



Roj: **SAP B 11844/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:11844**

Id Cendoj: **08019370012019100525**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2019**

Nº de Recurso: **809/2018**

Nº de Resolución: **547/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **AMELIA MATEO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

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

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0800642120158062243

### **Recurso de apelación 809/2018 -A**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arenys de Mar**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 681/2015**

Parte recurrente/Solicitante: Belinda

Procurador/a: LAURA ESPARRICH ROVIRA

Abogado/a: ALBERTO DAMIAN TORTOSA DIAZ

Parte recurrida: Carla

Procurador/a: Samuel Dominguez Tejada

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 547/2019**

Barcelona, 3 de octubre de 2019

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas **Dña. Amelia Mateo Marco, Dña. Maria Dolors MONTOLIO SERRA y Dña. Isabel Adela GARCIA DE LA TORRE FERNANDEZ**, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **809/18**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 18 de junio de 2018 en el procedimiento nº 681/15., tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arenys de Mar en el que es recurrente Belinda y apelada Carla . y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por e Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Blanca Quintana en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Carla , condeno a la demandada Dra. Belinda a pagar la



actora la cantidad de VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (22.723,89.-euros ), incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de esta resolución, y sin la imposición de costas a ninguna de las partes ( art. 394.2 LEC)."

**SEGUNDO.-** Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **Dña. Amelia Mateo Marco**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.**

Doña Carla formuló demanda contra Doña Belinda en solicitud de una indemnización de daños y perjuicios derivada de responsabilidad profesional médica.

Alegó la actora, en síntesis, en su demanda que en el mes de marzo de 2014 acudió a la clínica dental de la demandada donde se sometió a una endodoncia para subsanar la caries dental en la zona molar inferior. Desde el mismo momento de la intervención ya manifestó que algo no iba bien, pues tenía molestias que no eran usuales de esa intervención, pero le dijeron que era por la anestesia. Continuó con el tratamiento hasta que el día 11 de abril le fue entregada la factura indicándole que no volviera más. Mientras duró el tratamiento y una vez finalizado, acudió en varias ocasiones a centro hospitalarios debido a su falta de sensibilidad en la zona. Finalmente, el día 30 de junio de 2015 fue dada de alta con una secuela de ligera parestesia. Como consecuencia de la mala praxis de la demandada seguía con la parálisis facial y estaba bajo control médico. Solicitó por perjuicio estético, secuela fisiológica neuronal y días no improductivos, un total de 31.426 euros de indemnización. Solicitó ser visitada por el Médico Forense del Juzgado con el fin de valorar los daños sufridos.

La demandada se opuso a la demanda.

Alegó la demandada, en síntesis, en su contestación, que era falso que la actora padeciese una parálisis facial, pues los informes que aportaba sólo establecían una "posible parestesia", y también era falso que acudiera a su consulta para subsanar una caries. Vino el día 6 de marzo por un fuerte dolor en la pieza 46, que presentaba una fuerte hinchazón, por lo que ante una posible infección se le prescribió antibiótico y visita de control pasados 7 días y una ortopantografía, lo que se hizo el día 14 de marzo. Pese a que presentaba una mejoría se le aconsejó re-endodnciar la pieza 46 para matar de todo el nervio y detener el dolor. La intervención transcurrió con normalidad y fue a los siete días, en 20 de marzo de 2014, cuando manifestó una leve sensación de adormecimiento en la lengua y encía. La paciente solicitó entonces que se procediera a realizar la obturación de la pieza endodonciada a la mayor brevedad, lo que se hizo el día 9 de abril de 2014. En la única intervención de control realizada por un odontólogo, concluyó que no existían alteraciones valorables, es decir, que no apreciaba daño alguno. Resultaba totalmente imposible que la pérdida de gusto y la parálisis facial a que aludía la actora fuesen consecuencia de una endodoncia. En el supuesto de que fuera diagnosticada de una parestesia, con gran probabilidad habría sido causada a consecuencia de la primera intervención realizada antes de acudir a la clínica, que le produjo la inflamación. La obligación de los médicos es de medios y no de resultados. No concurrirían los requisitos necesarios para que existiese responsabilidad médica. No existiría siquiera un nexo de causalidad. Por último, consideró improcedente la cantidad solicitada, por ser desproporcionada. Anunció la aportación de un dictamen pericial.

La sentencia de primera instancia razona que si bien la obligación del médico es de medios y no de resultado, *"excepcionalmente se califica de arrendamiento de obra en supuestos en que la actividad del primero no es sólo meramente curativa, sino que al consistir en la reendodoncia de una pieza previamente endodonciada, la misma va dirigida a la obtención de un resultado cual el normal funcionamiento de la instalada"*. *"Por ello, cuando las prótesis o el tratamiento dental prescrito, de entre los varios posibles, en este caso, la reendodoncia, no tienen el resultado previsto, ya que ello evidencia por sí solo la existencia de un incumplimiento del que surge la obligación de indemnizar"*. Señala que los dos peritos intervinientes coinciden que no existió mala praxis, y que el perito judicial concluye que se ha producido una recuperación total. Pero dado que el perito de la actora establece que la lesión nerviosa alegada por la actora y recogida en todos los informes médicos es un accidente poco habitual pero posible, y que la pérdida de sensibilidad se ha mantenido por un periodo aproximado de 21 meses, reconoce una indemnización por 723 días de lesiones no improductivos, a razón de 31,43 euros/día, en total, 22.723,89 euros, sin secuelas, y condena a la demandada al pago de dicha cantidad a la actora.

Contra dicha sentencia se alza la demandada alegando error en la calificación jurídica de la relación, inexistencia de responsabilidad profesional por ausencia de los requisitos legalmente exigibles, y error en la cuantificación del daño.



La actora se ha opuesto al recurso.

**SEGUNDO. Actuación de la demandada y naturaleza jurídica del contrato existente entre las partes. Criterios jurisprudenciales sobre prueba en asuntos sobre responsabilidad médica.**

La primera cuestión que plantea la apelante en su recurso es la relativa a la calificación jurídica de la relación que se estableció entre en las partes, pues la sentencia razona que se trató de una obligación de resultado, -y de ahí hace nacer la responsabilidad de la demandad-, mientras que esta última argumenta que se trató de una obligación de medios y que la mera aparición de un efecto indeseado derivado del tratamiento o de la propia patología en ausencia de negligencia no es fuente de responsabilidad.

Es cierto que la doctrina ha distinguido entre la medicina curativa o asistencial, esto es, la que tiene por objeto curar al paciente que presenta una alteración patológica de su organismo, y la denominada medicina voluntaria o de satisfacción, cuyo fin no es curar propiamente, sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (cirugía estética o de embellecimiento), a la que se había equiparado la odontología con finalidad estética, o para anular su capacidad reproductora (vasectomías y salpingectomías).

Esta clásica distinción entre obligaciones de medios y de resultado venía siendo utilizada por la Sala 1ª del TS a la hora de calificar la obligación del médico en cada supuesto, si bien en la actualidad esta doctrina ha sido dogmáticamente superada, por cuanto en la actividad del médico se halla siempre presente un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan a su control.

A partir de la STS 21 octubre 2005, se inició una nueva etapa en que se apreció un notorio cambio en la jurisprudencia, postulándose que la obligación del médico en la medicina voluntaria era de medios, excepción hecha de aquellos supuestos en que hubo por parte del médico un aseguramiento del resultado o la información facilitada al paciente fue sesgada e inadecuada, pudiendo entonces calificarse de resultado.

En este sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTS 30 junio 2009, 27 septiembre 2010 y STS 20 noviembre 2009: "... la distinción entre obligación de medios y de resultados... no es posible mantener(la) en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico ....".

" La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.

Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual ( STS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 ).

En el caso de autos, la actora acudió a la consulta de la demandada el día 28 de febrero de 2014 porque presentaba dolor en la pieza 46, que había sido previamente endodonciada, por lo que se le prescribió antibiótico citándola para una nueva visita de control pasados 7 días, y se le pidió que aportara la ortopantomografía que le habían hecho en la clínica donde se le había practicado la endodoncia. Al acudir nuevamente a consulta y después de hacerle pruebas radiológicas, se procedió a re-endodonciar la pieza 46, y fue como consecuencia de esta re-endodoncia cuando se le causaron los daños por los que reclama.

Es decir, el tratamiento que le aplicó la demandada fue curativo, por lo que ni siquiera con arreglo a la antigua jurisprudencia que cita la sentencia apelada podría calificarse su actuación de medicina voluntaria, ni la obligación que asumió una obligación de resultado.



La reendodoncia que se le practicó ha resultado exitosa, según han concluido los peritos de ambas partes, porque la pieza en la actualidad es una pieza funcional que no causa ningún tipo de molestias.

Pero, en cualquier caso, y por lo que interesa atendida la naturaleza del debate, la demandada no le garantizó el buen resultado de la re-endodoncia, en el sentido de que no se le fueran a producir los daños indeseados que alega que se le produjeron, por lo que no existe ninguna razón que permita apartarnos de lo que establece con carácter general la jurisprudencia en material de responsabilidad profesional médica.

### **TERCERO. Criterios jurisprudenciales sobre prueba en asuntos sobre responsabilidad médica.**

Antes de pasar a analizar la prueba practicada en autos, conviene precisar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido recuperando la responsabilidad clásica, por culpa, sobre todo en materia de responsabilidad médica.

Así, en STS 475/2013, de 3 de julio, el alto tribunal se refiere a la superación de la jurisprudencia en la que en ocasiones se llegó a decir que, a falta de prueba sobre la actuación diligente, la responsabilidad derivaba del simple nexo causal entre el daño y la enfermedad, al tiempo que establece, a modo de resumen general sobre el tema, lo siguiente:

*" En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados ( art. 217.5 LEC ). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo ( SSTS 24 de noviembre de 2005 ; 10 de junio 2008 ; 20 de octubre 2009 ; 18 de mayo 2012 ). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva ( SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003 ) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades ( SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000 ), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada".*

En conclusión, nos hallamos ante la clásica responsabilidad por culpa en la que incumbe a la parte actora acreditar que el acto médico del que se derivó el daño se realizó con infracción, o no-sujeción, a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, sin que ninguna presunción de culpa o relación de causalidad resulte procedente aplicar.

### **CUARTO. Análisis de la prueba.**

Como consecuencia de la re-endodoncia que le practicó la demandada, la actora sufrió daños, consistentes en una parestesia, según concluyen ambos peritos, el Dr. Abilio , perito judicial nombrado a instancia de la actora, y el Dr. Adriano , que emitió un Informe a instancia de la demandada.

La relación de causalidad entre re-endodoncia practicada por la demandada y la afectación de la actora aparece pues probada.

Ahora bien, la simple relación de causa-efecto no hace nacer la responsabilidad del profesional médico, en este caso, de la demandada. Hace falta para ello que el médico haya actuado con infracción de la "lex artis". Esto es, con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, y esa prueba incumbía a la actora, ya que no estamos ante lo que en la jurisprudencia se considera "daño desproporcionado":

*" En primer lugar, el daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria ( SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007 ). En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación ( SSTS de 23 de mayo de 2007 , 8 de noviembre 2007 ; 10 de junio y 23 de octubre 2008 ).*

La parestesia, o hipoestesia, según calificación de uno u otro perito, que sufrió la actora es un efecto indeseado que entra dentro de los riesgos de la endodoncia, o re-endodoncia, según han dictaminado ambos, el perito judicial., Dr. Abilio , a instancia de aquélla, y el Dr. Adriano , perito de la parte demandada.

La cuestión, en definitiva, estriba en determinar si esa parestesia temporal que sufrió, y que ya ha desaparecido, se produjo por una infracción de la lex artis imputable a la demandada.



Pues bien, ninguno de los dos peritos ha dictaminado que la parestesia sufrida por la actora obedezca a una mala praxis de la demandada.

El Dr Adriano señaló en su dictamen y confirmó en el acto del juicio, -después de descartar los otros problemas descritos en la demanda, relativos a la cara, labios, etc, que no resultaron objetivados y carecerían de explicación científica-, que la parestesia se pudo haber originado por la colocación de la inyección de anestesia que afectó al nervio lingual, que pasa cerca del nervio dentario, que es el que hay que dormir.

Según este perito, esta complicación se da muy pocas veces, pero puede producirse porque no existen pruebas previas que permitan determinar la posición exacta de los nervios, de manera que se pueda evitar la lesión de los mismos durante una anestesia troncular, que es la que se aplica, tratándose de un riesgo de la técnica anestésica, sin que exista mala praxis.

Por su parte, el perito judicial nombrado a instancia de la actora, Dr. Abilio , también habla de una "posible lesión del nervi lingual dret", que le habría provocado una hipoestesia, es decir, disminución de la sensibilidad lengua y de la sensibilidad, y también considera que "la lesión del teixit nerviós és un accident intínsic a la técnica anestésica habitual", sin que señale qué es lo que podría haber hecho o dejado de hacer la demandada para evitarlo.

En conclusión, no existe prueba alguna de que la paraestesia, o hipoestesia, que padeció la actora y que afortunadamente ya ha desaparecido, obedeciera a la inobservancia por parte de la demandada de la lex artis, lo que hace que deba estimarse el recurso y desestimarse la demanda.

#### **QUINTO. Costas.**

Las costas de la primera instancia han de ser de cargo de la actora ( art. 394.1 LEC), sin que proceda la condena en la alzada ( art. 398.2 LEC).

#### **FALLO**

**EL TRIBUNAL ACUERDA:** Estimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Belinda , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arenys de Mar, la cual revocamos, y desestimamos la demanda formulada por Doña Carla , a quien imponemos las costas de la primera instancia, sin condena en costas de la alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales ( art. 469- 477- disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.