



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064727

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 34/2020, de 21 de enero de 2020

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3450/2016

SUMARIO:

Responsabilidad por productos defectuosos. Prótesis de cadera. Interpretación del art. 138.2 TRLGDCU. Responsabilidad del suministrador. Como excepción a la regla general de la responsabilidad del productor por los daños causados por productos defectuosos, el art. 3.3 de la Directiva 85/374, y en Derecho interno, el art. 138.2 TRLGDCU, introducen una regla especial de forma que se puede imputar la responsabilidad al proveedor (suministrador o distribuidor) cuando el fabricante no puede ser identificado y el proveedor, dentro del plazo de tres meses, no indique al dañado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto. Estas normas presuponen que el suministrador puede fácilmente identificar al productor 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. En el presente caso, el juzgado y la Audiencia han considerado probado que la prótesis de cadera era defectuosa, que por ese motivo hubo de retirarse con antelación, que los daños sufridos por la actora fueron ocasionados por la deficiencia de la prótesis y, por ello, condenan a la empresa distribuidora, que es la recurrente en casación. Atendiendo a la finalidad de la norma, 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. El art. 138.2 TRLGDCU ha concretado cuál es el 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, tres meses. A pesar de que ni la Directiva ni la ley española exigen un requerimiento en forma determinada, es evidente que tal plazo no puede empezar a contar hasta que el perjudicado entra en contacto con el suministrador, haciéndole conocer los daños ocasionados como consecuencia del uso o consumo del producto. En el presente caso, la demandante no conocía la identidad del fabricante como consecuencia de la confusión entre entidades y la demandada, ante los requerimientos que recibió de la demandante, no cumplió diligentemente su obligación, pues debió informar a la demandante sobre la identidad del fabricante de la prótesis defectuosa dentro del plazo de tres meses desde que la demandante se dirigió a ella reclamándole por los daños sufridos. El argumento de la demandada ahora recurrente de que no lo hizo porque la demandante no se lo preguntó expresamente confirma que su modo de proceder no es conforme con la diligencia con la que debe actuar el suministrador para no quedar equiparado al productor a efectos de responsabilidad.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 128, 129, 130, 138.2, 147 y 148.

Directiva 85/374/CEE (Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos), art. 3.3.

Código Civil, arts. 1.100, 1.104, 1.902 y 1.968.2.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 400, 412, 469.1.3.º y 477.2.3.º.

PONENTE:

Doña María de los Ángeles Parra Lucan.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 34/2020

Fecha de sentencia: 21/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3450/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/01/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 6.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3450/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 21 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Johnson & Johnson S.A., representada por el procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio y bajo la dirección letrada de D.^a Carolina Revenga Varela, contra la sentencia n.º 412/2016 dictada en fecha 14 de junio por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 302/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1485/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella sobre



responsabilidad civil contractual. Ha sido parte recurrida D.^a María Teresa, representada por el procurador D. José Rafael Ros Fernández y bajo la dirección letrada de D. Emilio Ortiz Arévalo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a María Teresa interpuso demanda de juicio ordinario contra las marcas Johnson & Johnson, De Puy, que se extingue por absorción fusión pasando a ser Johnson & Johnson S.A., contra el legal representante del Centro Hospitalario USP de Marbella y contra el cirujano Dr. D. Leovigildo, en la que solicitaba se dictara sentencia en virtud de la cual:

"Se declare la responsabilidad civil de los demandados de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios del 2007, arts. 128, 129, 130, 147, 148 y de las dimanantes de los artículos 1100, 1104, 1968.2, 1902 del Código Civil, condenándose a indemnizar conjunta y solidariamente a las Mercantiles Johnson and Johnson y De Puy al demandante por los daños y perjuicios sufridos cuantificados en la cantidad de TOTAL 819.609 EUROS SEUO, desglosada en el apartado séptimo del presente escrito.

"Sin perjuicio de que el tribunal determine en qué grado debe conjunta y solidariamente responder el Centro Hospitalario USP y el equipo de cirujanos, por la falta de información en el consentimiento informado y la anulación de la capacidad de elección del paciente de conformidad con las sentencias aportadas 948/2011 sala 1 de lo civil Tribunal Supremo.

"En atención al artículo 394 y ss de la Ley de Enjuiciamiento civil se imponga expresa condena en costas por la temeridad y mala fe manifiesta que los demandados han protagonizado a lo largo de todo el procedimiento, no haciendo frente a los múltiples gastos ocasionados, dilatando en el tiempo sus decisiones, provocando que la parte demandante se situara en una situación económica precaria para sufragar los cuantiosos gastos ocasionados".

2.- La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella y fue registrada con el n.º 1485/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D.^a María Teresa presenta escrito a través de su representación procesal desistiendo respecto al hospital USP de Marbella y la entidad De Puy.

4.- Mediante decreto de 5 de marzo de 2013 se sobresee el proceso respecto a las codemandadas Centro Hospitalario USP de Marbella y entidad De Puy.

5.- El Dr. D. Leovigildo y Johnson & Johnson S.A. contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con absolución de los demandados y expresa condena en costas a la parte actora.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D.^a María Teresa 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".

7.- Esta sentencia fue complementada mediante auto de 19 de diciembre de 2013 en cuanto a la intervención de D. Leovigildo en el procedimiento, en el sentido de adicionar la sentencia añadiendo un



antecedente de hecho en el que se haga constar que la demanda se dirigió frente a D. Leovigildo que contestó la demanda y tras la celebración del juicio oral la parte demandante desistió respecto del Sr. Leovigildo, desistimiento que fue aceptado por este.

También fue aclarada en el sentido de condenar a la entidad Johnson & Johnson S.A. a abonar a la actora la cantidad de 42.612 Euros en concepto de facturas pendientes de abonar en el hospital USP.

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Johnson & Johnson S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 302/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 14 de junio de 2016, con el siguiente fallo:

"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 1485/2012 a que este rollo de apelación civil se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dichas resoluciones e imponemos, a la parte apelante, las costas procesales devengadas en esta alzada".

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Johnson & Johnson S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC, en relación con los artículos 400 y 412 LEC y la jurisprudencia que los desarrolla y que se cita en el presente motivo, mutación de la causa petendi por el juez de instancia y refrendada por la Audiencia Provincial de Málaga: J & J S.A. fue demandado en calidad de distribuidor y no de fabricante. Indefensión manifiesta de mi mandante tras la alteración sustancial de la demanda producida con posterioridad a que J & J S.A. hubiera contestado a la misma".

El motivo único del recurso de casación fue:

"Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional motivado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la interpretación del artículo 138.2 del RDL 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 y otras leyes complementarias, en lo relativo a la necesidad de requerimiento previo por parte del perjudicado para que el distribuidor identifique al fabricante".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Johnson & Johnson S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, en el rollo de apelación 302/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1485/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella".



3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito en el que planteó cuestión prejudicial ante el TJUE.

4.- Por providencia de 2 de diciembre de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antecedentes

El presente recurso versa sobre la interpretación y aplicación del art. 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 y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

Como excepción a la regla general de que es el fabricante quien responde de los daños causados por productos defectuosos, el precepto imputa la responsabilidad al proveedor (suministrador o distribuidor) cuando el fabricante no puede ser identificado y el proveedor, dentro del plazo de tres meses, no indica al dañado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto.

En el caso, el juzgado y la Audiencia han considerado probado que la prótesis era defectuosa, que por ese motivo hubo de retirarse con antelación, y que los daños sufridos por la actora fueron ocasionados por la deficiencia de la prótesis. En casación solo se plantea si debe responder el distribuidor de la prótesis por aplicación de lo dispuesto en el art. 138.2 TRLGDCU.

En las dos instancias ha sido condenada la empresa distribuidora de la prótesis, que es la recurrente en casación.

Tal y como han quedado acreditados en la instancia son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

1.- El 14 de diciembre de 2009, la Sra. María Teresa se sometió a una intervención quirúrgica para la implantación de una prótesis de cadera metal-metal ASR.

En 2010, De Puy Orthopaedics INC emitió un comunicado a nivel mundial por el que anunció la retirada del mercado de las prótesis ASR y recomendó un control para asegurar que el reemplazo de cadera ASR estaba funcionando bien, aunque no hubiera síntomas, anunciando que asumiría los costes de los controles y tratamientos de los servicios médicos, incluidas las operaciones quirúrgicas de las revisiones asociadas a la retirada. El 10 de septiembre de 2010, De Puy emitió un "aviso urgente de seguridad sobre el terreno", informó a los centros hospitalarios y cirujanos y envió una alerta de seguridad a la Agencia Española del Medicamentos y Productos Sanitarios. Las razones invocadas eran un aumento de las tasas de revisión compatibles con las descritas previamente para el sistema ASR y consistentes en alojamiento y mala alineación de componentes, infección, fractura ósea, luxación, sensibilidad al metal y dolor.

El 6 de junio de 2011, la Sra. María Teresa se sometió a una nueva intervención quirúrgica para reemplazar la prótesis.

2.- El 21 de noviembre de 2011, D.^a María Teresa interpuso demanda contra "Johnson and Johnson y De Puy ambas con sede social en Paseo de las Doce Estrellas 5-7 de Madrid", contra el hospital en el que se practicó la implantación en 2009 y contra el cirujano que la llevó a cabo.

En el suplico de su demanda pedía, de una parte, la condena solidaria de J&J (en adelante, J&J) y De Puy al amparo de los arts. 128, 129, 130, 147, 148 TRLGDCU y arts. 1100, 1104, 1968.2 y 1902 CC y, de otra, la condena del centro hospitalario y del cirujano por falta de consentimiento informado.

En distintos momentos, la demandante desistió de su demanda, primero, frente al hospital, luego frente al cirujano (después del juicio oral), y finalmente frente a De Puy (que no contestó a la demanda), de modo que quedó como única demandada J&J.

Alegó que empezó a sentir molestias en marzo de 2011 y que, como consecuencia de que la prótesis era defectuosa, sufrió diversos daños y secuelas (altos niveles de metales en sangre, necrosis de tejidos, infección bacteriana, lesiones en la cadera, nueva intervención quirúrgica, gastos patrimoniales, etc.), por los que pedía una indemnización de 819.000 euros.



En su contestación a la demanda de 7 de marzo de 2013, J&J sostuvo que el producto no era defectuoso, que los daños alegados por la actora no procedían de defecto alguno de la prótesis, que los daños reclamados eran desproporcionados y, por lo que interesa a efectos de este recurso de casación, falta de legitimación pasiva. Señaló que la prótesis había sido fabricada por De Puy International Ltd., que la demanda se dirigió frente a "De Puy", nomenclatura que se corresponde con una marca, pero no con una entidad o compañía, que la demandante conocía al fabricante del producto a la vista de la documental que aportaba, y que J&J no era la fabricante del producto sino únicamente su distribuidora. Razonó que, de acuerdo con el régimen legal de responsabilidad por productos, el distribuidor solo responde cuando el perjudicado no pueda identificar al fabricante (art. 138.2 TRLGDCU), por lo que J&J solo sería responsable si se hubiese acreditado un defecto en el producto y que lo puso en circulación a sabiendas de su carácter defectuoso (art. 146 TRLGDCU), lo que en el caso no había sucedido.

3.- El juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a J&J a abonar a la actora 515.647,8 euros más intereses.

El juzgado consideró probado el carácter defectuoso de la prótesis y el nexo causal con los daños, que cifró en una cuantía inferior a la reclamada.

Por lo que aquí interesa, frente a la alegación de la demandada de falta de legitimación pasiva, el juzgado consideró que J&J debía responder porque:

"La identificación del fabricante que realiza la entidad demandada, además de estar falta de actividad probatoria, es absolutamente extemporánea, pues se realiza cuando han transcurrido más de tres meses desde las primeras reclamaciones dirigidas a la demandada, y se realiza en un momento procesal en el que está constituida la relación jurídico procesal para forzar al demandante a iniciar un nuevo procedimiento frente a De Puy Limited sin tener la seguridad de que sea realmente la entidad productora. Tiempo tuvo la demandada antes del inicio del procedimiento para aclarar con los perjudicados la verdadera identidad de la persona jurídica fabricante de la prótesis y tiempo tuvo de comunicar a la entidad fabricante, que pertenece al mismo grupo empresarial, la existencia de las reclamaciones para que esta negociase directamente con los perjudicados a fin de dar claridad al entramado societario en el que ahora pretenden ampararse".

Con cita de la doctrina de la STJUE de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, apoyó estas conclusiones, en síntesis, en las siguientes circunstancias del caso:

i) la demandante se dirigió de manera extrajudicial a De Puy y a J&J en el domicilio social de Johnson and Johnson S.A., y no consta que esta última contestara indicando con exactitud y precisión qué entidad era la fabricante de las prótesis o su importadora, sino que, en apariencia, daba por válidas las reclamaciones que se le dirigían sin indicar su carácter de no fabricante; tampoco el despacho de abogados contratado para la tramitación de las reclamaciones aclara en ningún momento qué entidad es la fabricante de las prótesis;

ii) 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 2010 ("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 2010. 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;

iii) la demandada, tras aparentar que atendía las reclamaciones de los perjudicados y recibir sus comunicaciones, dándolas por válidas, sin indicar su carácter de no fabricante, haciéndoles creer que estaban bien planteadas, con el fin de dilatar las reclamaciones, de forma sorpresiva revela en su contestación a la



demanda que no es el fabricante, cuando tenía esa información desde el primer momento, por ser empresas del mismo grupo societario.

4.- J&J interpuso recurso de apelación en el que, en síntesis, alegó:

i) error en la aplicación del derecho porque el juzgado permitió a la actora modificar la calidad en que demandaba a J&J después de que esta contestara a la demanda, por lo que solo contestó como distribuidora, y no como fabricante; explicó que en la audiencia previa la actora, que en su demanda se dirigió contra J&J S.A. como distribuidor, cambió su demanda y se dirigió contra ella como fabricante, y que tal cambio fue aceptado por el juzgado en su sentencia sobre la base errónea de que J&J es la representante del grupo J&J en España por el hecho de ser una filial; De Puy International y J&J son sociedades distintas y tienen personalidad jurídica diferente, aunque compartan matriz final;

ii) error en la valoración de la prueba, porque la sentencia entiende que J&J no ha acreditado que el fabricante sea De Puy;

iii) error en la aplicación del derecho, porque la sentencia condena por el art. 138 TRLGDCU, cuando no es esa la acción ejercitada y, además, no concurren sus presupuestos, pues la actora sabía quién era el fabricante al menos desde 2010 (doc. 11 de la demanda) y en todo caso desde 2011 (doc. 4 de la contestación) y, si no lo sabía, no es suficiente que formule meras reclamaciones al distribuidor, sino que debe preguntarle de forma expresa e indubitada por la identidad del fabricante;

iv) subsidiariamente alegó: que no se ha acreditado que la prótesis sea defectuosa y mucho menos que los daños padecidos por la actora sean consecuencia de la prótesis;

v) y, subsidiariamente a todo lo anterior, que el importe de la condena resulta injustificado.

5.- La Audiencia desestimó el recurso de apelación de J&J.

Además de considerar que la prótesis era defectuosa y causante de los daños, por lo que interesa a efectos del presente recurso, la procedencia de la condena a J&J, la decisión de la Audiencia se basó en lo siguiente:

i) La sentencia no adolece de ninguno de los defectos procesales que se le achacan: no se alteró la causa de pedir, no hay incongruencia y no se ha generado indefensión para la demandada, que no objetó ni recurrió el sobreseimiento tras el desistimiento de la acción contra De Puy, el hospital y el cirujano; no se condena a J&J como fabricante sino como distribuidor, de manera congruente con lo pedido en la demanda, que hacía expresa cita de los arts. 135 a 139 TRLGDCU y, de hecho, la demandada en su contestación se defendió analizando los arts. 138 y 146 TRLGDCU para demostrar que no debía ser condenada como distribuidor; que el juzgado no condena por identidad de personalidad o en condición del fabricante, sino por la falta de identificación del fabricante en el plazo de tres meses; la distribuidora contribuyó a mantener la confusión sobre qué sociedad era la fabricante, pues pese a las reclamaciones efectuadas por la demandante no comunicó quién era la fabricante hasta la contestación a la demanda; la referencia en la sentencia de primera instancia a la confusión existente entre las sociedades no es por identidad de personalidad o en condición de fabricante del producto defectuoso, sino que es a los solos efectos de analizar si la demandante podía identificar o no al fabricante para en este último caso analizar la prosperabilidad de la acción entablada frente a J&J como distribuidora al amparo del art. 138 TRLGDCU.

ii) La recurrente incurre en contradicción, pues de una parte reprocha a la sentencia que admitiera un cambio de acción porque la demanda iba dirigida contra ella como distribuidora y luego se le hizo responder como fabricante y, al mismo tiempo dice que la sentencia es incongruente por condenarle sobre la base del art. 138.2 TRLGDCU y no ser esa la acción ejercitada.

iii) La sentencia no condena a J&J por identidad de personalidad o en condición de fabricante, sino por no haber identificado al fabricante en el plazo a que se refiere el art. 138 TRLGDCU.

iv) La sala no comparte la afirmación de la recurrente de que la actora sabía, desde antes de la presentación de la demanda, quién era la empresa fabricante. Afirmar la sentencia:

"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 De Puy, 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 De Puy 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 entre 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 International 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 De Puy, 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 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, deber que por demás le impone el artículo 138.2 del TRLGDCU, así como que el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 85 /374.

"En definitiva, la confusión existente en el entramado del grupo Johnson and Johnson, como sociedad matriz, y la mercantil Johnson and Johnson SA, y todas las que con esa denominación llevan la expresión De Puy, como filiales de aquella, imponían a la entidad hoy apelante, a fin de quedar exonerada de responsabilidad, dado que el productor de la prótesis. no podía ser identificado, el haber procedido a indicar a la Sra. María Teresa cuál era la empresa fabricante del producto, información de la que ciertamente debía disponer al pertenecer al mismo grupo societario.

"La primera identificación del fabricante de la prótesis que se acredita llevada a cabo por la entidad hoy apelante, es el escrito de contestación a la demanda, presentado el día 7 de marzo de 2013, en el cual se afirma que la prótesis que se implantó a la demandante fue fabricada por De Puy International Limited, pero esta identificación, como bien concluye la juzgadora a quo, no puede considerarse a los efectos de exoneración pretendidos al amparo del artículo 138.2 TRLGDCU, por resultar, notoriamente tardía, en la medida que el precepto exige la identificación dentro del plazo de tres meses y en los autos obra prueba que acredita que la asistencia letrada que designó la Sra. María Teresa, y que le asiste en la presente litis, se puso en contacto, tanto con la entidad hoy recurrente, como con la entidad que denominaba como De Puy, en el domicilio Social de la recurrente, sito en Madrid Paseo de las Doce Estrellas 5-7, como ya antes hemos referido, mediante remisión de burofax y carta certificada, todos ellos anteriores a la fecha de interposición de la demanda, en los cuales se hacían constar los problemas existentes con la prótesis qué le fue implantada a la Sra. María Teresa, no constando que la entidad hoy recurrente, que recibió tales comunicaciones extrajudiciales, las contestase, ni se molestase en indicar cuál era la empresa fabricante de las prótesis o su importadora en España, jugando esa falta de respuesta, un papel que no contribuyó sino a generar mayor confusión, pues, al menos en apariencia, daba por válidas las comunicaciones que se le dirigían, sin indicar que ella no era fabricante de la prótesis y expresar la identidad de la empresa fabricante.

"Por tanto, cuando identifica a De Puy International Limited como fabricante de la prótesis en el escrito de contestación a la demanda, que es la primera identificación que al respecto realiza, es claro que dicha



identificación es muy tardía y se lleva a cabo cuando está superado con creces el plazo de tres meses previsto en el artículo 138.2 del TRLGDCU.

"A los efectos que se pretenden por la recurrente, por otro lado, no cabe considerar el informe pericial adjuntado con la demanda, porque la pericial en cuestión en todo momento se refiere a la empresa De Puy, pero en ningún momento indica cuál de las empresas que en su denominación social contienen la referencia, que son muchas como expresamente reconoció el legal representante de la recurrente, y todas ellos filiales de Johnson and Johnson, era la empresa fabricante de la prótesis ASR XL.

"Por último es de señalar que resulta de plena aplicación al caso la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de diciembre de 2009, que cita la Juzgadora a quo, resolución esta que resolviendo una cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en un supuesto análogo al que nos ocupa, en el que el perjudicado lo era por una vacuna defectuosa fabricada en Francia y comercializada en Inglaterra, y dirigió reclamación frente a la entidad inglesa comercializadora, filial de la fabricante francesa, ante el desconocimiento de cuál era la sociedad que había fabricado la vacuna, señalando el referido Tribunal que el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 85/374, debe interpretarse en el sentido de que cuando el perjudicado por un producto supuestamente defectuoso no pudo razonablemente identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador del mismo, dicho suministrador debe ser considerado "productor" a efectos, en particular, de la aplicación del artículo 11 de dicha Directiva, si no comunicó al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador, extremo este que corresponde comprobar al Tribunal Nacional, habida cuenta de las circunstancias del caso; doctrina esta que; aplicada al caso que nos ocupa, no puede sino conducir, conforme a todo lo que se ha expuesto, a desestimar el motivo y, en definitiva a concluir la legitimación pasiva "ad causam" de la entidad recurrente, concurriendo los presupuestos del artículo 138.2 del TRLGDCU, como bien concluye la juzgadora de instancia en la resolución apelada".

6.- J&J interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

7.- La recurrida invoca causas de inadmisibilidad a las que, por no ser absolutas, daremos respuesta al resolver los recursos.

Segundo. Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Motivo y razones del recurso.

El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.3.º LEC, en relación con los arts. 400 y 412 LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, se denuncia mutación de la "causa petendi" por el juez de instancia y refrendada por la Audiencia Provincial de Málaga. Argumenta que J&J fue demandada en calidad de distribuidor y no de fabricante, y que después de la contestación a la demanda en la audiencia previa la actora desistió contra De Puy y entonces se dirigió contra J&J como fabricante. Aduce que se ha generado indefensión porque únicamente pudo defenderse como distribuidor y reitera que la demandante conocía la identidad del fabricante, por lo que no procede la condena a la distribuidora conforme al art. 138.2 TRLGDCU y que esa no era la acción ejercitada.

Por las razones que se exponen a continuación el motivo va a ser desestimado.

2.- Desestimación del recurso.

2.1. El recurso adolece de defectos técnicos, pues acumula una variedad de reproches que debieran ser objeto de impugnación en motivos separados, conforme a sus correspondientes presupuestos. Como recuerda el auto de fecha 3 de abril de 2019, rec. 373/2017:

" Esta sala viene diciendo en sus autos (recursos 2412/2016 , 4159/2016 , 1028/2015) que el escrito de recurso debe estructurarse en motivos, y que tanto si se alega más de una infracción o vulneración de la misma naturaleza como si se alegan varias de distinta naturaleza, cada una de las infracciones debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben aparecer numerados correlativamente, sin que puedan formularse submotivos dentro de cada motivo".



Así, junto a la denuncia de mutación de la acción ejercitada, la parte recurrente, sin denunciar por el cauce adecuado y de manera específica la errónea valoración de la prueba, con arreglo a los presupuestos y requisitos legales y jurisprudenciales para que tal motivo prospere, contradice la afirmación de la Audiencia (que expresamente manifestó que de la documentación aportada con la demanda no había quedado acreditado que la demandante conociera la identidad del fabricante), y analiza los documentos de los que resultaría, a su juicio, que la demandante sí conocía quién era fabricante. Por esta razón, concurre causa de inadmisión que por sí sola debería dar lugar en este momento procesal a la desestimación del recurso.

2.2. Por agotar la respuesta a las cuestiones suscitadas cabe añadir que la parte recurrente vuelve a plantear ahora los reproches que dirigió a la sentencia de primera instancia en su recurso de apelación y que fueron correctamente rechazados por la Audiencia.

Esta sala considera, al igual que entendió la Audiencia, que no ha habido cambio de acción, ni se ha modificado el objeto del proceso ni se ha producido indefensión.

Es doctrina reiterada, como recuerda la sentencia 485/2012, de 18 de julio, que:

"El ordenado desarrollo del proceso, unido a la necesidad de evitar la indefensión que podría provocar a la contraparte, es determinante de la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe su alteración, de tal forma que, de acuerdo con los clásicos brocardicos "lite pendente nihil innovetur" y "non mutatio libelli", no cabe posteriormente mutar la demanda (en este sentido, sentencia 345/2011, de 31 de mayo), afirmándose en la sentencia 499/2008, de 4 de junio que "su alegación posterior fuera de los escritos rectores, es extemporáneo y va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego, provoca una situación procesal anómala".

La demandada recurrente alega en su escrito que en la demanda en ningún momento se alegó desconocimiento de quién era el fabricante y si se desistió contra la fabricante De Puy fue porque con la contestación de la demanda descubrió que tenía domicilio en Reino Unido lo que, según la recurrente, determinaría que debiera ser demandada en Reino Unido.

Por no ser necesario para resolver este recurso, no entramos a valorar la falta de exactitud de las afirmaciones referidas a la competencia judicial, para lo que hay que estar al Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (sustituido, a partir de enero de 2015, por el Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre), que en su art. 5.3 (art. 7.2 del Reglamento 1215/2012) permite demandar ante el tribunal en el que se hubiere producido el hecho dañoso, entendiendo por tal tanto el lugar donde se hubiere producido el daño como el lugar del hecho causal de ese daño, a elección del demandante (STJUE de 16 de enero de 2014, sala 4.ª, asunto C-45/13, con cita de otras anteriores).

Sí diremos, en cambio, que lo que la sentencia recurrida explica detalladamente, como resulta de lo expuesto en los antecedentes de esta sentencia, son las razones por las que considera que, en parte por el comportamiento de la ahora recurrente, la actora no sabía quién era la fabricante; la sentencia, además de la forma en que se identifica en la documental aportada a cada una de las empresas del grupo y la declaración del representante legal de la demandada, tiene en cuenta particularmente y valora que la demandante, con anterioridad a la interposición de la demanda, mantuvo conversaciones y negociaciones sobre la reparación de los daños con la demandada, que atendía en la misma dirección, y por la misma persona, las reclamaciones dirigidas contra J&J y De Puy, sin especificar.

Precisamente porque, como dice la propia recurrente, lo relevante es lo que se fijó en la demanda, debemos atender a la coherencia entre lo solicitado y lo decidido en la sentencia recurrida, por lo que carecen de interés las extensas alegaciones contenidas en el escrito del recurso acerca de lo que entendieron el juez de primera instancia y la sentencia recurrida sobre todo lo manifestado en la audiencia previa y cual debía ser, a juicio de la recurrente, lo que debió entenderse.

La demanda se dirigía contra "J&J y De Puy como fabricante y distribuidora de las prótesis respectivamente", y en los fundamentos jurídicos de su pretensión afirmaba: "Fondo de asunto. Artículo 135 Título II capítulo I del R.D. Protección de Consumidores y Usuarios 2007, de Responsabilidad Civil de Productos Defectuosos, que viene a establecer que los fabricantes y los importadores serán los responsables de los daños causados por los productos que respectivamente fabriquen o importen, en el caso que nos ocupa tanto De Puy



como Johnson and Johnson tienen tal responsabilidad, de conformidad con los artículos 136, 137, 138 de la citada norma, ya que así consta en el etiquetado y en las múltiples informaciones que se aportan en el cuerpo del presente escrito". En el suplico solicitaba: "Se declare la responsabilidad civil de los demandados de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios del 2007, arts. 128, 129, 130, 147, 148 y de las dimanantes de los artículos 1100, 1104, 1968.2, 1902 del Código Civil, condenándose a indemnizar conjunta y solidariamente a las mercantiles Johnson and Johnson y al demandante por los daños y perjuicios sufridos cuantificados en la cantidad de total 819.609 euros seudo, desglosada en el apartado séptimo del presente escrito".

Esta sala considera que, en atención al régimen de responsabilidad del distribuidor contemplado en el TRLGDCU, que hace responsable al proveedor de manera excepcional y subsidiaria, para el caso de que no identifique al fabricante en un plazo de tres meses, no hay alteración de la causa de pedir cuando se analiza y se estima la demanda interpuesta contra el distribuidor porque el demandante ha creído que fabricante y distribuidor eran la misma persona como consecuencia, en buena parte, del comportamiento observado por el propio distribuidor con anterioridad a la interposición de la demanda. Esto último lo ha declarado como hecho probado la sentencia recurrida, sin que la recurrente haya impugnado por el correspondiente motivo de infracción procesal, y conforme a sus presupuestos, errónea valoración de la prueba. Otra cosa es la valoración jurídica acerca de si concurren los presupuestos para la aplicación del art. 138.2 TRLGDCU, lo que es objeto de análisis y decisión en el recurso de casación.

Por lo demás, la demandada se defendió como distribuidor argumentando que la demandante sabía quién era el fabricante (y alegó que no se daban los presupuestos del art. 138.2 TRLGDCU, aunque paradójicamente también alega ahora que se le condenó al amparo del art. 138.2, que afirma no fue el fundamento de la demanda) y negando que ella hubiera suministrado el producto a sabiendas de que era defectuoso. Pero la demandada también se defendió, conociendo que el incumplimiento de la carga de informar a la víctima da lugar a la asimilación del proveedor al fabricante, alegando que el producto no era defectuoso, que el aviso de seguridad emitido por el fabricante fue por precaución, no porque el producto fuera defectuoso, y que existen otras concausas que explican los daños padecidos. En definitiva, no ha habido indefensión.

Por todo ello, el motivo, y con él el recurso por infracción procesal se desestima.

Tercero. Recurso de casación

1.- Motivo y razones del recurso.

El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC y se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 138.2 TRLGDCU. Para justificar el interés casacional alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales por lo que se refiere a la necesidad de requerimiento previo por parte del perjudicado para que el distribuidor identifique al fabricante.

En su desarrollo, la demandada recurrente explica que la Audiencia ha aplicado indebidamente el art. 138.2 TRLGDCU porque ha condenado a quien distribuye el producto, a pesar de que la actora identificó al fabricante al inicio del procedimiento, cuando demandó al fabricante, contra el que luego desistió. Tras reiterar los argumentos por los que considera que la actora conocía la identidad del fabricante, afirma que la interpretación correcta del art. 138.2 TRLGDCU es que la identificación por el productor a que se refiere el art. 138 debe ir siempre precedida de un requerimiento previo por parte del perjudicado.

2.- Cuestión jurídica planteada.

Aunque la recurrente comienza en su escrito haciendo supuesto de la cuestión, pues se aparta de los hechos probados en la instancia, plantea finalmente una cuestión jurídica en torno a la aplicación del art. 138.2 TRLGDCU, la necesidad de que la víctima requiera al proveedor solicitándole la identidad del fabricante.

La demandante ahora recurrida, además de manifestar causas de inadmisibilidad (a las que no es preciso dar respuesta por no ser de las absolutas, según la doctrina de la sala), y de oponerse al recurso de casación por razones de fondo, sugiere que, en el supuesto de que esta sala tenga dudas sobre la aplicación del apartado 3, del art. 3 de la Directiva 85/374, proceda a elevar como cuestión prejudicial si es compatible con la jurisprudencia del TJUE exigir al perjudicado reclamante que haga requerimiento expreso de identificación del productor.

Puesto que se plantea una cuestión jurídica y se invoca el precepto pertinente sobre una materia sobre la que existen decisiones discrepantes de las Audiencias Provinciales, procede entrar en el fondo del asunto.



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 que serán tenidos en cuenta para resolver el recurso de casación.

Por lo que vamos a decir a continuación, a la vista de los hechos probados y del marco normativo aplicable, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

3.- Desestimación del recurso.

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 26/1984, 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 qué 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, sobre responsabilidad civil por los 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 quienes 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 la exigencia 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.

Cierto que 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. Sin embargo, en los preceptivos informes de seguimiento elaborados por la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 85/374 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 materia 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 la norma estatal o la práctica jurisprudencial que establece la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que la del 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 excepción a la regla general de la responsabilidad del productor, el art. 3.3 de la Directiva 85/374, y en nuestro Derecho interno, el art. 138.2 TRLGDCU, 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 tal caso, el proveedor responderá como productor, como si fuera el fabricante.

Establece el art. 138.2 TRLGDCU:

"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 se indique el nombre del fabricante".



Con alguna diferencia terminológica, esta regla se recogía con anterioridad en la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que tuvo por objeto la adaptación al Derecho español de la Directiva 85/374, cuyo art. 3.3 dispone:

"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del producto".

La finalidad del art. 3.3 de la Directiva 85/374 y del art. 138.2 TRLGDCU es facilitar la indemnidad de la víctima 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 le suministró a él 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 informa 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 conocen quién es el productor, aunque ni el art. 3.3 de la Directiva 85/374 ni el art. 138.2 TRLGDCU 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 este 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, 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 defectuoso no le resultaba razonablemente posible identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus 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 (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).

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 del 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 afirmar que él no es el productor. Existe la obligación a cargo del suministrador de comunicar a la víctima o al 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 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 trata niegue ser su productor, no basta, si no acompaña esta refutación de la información sobre la identidad del productor o de su propio suministrador el 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 ni, por tanto, para excluir que pueda ser considerado "productor" en virtud de esta 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, 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 de que se trata, conocía necesariamente la identidad del productor de esta vacuna en el momento en que OB ejerció la acción judicial contra ella".

3.2. Aplicación al caso.

En el presente caso, partiendo de los hechos probados, la sentencia recurrida, al considerar que la empresa demandada debe responder de los daños sufridos por la demandante, ha interpretado y aplicado acertadamente el art. 138.2 TRLGDCU.

Las alegaciones de la recurrente solo podrían prosperar si se cambiasen los hechos probados.

Son hechos declarados probados, y que no han sido desvirtuados por la recurrente: que la demandante no conocía la identidad del fabricante como consecuencia de la confusión entre entidades que reflejaba toda la documental existente; que la demandada, ante los requerimientos que recibió de la demandante no actuó correctamente, no indicó a la demandante cuál era la empresa fabricante de la prótesis, y contribuyó a mantener dicha confusión, dando por válidas las comunicaciones que se le hacían, sin indicar que no era la fabricante y expresar la identidad de quien lo era; que la demandada comunicó la identidad del fabricante al contestar a la demanda, cuando ya habían transcurrido tres meses desde que recibió la primera comunicación de la víctima.

A partir de los hechos probados en la instancia, esta sala considera que la distribuidora no cumplió diligentemente su obligación, pues debió informar a la demandante sobre la identidad del fabricante de la prótesis defectuosa dentro del plazo de tres meses desde que la demandante se dirigió a ella reclamándole por los daños sufridos. El argumento de la demandada ahora recurrente de que no lo hizo porque la demandante no se lo preguntó expresamente confirma que su modo de proceder no es conforme con la diligencia con la que debe actuar el suministrador para no quedar equiparado al productor a efectos de responsabilidad.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 138.2 TRLGDCU, la distribuidora debe responder con arreglo al régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

Por todo lo anterior, el recurso es desestimado y se confirma la sentencia recurrida.

Cuarto. Costas

La desestimación de ambos recursos determina que se impongan las costas al recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Johnson & Johnson S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de junio de 2016, por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, en el rollo de apelación 302/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1485/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Imponer al recurrente las costas devengadas por estos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.