



Roj: **SAP B 7204/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7204**

Id Cendoj: **08019370172019100340**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **12/06/2019**

Nº de Recurso: **1011/2018**

Nº de Resolución: **365/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PAULINO RICO RAJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0821142120168041376

### **Recurso de apelación 1011/2018 -B**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Sant Feliu de Llobregat**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 136/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Doroteo , SMITH & NEPHEW S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro, Alberto Asensio Malo

Abogado/a: Emilio Ortiz Arévalo

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 365/2019**

#### **Magistrados:**

Jose Antonio Ballester Llopis

Paulino Rico Rajo

Ana Maria Ninot Martinez

Barcelona, 12 de junio de 2019

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** . En fecha 30 de octubre de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 136/2016 remitidos por la Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Sant Feliu de Llobregat a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores Ignacio Lopez Chocarro y Alberto Asensio Malo, en nombre y representación de Doroteo y SMITH & NEPHEW S.A., respectivamente, contra Sentencia de 26/02/2018 .



**Segundo** . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimo en parte la demanda interpuesta por de D. Doroteo contra SMITH & NEPHEW, S.A., y en consecuencia condeno a la demandada a indemnizar al actor en 40.422,01 euros, con más el interés legal del art. 576 LEC .

Todo ello sin hacer imposición de costas."

**Tercero**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 12/06/2019.

**Cuarto**. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Paulino Rico Rajo .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Contra la Sentencia dictada en fecha 26 de febrero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sant Feliu de Llobregat en el juicio ordinario registrado con el nº 136/2016 seguido a instancia de D. Doroteo contra SMITH & NEPHEW, S.A., sobre reclamación de cantidad, que estima parcialmente la demanda, sin imposición de costas, interponen recurso de apelación ambas partes.

D. Doroteo en solicitud de que se " dicte sentencia revocando la apelada y, en su lugar, estimando todos los pedimentos de esta parte y que son los siguientes:

1. Se estime nuestro primer motivo de oposición elativo a los 2.208 días no impositivos reclamados en nuestro escrito de demanda y que ascienden a 69.397,44 euros.

*Derivado de lo anterior, el daño personal por incapacidad temporal debe ser cuantificado en 80.679,31 euros, frente a los inicialmente reconocidos por la Sentencia apelada (11.314,87 €).*

2. Se estime nuestro segundo motivo de oposición en cuanto a las SECUELAS no reconocidas y se tengan por acreditadas las siguientes:

a. La secuela por coxalgia derecha leve-moderada, con un valor estimado de 5 puntos.

b. La limitación global del balance articular de la cadera derecha con afectación leve-moderada de todos los arcos de movimiento, con un valor propuesto de 8 puntos,

c. En cuanto al perjuicio estético, se reconozcan los 10 puntos valorados por el perito de esta parte y aceptados por la Juzgadora a quo en la Sentencia ahora apelada.

*Derivado de lo anterior, frente al importe reconocido en Sentencia de Primera Instancia (29.107,14 €), procede rectificar el pronunciamiento en el sentido de indicar que el importe de las secuelas en realidad asciende a 48.424,07 euros.*

3. Derivado de lo anterior, se estime la incorrecta cuantificación del factor corrector del 10% sobre las secuelas y que en realidad quedará fijado en 4.842,41 euros

4. Se estime la indemnización por INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL y que ha sido cuantificada en la suma de 38.345,00 euros.

5. Se estime la indemnización del daño moral (complementario) sufrido por el Sr. Doroteo y que viene cuantificado en la suma de 60.000,00 euros.

6. Se estime el error de valoración de la prueba que hace la Juzgadora a quo en relación con el gasto derivado de intervenciones futuras, cuyo importe ha sido cuantificado en la suma de 24.352,68 euros, en su caso siguiendo la línea jurisprudencial indicada en el cuerpo de este recurso en relación al art. 115 de la Ley 35/2015, de 22 septiembre .

Se condene a la adversa al pago de las costas procesales de primera y segunda instancia con expresa declaración de temeridad. "

SMITH & NEPHEW, S.A. en solicitud de que se " estime el recurso de apelación, revocando la Sentencia y dictando otra en su lugar por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora " .



Ambas partes se oponen al recurso de apelación interpuesto de contrario, solicitando su desestimación y la estimación del recurso por ella interpuesto.

D. Doroteo , además, al oponerse al recurso de apelación, " *insta a la Ilustre Sala de la Audiencia Provincial a que en el caso que estime necesario aclarar si es necesario que el consumidor solicite la identificación del productor cuando de manera diligente se dirige contra aquel que entiende que es el fabricante porque se presenta como tal y en las comunicaciones existentes no establece en ningún momento que no es fabricante ni quien lo es, lleve a cabo una cuestión prejudicial internacional a los efectos de clarificar este hecho ya que su resolución podría encontrarse en disonancia con lo que ha venido a establecer la jurisprudencia comunitaria* " .

**SEGUNDO.-** En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la parte actora, aquí apelante y apelada, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, solicitó al Juzgado que " *se dicte sentencia por la que se condene a la parte demandada a INDEMNIZAR a la actora en la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SESIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES CON CUARENTA Y SEIS (256.643,46) EUROS, más los intereses legales de dicha suma y la expresa condena en costas por la absoluta temeridad y mala fe de la parte demandada* " .

Alegó, en síntesis, lo siguiente:

" *Mi mandante fue intervenido quirúrgicamente el día 12 de febrero de 2009, siendo sometido a una ARTROPLATIA TOTAL DE CADERA DERECHA como tratamiento de la coxoartosis que presentaba.*

*La intervención se llevó a cabo en el Hospital de Hellín con implantación de prótesis de resurfacing modelo BHR de la marca Smit & Nephew. El postoperatorio transcurrió sin incidencias. Mi mandante fue dado de alta hospitalaria el día 16-02-09.*

*El Sr. Doroteo , llevó a cabo un programa de rehabilitación después de la artroplastia que duró 6 meses.*

*La situación clínica funcional del paciente tras la artroplastia como muy buena con desaparición del dolor de la cadera derecha y sin limitación funcional.*

*En el año 2014, en revisión realizada en el contexto de las practicadas por recomendaciones de la SECA a raíz del conocimiento de la problemática con las prótesis de cadera con par metal-metal, se llevó a cabo una determinación de metales en sangre...*

*Así, el día 3 de marzo de 2015, el mi mandante fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Hellín. El acto quirúrgico consistió en el recambio protésico de la cadera derecha, siendo sustituida por una prótesis de diferente modelo (...), apreciándose durante la intervención la presencia en la articulación de material con aspecto de metalosis...*

*La prótesis implantada a la actora resultó ser defectuosa y la causa principal de las lesiones que, a la sazón, se irrogaron al Sr. Doroteo .*

..."

La demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 22 de marzo de 2016.

La parte demandada compareció en tiempo y forma e interpuso DECLINATORIA por falta de jurisdicción, que, tras los trámites pertinentes, fue resuelta, desestimándola, por Auto de fecha 12 de julio de 2016.

Tras el dictado de dicha resolución, se opuso a la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, solicitó al Juzgado que " *dicte sentencia por la que desestime íntegramente la Demanda con imposición de costas a la parte actora* " .

Alegó, también en síntesis, lo siguiente:

" *FALTA DEL DEBIDO LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO DEL SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA LA MANCHA, LOS MÉDICOS QUE ATENDIERON AL SR. Doroteo y EL LABORATORIO ZIMMER* " .

" *FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA AD CAUSAM DE SMITH & NEPHEW S.A.* " .

La desarrolla manifestando, en síntesis, que " *Así, si el Sr. Doroteo , como lo hace en la Demanda, considera que la acción generadora de responsabilidad es la defectuosa fabricación de la prótesis, debería haber dirigido la Demanda contra Smith & Nephew Orthopaedics Ltd, fabricante de la prótesis, en lugar de contra Smith & Nephew, S.A. que no es más que su distribuidor en España* " .

En el hecho CUARTO de la contestación alegó la " *AUSENCIA DE DEFECTO EN LA PRÓTESIS DE SMITH & NEPHEW ORTHOPAEDICS LTD* " .



Seguido el procedimiento su curso concluyó con la referenciada Sentencia estimatoria parcial de la demanda, sin imposición de costas, contra la que interponen recurso de apelación ambas partes litigantes en solicitud, respectivamente, de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

### **TERCERO.- Recurso de apelación de SMITH & NEPHEW, S.A.**

Procede resolver en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por dicha parte, la demandada, por cuanto de estimarse el mismo se impondría la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Doroteo .

Dicha parte apelante formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

" PRIMERA.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE SMITH & NEPHEW, S.A. (FUNDAMENTOS DE DERECHO TERCERO Y CUARTO DE LA SENTENCIA) " .

" SEGUNDA.- INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL DEFECTO Y E LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DEFECTO, LA NECESIDAD DE SUSTITUIR LA PRÓTESIS BHR Y LA SITUACIÓN ACTUAL ALEGADA POR EL PACIENTE " .

" EN RELACIÓN CON LOS DAÑOS " .

**CUARTO.-** Examinadas nuevamente las actuaciones en esta alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , observamos que el actor dirigió la demanda contra la demanda en base a que, en síntesis, le fue implantada una prótesis que " *resultó ser defectuosa* " , y la demandada adujo, y reproduce en esta alzada, que carece de legitimación pasiva por cuanto no es la fabricante de la prótesis sino la distribuidora en España de la misma.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de fecha 9 de diciembre de 2010 ( Sentencia: 545/2010 ), invocada por el actor en la demanda, dice lo siguiente:

" B) Debe estimarse la excepción de falta de **legitimación pasiva** por parte de Collagen Aesthetics Ibérica, S. A., por el hecho de tratarse de un **distribuidor** en España de un producto representado en la Unión Europea por otra empresa. En efecto, la LRCPD, aplicable al caso por razones temporales, establece que "[l]os fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen" ( art. 1 LRCPD ) y que a los efectos de la ley, "se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto de la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución" ( artículo 4.2 LRCPD ). Este mismo régimen se recoge en la actualidad en el artículo 138 LCU . En el caso examinado la demandada operó como importadora del producto en España, pero no se ha demostrado que lo hiciera en la Unión Europea, como exige este precepto legal , pues la representación de producto en Europa correspondía a la otra empresa demandada.

No puede mantenerse, en contra de esta conclusión, que, según el artículo 25 LCU 1984 , basta con realizar actos de distribución para incurrir en responsabilidad. En efecto, la aplicación de este artículo está excluida del régimen de responsabilidad por productos defectuosos en virtud de lo establecido en la DA primera LRCPD , la cual no puede estimarse contraria, según resulta de la jurisprudencia europea, al artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985 , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

La STJUE, Sala 5.ª, de 25 de abril de 2002 , n.º C-183/2000 , declara, en efecto, que el artículo 13 de la Directiva 85/374 , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva."

El artículo 135 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, dispone lo siguiente:

"Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen"

El artículo 138 siguiente prevé lo siguiente:



"1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de:

- a) Un producto terminado.
- b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) Una materia prima.

2. 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".

Y el artículo 5 del mismo texto legal establece:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo".

Esto es, a los efectos de la responsabilidad civil por los daños causados por los defectos de los productos, el legislador considera productor además de los que señala en el artículo 138 a los que también indica en el artículo 5, pero, en el artículo 138, acota la responsabilidad al productor, considerando como tal, al fabricante o importador en la Unión Europea, y sólo si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal, con carácter subsidiario, los que se señala en el artículo 138.2.

**QUINTO.-** La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de abril de 2002 (ROJ: STJUE 316/2012) dice lo siguiente:

"2 La Directiva tiene por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos. Según su primer considerando, tal aproximación es necesaria dado que las divergencias entre dichas legislaciones "pueden falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un **producto defectuoso**".

3 Conforme al artículo 1 de la Directiva, "el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos".

4 El artículo 3, apartado 3, de la Directiva posee el siguiente tenor:

"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 productor.""

Dice también la referenciada STJUE lo siguiente:

"36 La Comisión sostiene que, a diferencia del artículo 3, apartado 3, de la Directiva, que sólo prevé la responsabilidad del suministrador con carácter subsidiario, si no pudiera identificarse al productor, el artículo 1386-7 del Código Civil equipara el suministrador al productor.

37 El Gobierno francés no niega que exista esta divergencia. Alega que ésta se deriva de una norma de procedimiento nacional que, como tal, no era competencia de la Comunidad en la fecha en que se adoptó la Directiva, de modo que no podía ser modificada por la legislación comunitaria. Además, el artículo 1386-7 del Código Civil produce el resultado previsto por la Directiva, puesto que el suministrador que haya sido demandado por el perjudicado puede emplazar como interviniente forzoso al productor, quien deberá cargar con la indemnización según el propio sistema de la Directiva.

38 En la medida en que el Gobierno francés cuestiona la competencia del Consejo para adoptar el artículo 3, apartado 3, de la Directiva, procede destacar, en primer lugar, que, tal como se recuerda en el apartado 28 de la presente sentencia, un Estado miembro no puede invocar, como motivo de oposición contra un recurso por incumplimiento, la ilegalidad de una directiva cuyo incumplimiento le impute la Comisión.



39 Por lo demás, no puede acogerse esta alegación. Dado que el legislador comunitario era competente para armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, también lo era para determinar la persona a la que debe imputarse dicha responsabilidad, así como los requisitos para su atribución.

40 En cuanto a los resultados supuestamente equivalentes del régimen de responsabilidad previsto por la Directiva y del establecido por la Ley nº 98-389, procede destacar que la posibilidad que esta última concede al suministrador para emplazar como interviniente forzoso al productor redundante en una multiplicación de las acciones, en contra del objetivo de la acción directa de que dispone el perjudicado contra el productor, conforme al artículo 3 de la Directiva, que consiste precisamente en evitar dicha multiplicación."

Y en el Fallo dice que "EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta) decide: 1) Declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9, párrafo primero, letra b ), 3, apartado 3 , y 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985 , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: - al incluir en el *artículo 1386-2 del Código Civil francés los daños inferiores a 500 euros*; - *al considerar, en el artículo 1386-7, párrafo primero, del mismo Código* , que el suministrador de un **producto defectuoso** es responsable en todos los casos y por el mismo concepto que el productor, y - al prever, en el *artículo 1386-12, párrafo segundo, de dicho Código* , que el productor debe probar que ha adoptado las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias de un **producto defectuoso** con objeto de poder acogerse a las causas de exención previstas en el artículo 7, letras d) y e), de dicha Directiva. 2) Condenar en costas a la República Francesa".

Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 5 de julio de 2017 (ROJ: STJUE 463/2007) dice en el Fallo lo siguiente:

"Fallo 1) Declarar que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, al haber adoptado y mantenido en vigor normas con arreglo a las cuales los distribuidores son responsables en la cadena comercial en las mismas condiciones que los productores, infringiendo de este modo el artículo 3, apartado 3, de dicha Directiva. 2) Condenar en costas al Reino de Dinamarca."

En el presente caso se plantea el problema de que en el Formulario de Entrega del Producto Sanitario al Representante de la Empresa, de fecha 4 de marzo de 2015, obrante al folio 105, se hace constar que " *se hace entrega a D. Doroteo ... del producto sanitario denominado Prótesis de cadera derecha de superficie BHR, con número de lote de serie... Fabricado por la empresa Smith & Nephew con domicilio o sede social C/Fructuos Gelabert, 2-4; 08970 Sant Joan Despí, Barcelona* ", de lo que pudiera inferirse que el fabricante es dicha empresa con el referenciado domicilio.

Sin embargo, la propia parte demandante aportó con la demanda otro documento, obrante al folio 234, en el que se lee que " *Smith & Nephew es un fabricante de dispositivos médicos con sede en Londres* ", de lo que se infiere que debió surgirle la duda sobre el verdadero domicilio social.

Máxime si en otro documento por ella también aportado, obrante al folio 229, se lee " *Smith & Nephew PLC, un fabricante internacional de equipos médicos basado en Londres, es el cuarto productor más grande a nivel mundial de productos ortopédicos de reconstrucción, incluyendo la línea de caderas Smith & Nephew* ", lo mismo que al folio 235, se lee que " *Smith & Nephew PLC es un fabricante mundial de tecnología médica con sede en el Reino Unido* ", por tanto, se indica como fabricante a Smith & Nephew PLC, y en las anteriores denominaciones no seguía al nombre ninguna indicación sobre el tipo de sociedad de que se trataba.

Y sobre todo, si se tiene en cuenta que en el documento aportado con la demanda consistente en la contestación que la aquí demandada hizo a la reclamación formulada por el demandante le comunicó que " *distribuye en el mercado español numerosas prótesis de cadera* " (folio 324), de lo que se infiere que era distribuidora.

Que el actor conocía o podía conocer que el fabricante no era la demandada en el presente procedimiento se infiere, además de los documentos dichos, del también aportado con la demanda como documento nº 6 (folio 173), del Govern de les Illes Balears, Conselleria de Salut, Direcció General de Planificació, Avaluació i Farmàcia, en el que, en lo que aquí importa, se dice:

" *PRODUCTOS AFECTADOS: Prótesis de superficie Birmingham Hip (BHR), fabricadas por Smith & Nephew Orthopedics Ltd, UK* ".



Esto es, en un documento oficial aportado por el propio actor se indica como fabricante a una empresa distinta a la aquí demandada, con lo que resulta evidente que el productor podía ser perfectamente identificado sin necesidad de que lo indicara el proveedor (art. 138.2) y, por tanto, no debió dirigir la demanda contra Smith & Nephew, S.A. que se identificó ante el actor, a través de su abogado, como distribuidora en el mercado español, sin que ni siquiera conste que fuera importadora en la Unión Europea.

**SEXTO.-** La alegación formulada por el apelado de que " *S&N S.A. en virtud de esta doctrina jurisprudencial actúa contra sus propios actos cuando después de presentarse en el mercado como una unidad, intenta repeler las demandas que se dirigen contra ella excepcionando que ambas entidades tienen personalidad jurídica distintos* ", no es encajable en la doctrina de los actos propios, sino, en su caso, en la del levantamiento del velo, no invocada en la demanda.

Pudiera surgir la duda sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en el documento obrante al folio 324, antes referenciado, en el que se dice que " *Le agradecemos que, por favor, nos especifique qué clientes de los relacionados en su carta han sido implantados en la cadera o en la rodilla con algún componente de Smith & Nephew, así como que nos facilite la información del etiquetado de los componentes utilizados para que nuestro cliente pueda realizar las comprobaciones oportunas y proceder a su identificación. Asimismo,..., Smith & Nephew analiza cada reclamación de manera individual, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. Por ello, le adelantamos que le solicitaremos información adicional de cada potencial reclamación de sus clientes una vez se haya comprobado que efectivamente les fueron implantados componentes de Smith & Nephew* ", pero del contenido de dicho documento no se infiere que se den los requisitos que para su aplicación exige la jurisprudencia, pues no se crea un estado o situación que no pueda ser posteriormente alterado por quien se halla obligado a respetarlo.

La antedicha Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2010 dice lo siguiente:

" A) La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables ( *SSTS de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000 ; SSTC 73/1988 y 198/1988 y ATC de 1 de marzo de 1993* ).

Sin embargo ( *SSTS de 5 de octubre de 1984 , 5 de octubre de 1987 , 10 de junio de 1994 , 14 de octubre de 2005 , 28 de octubre de 2005 , 29 de noviembre de 2005, RC n.º 671/1999* ), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella.

B) La transacción constituye un contrato que dirime una controversia, mediante la composición de los intereses controvertidos. Como efecto del mismo, los transigentes quedan obligados a ejecutar las prestaciones en que se concreten las recíprocas concesiones convenidas. De esto se siguen las siguientes consecuencias:

a) Las tentativas o negociaciones encaminadas a lograr una transacción, cuando esta no llega a perfeccionarse, no pueden determinar el nacimiento de obligaciones en virtud del principio de los actos propios, pues por definición responden a una situación en la que se trata de lograr el fin de un conflicto mediante recíprocas concesiones que pueden comportar renuncia de derechos y solo pueden ser consideradas eficaces cuando el contrato se perfecciona en su conjunto y de acuerdo con su contenido definitivo."

En el presente caso no ha habido ni siquiera tentativas o negociaciones encaminadas a lograr una transacción, pues en el burofax de fecha 30 de septiembre de 2015 lo que se comunica a la aquí demandada es " *el listado de personas que estamos representando en ATENCIÓN A LAS PRÓTESIS DEFECTUOSAS DE CADERA Y DE RODILLA, que su ilustre entidad fabricó y distribuyó en nuestro territorio. EN ESTE SENTIDO SIRVA LA PRESENTE COMUNICACIÓN PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN...* " (folio 234), que fue contestado con la carta ya comentada obrante al folio 324.

Consiguientemente, no debiendo responder el distribuidor cuando el productor pudo ser identificado antes de la interposición de la demanda conforme a los propios documentos a ella acompañados, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por SMITH & NEPHEW, S.A., con la consecuencia de la revocación de la Sentencia recurrida, la desestimación de la demanda y la condena en las costas causadas en la primera instancia a la parte actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**SÉPTIMO.- Recurso de apelación interpuesto por Don Doroteo .**



De cuanto queda dicho en los precedentes Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto, que en aras a evitar repeticiones innecesarias, damos por reproducidos, al carecer de legitimación pasiva la demandada-apelada, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Don Doroteo .

**OCTAVO.-** La estimación del recurso de apelación interpuesto por Smith & Nephew, S.A. determina la no imposición de las costas causadas por el mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Doroteo conlleva la imposición al recurrente de las costas causadas por dicho recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que expresamente remite el artículo 398.1 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por SMITH & NEPHEW, S.A. y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Doroteo , ambos contra la Sentencia dictada en fecha 26 de febrero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sant Feliu de Llobregat en el juicio ordinario registrado con el nº 136/2016 seguido a instancia de D. Doroteo contra SMITH & NEPHEW, S.A., sobre reclamación de cantidad, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha Sentencia y, en su lugar, desestimamos la demanda y absolvemos a dicha demandada de la pretensión contra ella deducida; con condena en las costas causadas en la primera instancia a la parte actora. Y con condena en las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por D Doroteo a dicho recurrente; sin que haya lugar a hacer especial condena en las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por SMITH & NEPHEW, S.A.

Respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ .

**Modo de impugnación:** recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** ( regla 1.3 de la DF 16ª LEC ) ante el Tribunal Supremo ( art.466 LEC ) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :