACIONES

Con carácter preliminar a la exposición de alegaciones, la parte apelante, manifestó que el Auto dictado en complemento de la Sentencia , contraviene el artículo 215 de la LEC, toda vez que no se confirió plazo para formular alegaciones y aunque la alegación es cierta, la cuestión es irrelevante a efectos de esta apelación , en primer lugar porque no se pide declaración de nulidad de actuaciones y está falta de súplica veta a la Sala de cualquier pronunciamiento en tal sentido y, en segundo lugar, porque aunque se hubiese suplicado nulidad de actuaciones, esta Sala, no podría haber accedido a tal declaración, no obstante el hecho de no haberse conferido a la parte hoy apelante plazo para alegaciones no supone indefensión de tipo alguno, pues la parte demandada era plenamente consciente de que se había solicitado, tanto por la demandante , como por el demandado, el complemento de la Sentencia, con lo cual, bien pudo haber evacuado cuantas alegaciones hubiese tenido como oportunas.

Como primer motivo de apelación afirman que se ha infringido “a quo” los artículos 412, 413, 20 y 426 de la LEC, así como el artículo 24 de la C.E, al permitir que la demandante modifique la demanda con posterioridad al escrito de contestación presentado por Johnson and Johnson S.A, porque en todo momento la demandante dirigió la demanda frente a DePuy como fabricante de

la prótesis y frente a la recurrente como distribuidora de la misma, y la modificase dirigiéndose frente a Johnson and Johnson S.A como fabricante, cuando esta entidad ya había contestado a la demanda , defendiéndose en la condición en la que había sido demandada, es decir, como distribuidora de la prótesis, con lo cual ya no tuvo oportunidad de alegar en esa nueva condición, provocando una gravísima indefensión.

No se puede proceder a la nulidad de actuaciones como se solicita, porque para poder declarar nulidad de actuaciones procesales , los artículos 238 y siguientes de la LOPJ y los artículos 225 y siguientes de la LEC, reguladores de este remedio procesal excepcional, exigen que concurra infracción de norma o normas procesales y además y como requisito “sine qua non”, que de ello se haya derivado efectiva indefensión, indefensión que, para que tenga vulneración constitucional ha de ser material y no meramente formal. La doctrina y la jurisprudencia exigen la existencia de una infracción procesal sustancial, por lo que, a sensu contrario, no cualquier infracción de norma determina la nulidad de actuaciones, sino que es necesario que como consecuencia directa de tal infracción se haya producido indefensión, siempre que dicha vulneración provoque una consecuencia práctica consistente en la privación del derecho de defensa y un perjuicio real y efectivo en los intereses del afectado por ello, debiendo alcanzar el concepto de la indefensión un significado material, produciendo una lesión efectiva en el Derecho Fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, (Tribunal Constitucional, Sentencia 48/86, 24 de abril, 13 de diciembre y 102/87 17 de junio, entre otras ). En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo , Sala 1a, de 15 de marzo de 2001 afirma que la doctrina tanto de este Tribunal, como la del Constitucional, es reiterada en cuanto señala que el artículo 24.1 de la Constitución Española, no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material que razonablemente haya podido causar perjuicio al recurrente; no toda infracción de las normas de procedimiento se convierte por sí sola en indefensión con trascendencia constitucional ( por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 211/2001, de 29 de octubre ).

En el caso que nos ocupa no se pueden entender vulnerados los referidos preceptos, ni se ha admitido por la Juzgadora a quo una modificación de la demanda frente a la entidad Johnson and Johnson S.A , ni mucho menos se ha consentido y producido una alteración de la causa de pedir, ni de los términos en los que fue demandada la referida mercantil, que, en todo momento, ha sido tenida por demandada en su condición de distribuidora del producto, no habiendo consentido la Juzgadora a quo, contrariamente a lo que alega la parte apelante, en la Audiencia Previa, que la parte demandante modificase los términos de la demanda frente a Johnson and Johnson SA. En la Audiencia Previa se determinó que no era hecho controvertido el que la entidad hoy recurrente no tenía nada que ver con la fabricación de la prótesis, es obvio, que

la Juzgadora a quo, no admitió cambio alguno de la pretensión formulada en la demanda frente a Johnson and Johnson S.A, ni permitió que se alterase la causa de pedir, ni mucho menos permitió que se produjese una “mutatio libelli”, siendo lo cierto que la Sentencia resuelve el litigio imponiendo condena indemnizatoria a Johnson and Johnson S.A, no en su condición de fabricante por identidad de personalidades, sino en su condición de distribuidora del producto.

Como segundo motivo de apelación aducen que la Sentencia es incongruente por cuanto que se condena a Johnson and Johnson S.A sobre la base del artículo 138.2 del T.R.L.G.D.C.U, cuando la acción deducida por la parte demandante no se fundamentaba en dicho precepto, con lo cual entiende que la Sentencia vulnera el artículo 218 de la LEC. Pues bien, como referíamos en el anterior Fundamento de Derecho, el artículo 218 de la LEC, bajo el título “Exhaustividad y Congruencia de las pretensiones. Motivación”, dispone, en lo que aquí interesa , que “ las Sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito... El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a los fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer , resolverá conforme a las normas aplicables al caso,aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes...”. Tradicionalmente se ha considerado que una Sentencia infringe este deber de congruencia cuanto concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita), o cuando se han dejado sin resolver alguna o algunas de las pretensiones oportunamente sostenidas (citra petita o incongruencia omisiva); La incongruencia extra petita , como ya hemos referido, se produce cuando una Sentencia resuelve sobre pretensiones no formuladas por las partes, alterando la causa de pedir entendiéndola como conjunto de hechos decisivos y concretos, es decir, relevantes, que fundamentan la pretensión; es una desviación esencial generándose una indefensión, un desajuste entre el Fallo y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, por conceder algo distinto de lo pedido, determinando una modificación sustancial del objeto del proceso con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un Fallo extraño a las pretensiones de las partes. Aplicando estas consideraciones al caso, el motivo ha de ser rechazado, y ello por cuanto que en la demanda, y en escritos posteriores, así como en la Audiencia Previa, quedaron claramente fijados los términos en los que se planteaba la demanda, en la que por demás, concretamente en el Fundamento Jurídico Quinto , se hace cita expresa de los artículos 135 a 139 del R.D. 1/2007 y, además porque la parte recurrente, al formular el motivo, incurre en contradicción con sus propios actos , pues alega que en la Sentencia se condena a dicha entidad sobre la base del artículo 138.2 T.R.L.G.D.C.U, cuando entiende que la acción deducida en la demanda

no se fundaba en dicho precepto, si bien, al formular el anterior motivo de apelación, alega que la Sentencia ha infringido los artículos 412, 413, 20 y 426 de la LEC, porque se ha permitido que por la demandante se altere la calidad con la que se había demandado a Johnson and Johnson S.A, que , a su juicio, lo era en calidad de distribuidora y, en la propia contestación a la demanda, todas las alegaciones que aduce van dirigidas a defenderse de su responsabilidad en la condición con la que había sido demandada, es decir, como distribuidora del producto, analizando incluso el artículo 138 del T.R.L.G.D.C.U, y el artículo 146 de la referida normativa, aduciendo que no concurrían los presupuestos necesarios para estimar su responsabilidad como distribuidora del producto; por lo tanto, no puede ir ahora en contra de sus propios actos, alegando que la Sentencia es incongruente al imponerle la condena sobre la base del artículo 138.2 del T.R.L.G.D.C.U, cuando la propia parte recurrente, ya desde la contestación a la demanda, conocía perfectamente la base fáctica y jurídica sobre la que había sido demandada, que por demás , quedó concretada en la Audiencia Previa, y sobre esa base fáctica y jurídica , resulta condenada en la Sentencia, Resolución esta que, con independencia de que la condena impuesta en la misma sea o no conforme a derecho, o que el quantum al que se condena a la entidad apelante sea el que realmente corresponda, cuestiones estas a los que más tarde nos referiremos, es lo cierto que no incurre en incongruencia alguna, ni, por tanto, en infracción del artículo 218 de la LEC.

Como tercer motivo de apelación se aduce que la Juzgadora a quo incurre en error a la hora de concluir en la Sentencia no estar probado en la “litis” que DePuy Internacional Limited sea la fabricante de las prótesis ASR XL , en el Fundamento de Derecho Cuarto, añadiendo que es a la parte demandante a quien incumbía probar que era la parte demandada la fabricante del producto y Johnson and Johnson S.A la distribuidora, constando en la documentación adjuntada con la demanda y con la contestación, numerosos medios de prueba que acreditan que Johnson and Johnson S.A no intervino en la fabricación de la prótesis, concluyendo, para cerrar el motivo, que no sólo no ha sido hecho controvertido que Johnson and Johnson SA, no intervino en la fabricación de la prótesis, sino que, en contra de lo manifestado por la Juzgadora a quo , de la prueba practicada se desprende que el fabricante es De Puy , y en concreto De Puy Internacional Limited, siendo Johnson and Johnson S.A, únicamente distribuidora. Ciertamente no alcanza la Sala a comprender la finalidad del motivo de apelación porque la entidad apelante no ha sido condenada como fabricante del producto, sino como distribuidora , por falta de identificación de

fabricante del producto dentro del término de los tres meses siguientes a que se refiere el artículo 138 T.R.L.G.D.C.U,

Como motivo cuarto de alegación, JOHNSON AND HOHNSON, vuelve a manifestar que la acción ejercitada en su contra no se había dirigido frente a ella sobre la base de los presupuestos del artículo 138 del T.R.L.G.D.C.U, para , con carácter subsidiario, alegar que, en todo caso, no concurren los presupuestos de responsabilidad del distribuidor del producto defectuoso en sustitución del fabricante, estimando que es errónea en conclusión alcanzada en la Sentencia, en la medida que la demandante conocía la identidad exacta del fabricante e incluso su domicilio mucho antes de la demanda y, por supuesto antes de la contestación a la misma formulada por Johnson and Johnson SA, y, además que la referida demandante en ningún momento había formulado requerimiento de tipo alguno, destinado a que se le informase sobre la identidad del fabricante, identidad que por demás es conocida públicamente como resulta de la documental obrante en el procedimiento, por todo lo cual concluye que no se le pueda achacar o imputar responsabilidad alguna como distribuidora, por el hecho de no haber dado formalmente a la demandante información sobre el fabricante

Si bien esta Sala no puede compartir la afirmación pues de la documentación obrante en los autos, lo único que resulta es la total confusión existente sobre el particular, pues, como bien afirma la Juzgadora a quo, en los avisos de seguridad y en los protocolos de actuación, se utiliza un anagrama o logo en el que pone con letras grandes, “De Puy” y debajo, en letras más pequeñas la leyenda “ Compañías of Johnson and Johnson” o “ a Johnson and Johnson companie” , siendo evidente que De Puy, no es sino la referencia a una marca, y que, como resulta de los autos son muchas las empresas que en su denominación social hacen uso de la expresión DePuy, por ejemplo De Puy Orthopaedics Inc, De Puy International Limited, De Puy Ibérica S.A, al parecer absorbida por Johnson and Johnson SA, todas ellas empresas filiales a Johnson and Johnson, que es la empresa matriz, como también lo es Johnson and Johnson SA, (documento n.º 2 de los de la demanda), y aunque es verdad que en el documento n.º 10 de los aportados con la demanda, y en el documento n.º 4 de los aportados con la contestación, fechado, parece, en 30 de mayo de 2011, al que hace referencia la parte apelante, aparece el nombre de DePuy Internacional LTD, en ninguna parte de los referidos documentos aparece que sea esta la empresa la fabricante del producto, indicándose, por demás , en el primero de los documentos referidos 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 2010; y el segundo documento referido, por su parte, hace referencia a la posible cesión de datos a otras empresas entres las que se cita a De Puy Orthopaedics Inc. , De warsaw, Indiana EE. UU, no refiriéndose en momento alguno dicho

documento a que fuera De Puy Internacional Limited la empresa fabricante de la prótesis. Como bien confirma la Juzgadora a quo, en el procedimiento aparecen documentos que hacen referencia a la entidad De Puy Orthopaedics Inc, y a la entidad De Puy Internacional Limited, pero ninguno de ellos permite conocer cuál de dichas entidades era la fabricante de la prótesis, siendo la primera entidad citada la que aparece como primera empresa que lanzó el aviso de seguridad y la que se comprometió a asumir los gastos de sustitución, no habiéndose acreditado qué relación tenía la misma con la fabricación de la prótesis. Por si lo expuesto fuera poco, fueron muchos los requerimientos extrajudiciales que dirigió la demandante y que tenían como destinatarios a Johnson and Johnson y DePuy, todos ellos dirigidos al domicilio social de Johnson and Johnson SA, sito en Paseo doce Estrellas 5-7 de Madrid, comunicaciones que fueron recogidas por la misma persona, si bien, la entidad hoy recurrente, en momento alguno se dirigió a la demandante para aclararle que estaba identificando incorrectamente a la mercantil fabricante del producto; el propio legal representante de Johnson and Johnson S.A , afirmó que existían infinidad de mercantiles con la denominación DePuy en sus nombres, y que todo ellas pertenecen a la misma empresa matriz, Johnson and Johnson, por lo tanto, ante la evidente confusión existente, la entidad hoy apelante , debió, ante los requerimientos que recibió por parte de la demandante, haber procedido correctamente, identificando a la parte demandante, cuál era la empresa fabricante de la prótesis.

En la alegación quinta Johnson and Johnson SA, afirma que la prótesis suministrada no era defectuosa, argumentando que en modo alguno se ha acreditado la existencia de un defecto en la prótesis y que la conclusión alcanzada por la Juzgadora a quo en la Sentencia contraviene la prueba practicada en el procedimiento, así como la normativa que exige la necesidad de que la parte demandante acredite el defecto del producto, habiendo errado la Juzgadora de Instancia al considerar que los niveles de metales en sangre de la Demandante, no eran una consecuencia normal y aceptada por la misma de la prótesis metal, metal y así como al ignorar que los padecimientos de la demandante derivan de un proceso infeccioso que nada tiene que ver con defecto alguno de la prótesis, ni con la presencia de metales en sangre; habiendo errado igualmente al asumir la existencia del defecto , sin prueba sobre el mismo y sin que se haya presentado siquiera un informe pericial sobre la prótesis, así como al deducir la existencia de un defecto de la prótesis por el cese de la comercialización del producto por aplicación del principio de prudencia.

Tanto con el escrito de demanda, como con los escritos posteriores presentados por la actora, se aportaron múltiples artículos de prensa, admitidos por la Juzgadora a quo, que acreditan que el defecto de la prótesis que se implantó a la demandada, no era un hecho aislado, sino que era un problema

que afectaba a un elevadísimo número de personas en todo el mundo a los que les había sido implantada la prótesis AXR, ASR de Johnson and Johnson, lo que evidencia sin necesidad de prueba pericial alguna, que el producto era inseguro. Como afirma la Juzgadora a quo, la deficiencia de la prótesis se pone de manifiesto de forma clara y evidente, por los problemas de metalósis que provocó, de los que se derivaron que se considerase imprescindible proceder a la retirada de la misma, al revelar el informe de anatomía patológica la necrosis de los tejidos. En los autos, pese a lo que se manifiesta por la parte recurrente, no se han aportado por la misma los ensayos clínicos que adveren que el producto puesto en circulación era seguro, y que no lo era, y sí que era defectuoso, queda sobradamente probado por las vicisitudes médicas por las que tuvo que pasar la demandante como consecuencia de la implantación de la prótesis, cumplidamente acreditadas en el procedimiento.

En la alegación sexta se cuestiona la valoración del daño llevado a cabo en la Sentencia y Auto de complemento de la misma, que estiman errónea por cuanto que, **en primer lugar** no distingue entre las secuelas propias derivadas de la necesidad de recambio de prótesis y las derivadas de la infección padecida por la actora, infección que no tuvo su origen en la prótesis; **en segundo lugar** porque reconoce la Sentencia la existencia de un trastorno orgánico de la personalidad, cuando no hay prueba efectiva del mismo; **en tercer lugar** por cuanto que concede a la demandante una indemnización en cuantía de 126.000 euros por gasto de asistencia de tercera persona, en una estimación de cinco años, pese a que en la Sentencia se reconoce la demandante conserva plena movilidad de las extremidades superiores lo que, una vez adaptada la vivienda, le permite, a juicio de la recurrente, realizar tareas diarias como cocinar, alimentarse, etc, lo que le dota de suficiente autonomía; **en cuarto lugar** porque concede la suma de 92.882,35 euros como gastos para adecuación de la vivienda, sobre la base de un presupuesto que incluye partidas desorbitadas e innecesarias como por ejemplo la reforma de la piscina por valor de 11.157,41 euros o la del jardín en cuantía de 10.982,25 euros; **en quinto lugar** se reconocen días de hospitalización en exceso que no están relacionados con la prótesis explantada , y , **por último** , por cuanto que se condena a la recurrente a abonar facturas por importe de 42.612 euros, pese a que ni la actora, ni la demandada son emisoras o destinatarias de dichas facturas.

Si bien es cierto que el recurso ordinario de apelación es concebido como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano “ad quem” conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito -T.S. 1a SS. de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992-, se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la

jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses.

La doctrina expuesta aplicada al caso de autos permite desestimar el motivo del recurso en la medida que, compartiendo esta Sala los razonamientos de la Sentencia, de modo tal que la mera remisión a los mismos sería suficiente para desestimar el motivo de apelación cuyo examen nos ocupa, por cuanto que la Juzgadora a quo ha analizado la prueba de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable llegando a una decisión correcta que, objetivamente, se corresponde con el resultado de las pruebas obrantes en los autos y con las reglas de la carga de la prueba consagradas en el artículo 217 de la LEC, de manera que insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente en las mismas cuestiones para llegar a conclusiones indefectiblemente idénticas a aquéllas que recoge la Sentencia objeto de apelación

➤ FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Mercantil Johnson and Johnson S.A, frente a la Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, complementada por Auto de 19 de diciembre de 2013, dictados por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Marbella, en los autos de Juicio Ordinario N.º 1.485/2012 a que este Rollo de Apelación Civil se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución e imponemos, a la parte apelante, las costas devengadas en esta alzada