

Juzgado de 1ª Instancia nº 96 de Madrid

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914936408,6409

Fax: 915351357

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0079878

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 437/2017

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. I

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. I

SENTENCIA

En Madrid a 26 de octubre de 2018

Vistos por Dña. _____, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el nº 437/17 a instancia de D. _____, representado por Procurador y asistido por Letrado, frente a

_____ representada por Procurador y asistida por Letrado, vengo a resolver conforme a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en este Tribunal, procedente de la Oficina de Registro y Reparto, se recibió demanda de juicio ordinario con nº 437/17 a instancia de D.

_____, representado por Procurador y asistido por Letrado, frente a _____ representada por Procurador y asistida por Letrado.

SEGUNDO.- Que dicha demanda se admitió a trámite y se dio traslado a la otra parte para contestación. Presentada la misma, se procedió a citar a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar el 15 de enero de 2018 en la que se fijaron los hechos objeto del debate, se propuso prueba y se citó para juicio.

TERCERO.- Que al acto del juicio que tuvo lugar el 25 de septiembre de 2018 comparecieron todas las partes, practicándose toda la prueba propuesta y admitida, y quedando el pleito visto para sentencia.

CUARTO.- Que en el presente procedimiento se han observado todos los trámites procesales exigidos por la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don [redacted] ejercita la acción directa del artículo 76 de la LCS contra la Cía aseguradora [redacted]

[redacted], con el fin de que se le indemnice en la suma de 31.402,16 euros por las lesiones y secuelas sufridas por la actuación médica negligente del doctor [redacted], odontólogo con el que la demandada tiene suscrito un seguro de responsabilidad profesional, al llevar a cabo la exodoncia de una muela del juicio, la nº 48, denominada también, cordal inferior derecha, que se encontraba en una posición inadecuada para su erupción porque estaba torcida, sin que conste documentación esencial de toda la cirugía, hoja de protocolo quirúrgico, que acredite que se adoptaron las medidas de precaución o cautela protocolizadas, como realizar odontosección completa en lugar de incompleta, adoptar las medidas de protección del nervio, realizar un tac previo, diseño de la incisión, evitar ostectomía de la cresta lingual o evitar perforar o fracturar la cortical lingual con unas consecuencias graves para su salud al resultar dañado de forma irreversible el nervio lingual; funda su pretensión en que acudió a la Clínica Dental Propios S.L., el 8-1-2015, en donde se le advierte de la necesidad de extraer la pieza 48 que es la llamada muela del juicio o cordal inferior derecha realizándole la propia clínica una ortopantomografía con fecha 10-4-2015, donde se apreciaba dicha muela en posición inadecuada para su erupción porque estaba torcida, que el día 11-5-2015 se programa la cirugía de exodoncia que se llevó a cabo por el doctor [redacted] si bien en la historia médica no figura la hoja de protocolo quirúrgico o informe de quirófano, si bien en el informe retrospectivo que realiza el Sr [redacted] el día 19-6-2015, indica que le realiza una exodoncia quirúrgica asistido por la doctora [redacted], con anestesia local con técnica trocular e infiltrativa, se realiza odontosección de la pieza 48 debido a su posicionamiento y por la escasa apertura del paciente lo que le debió de llevar a practicar un TAC antes de practicar dicha extracción con el fin de poder conocer la exacta situación de la muela y el conducto dentario, dejando al mismo tiempo un ápice de la raíz vestibular debido, como indicó el doctor, a que estaba cercana al nervio dentario y para no provocar lesiones, lo cual ha de reputarse de una mala técnica quirúrgica ya que posteriormente acudió a los odontólogos Dr [redacted] y tras realizarle una radiografía 3D le realizan una cirugía para extraerlo con fecha 29-1-2016; a partir de la extracción de la muela nº 48 se suceden diversas consultas en fechas 18-5-2015, 26-7-2015, 30-5-2015, 13-6-2015, 19-6-2015, 6-7-2015 y 17-7-2015 donde se deja constancia de la existencia de trismus y analgesia de la parte derecha de la lengua por haber podido tocar el nervio dentario inferior derecho; el trismus desaparece casi por completo pero queda como secuela la lesión del nervio lingual ante lo que continúa el seguimiento en la Clínica dental [redacted] donde también se concluye con fecha 30-9-2015 que sufre muy probablemente una lesión de nervio lingual advirtiéndole en ese momento que puede que nunca desaparezca, habiendo tardado en curar 184 días no impositivos a razón de 31.43 euros /día lo que hace un total de 5.783,12 euros que incrementa en un 30%, quedándole como secuela daño permanente en el nervio lingual y alteración de la sensibilidad táctil y gustativa de la hemilengua que valora en 16 puntos siguiendo el baremo elaborado por el Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, además reclama 90 euros de la extracción en [redacted] por el doctor [redacted] por haber sido un tratamiento defectuoso y los 340 euros de la intervención para la extracción de la raíz que se dejó sin extraer; a lo que se opone la

demandada alegando prescripción de la acción directa ejercitada al haber transcurrido con exceso el plazo de un año desde que se establece la secuela el 30 de septiembre de 2015 y la fecha de interposición de la demanda, 9-5-2017 sin que pueda entenderse interrumpido dicho plazo por la interposición de diligencias preliminares al haberse dirigido la solicitud contra el asegurado, Sr. [redacted] y no contra ella, que la praxis médica del doctor ha sido correcta pues se le realizaron las pruebas diagnósticas necesarias para la exodoncia del molar 48 que es una ortopantomografía no siendo necesario en absoluto la realización de un TAC, que se le realizó una odontosección para poder realizar la exodoncia, que en la cirugía se realizan fuerzas y determinados movimientos que pueden lesionar el nervio sin que ello se deba a una mala praxis, influye sobre todo la anatomía del paciente y como esté situado el molar que se debe extraer, que se trata de una complicación relativamente frecuente a pesar de una correcta técnica ya que la cercanía anatómica y la complejidad de la exodoncia en ocasiones lo hace inevitable, que además de la propia cirugía existe otra posible etiología que produce lesión del nervio lingual que es la debida al anestésico, en el caso de autos se desconoce la etiología que causó la parestesia postquirúrgica y dicha lesión del nervio lingual durante la cirugía es una complicación inevitable y que no consta en la documentación ninguna prueba objetiva de la patología neurológica y no se ha aportado ninguna prueba que acredite el mantenimiento de la lesión del nervio lingual en el tiempo, plus petición y que no proceden los intereses del artículo 20 de la LCS.

SEGUNDO.- En cuanto a la prescripción de la acción que opone la aseguradora hay que indicar que no procede dicha excepción pues el actor ha optado por ejercitar la acción directa contra la aseguradora del odontólogo al amparo de la legislación de seguros, artículo 76 de la LCS y en base a una responsabilidad por negligencia médica, por tanto, contractual al unir al actor y al doctor una contrato de arrendamiento de servicios siendo por tanto el plazo para el ejercicio de la acción el de cinco años pues el régimen de prescripción de las acciones contra la entidad aseguradora es el mismo que corresponde contra el asegurado y así la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, en su sentencia de 11 de marzo de 2008 señaló “ Tratándose de un derecho propio del perjudicado, ajeno al contrato de seguro, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la responsabilidad contraída por el asegurado, o dicho de otro modo, de la índole de la acción de responsabilidad de que el perjudicado sea titular...”; además, no puede olvidarse que entre el asegurado y la aseguradora existe una solidaridad “ ex lege”, por lo que la interrupción del plazo respecto al asegurado aprovecha o perjudica por igual a ambos y en el supuesto de autos, la interrupción mediante la interposición de una solicitud de diligencias preliminares frente al asegurado, tendría también eficacia interruptiva frente a la aseguradora.

TERCERO.- Antes de proceder al análisis de la acción ejercitada hay que indicar, como señala la STS, Civil sección 1 del 18 de Junio del 2013 (ROJ: STS 3247/2013) que: "...es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 1 de junio de 2011 y de 18 de mayo de 2012), que 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 \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , salvo para supuestos debidamente tasados ([artículo 217.5 LEC](#)). El criterio de imputación del [artículo 1902 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) 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 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 noviembre 2009), la sentencia del TS de 16 de abril de 2007, Se entiende por *lex artis ad hoc*, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida."..... y continua En suma, aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, y el objeto de la obligación del médico es una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*, en este caso en relación con la obligación de practicar las pruebas diagnósticas procedentes con arreglo a la ciencia médica (SSTS de 23 de septiembre de 2004 [RJ 2004, 5890] , 15 de febrero de 2006 [RJ 2006, 692] , 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9172] , 21 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 397] y 6 de febrero de 2007 [RJ 2007, 922]) y administrar el correspondiente tratamiento. La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable. Existe, sin embargo, responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se ha servido en el momento oportuno, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional, teniendo en cuenta las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con las que se facilita la concreción de la *lex artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales (que incluyen la consideración de reglas de orden deontológico: STS de 15 de diciembre de 2006) y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia.

CUARTO.- La cuestión controvertida se centra en determinar si la actuación llevada a cabo por el odontólogo Sr. en relación con la extracción de la muela nº 48 se ha realizado ajustándose a su *lex artis* o por el contrario ha sido negligente.

La actora sostiene, que el doctor antes de la extracción de la muela, debió de llevar a cabo además de una ortopantomografía, un TAC con el fin de poder conocer la posición en tres dimensiones de la misma con el fin de no dañar el nervio lingual que se encuentra próximo, que se desconoce cuál ha sido la técnica seguida al no constar en la historia médica la hoja quirúrgica si bien en su caso ha tenido que ser negligente al haber dañado al nervio lingual, siendo también contrario a la praxis médica el haber dejado al finalizar la extracción un ápice de la raíz vestibular que tuvo que ser retirado con posterioridad; a lo que se opone la demandada alegando que no es necesario practicar un TAC pues con ello lo que se visualiza es la posición en tres dimensiones del molar, ubicación que se obtiene con la otra prueba diagnóstica que se acordó y que es suficiente no pudiendo verse el nervio lingual con la realización de un TAC, que el nervio ha sido presuntamente afectado pues la actora no aporta prueba objetiva que pueda constatar la lesión que dice que sufrió como consecuencia de la cirugía que le fue practicada y que en su caso la lesión es una

complicación de la cirugía relativamente frecuente a pesar de una correcta técnica como la utilizada en el supuesto de autos, una odontosección como se recoge en la historia clínica ya que la cercanía anatómica y la complejidad de la exodoncia en ocasiones lo hace inevitable.

Centrada la litis en los términos expuestos hay que indicar que la demandada discute en primer lugar la existencia de una lesión en el nervio lingual del actor como consecuencia de la realización de una exodoncia de la muela nº 48, el día 11 de mayo de 2015 y a este respecto si bien no existe prueba objetiva alguna de dicha lesión, la sintomatología que presentaba el actor a los pocos días de la extracción y recogida en la historia clínica, así el día 18-5- 2015 se indica que el paciente acude con analgesia de la parte derecha de la lengua (folio 113 de las actuaciones), el odontólogo Sr Ameghino hace constar, folio 115 de las actuaciones que el paciente acude a consulta el día 8 de julio de 2015 con una parestesia localizada en zona del 41 sector después de que se le realizara una exodoncia de la pieza nº 48, el 30 de septiembre DE 2015 por la clínica, folio 116 de las actuaciones, se recoge que el paciente acude con parestesia en lengua, incluso el propio doctor admite en su informe odontológico de fecha 19 de junio de 2015, folio 111, su posible existencia al indicar “ el paciente refiere parestesia en región dorsal derecha de la lengua, la doctora le explica que puede existir lesión del nervio lingual ...”, lleva a concluir que se produjo una lesión en el nervio lingual a causa de la cirugía que se le practicó al actor en esa fecha.

Es cierto, como indica el actor, que no figura en su historia clínica, referencia expresa alguna a que el día 11 de mayo de 2015 se le realizara la extracción de la muela del juicio al actor y por ello ni de la técnica utilizada ni del desarrollo o etapas de la intervención con lo cual se incumplió con lo dispuesto en el artículo 15.2k de la Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente ; en el informe odontológico realizado por el doctor el día 19 de junio de 2015 se indica que se le realizó “... una odontosección de la pieza 48 debido a su posicionamiento....”, inclinado, como se observa en la ortopantomografía que se le realizó el día 10-4-2015 y aportada en CD como documento 4 por la parte actora, pero sin especificar la existencia de un posicionamiento bajo de la cordal, de una relación íntima o proximidad importante del conducto nervioso con la muela, luego en principio, la cirugía no presentaba una complejidad que exigiera la realización previa de un TAC, como sostienen los peritos del actor, con el fin de precisar mejor esa proximidad (pues si bien como sostiene la perito de la demandada, tal prueba no permite visualizar el nervio lingual sí que puede verse con mayor precisión el conducto nervioso por el que pasa el mismo y su proximidad con la cordal), bastando por ello la prueba que se le realizó, una ortopantomografía, prueba diagnóstica habitual para este tipo de extracciones; además, de haber presentado el caso del actor, alguna complicación por existir esa proximidad entre el canal nervioso y la muela, el doctor debió de habérselo puesto de manifiesto al paciente para que pudiera conocer y valorar el riesgo o bien sopesar acudir a otro profesional como un cirujano maxilofacial; por lo que partiendo de que no existía una proximidad alarmante entre la muela del juicio y el conducto nervioso, un signo radiológico destacable, la lesión del nervio tuvo que producirse por una ejecución técnica incorrecta durante la extracción de la muela, ya bien fuera por comprensión, desgarro; la misma suerte ha de correr la actuación médica llevada a cabo por el doctor por haber dejado tras la extracción de la muela, un ápice de la raíz vestibular que tuvo que ser retirado con posterioridad pues si bien el doctor puso de manifiesto tal circunstancia en su informe odontológico levantado el día 19 de junio de 2015, a instancias del propio actor, no se recoge tal circunstancia en la historia clínica en donde

tampoco figura cita alguna para proceder a su retirada pese a que ambos peritos coinciden en que había que proceder a su extracción, tal y como posteriormente se hizo por otro odontólogo (folio 115 de las actuaciones) no justificando en ningún momento el doctor el motivo de porqué deja esa parte de la raíz sin extraer cuando además en el acto del juicio sostuvo que la extracción no presentaba complejidad como para mandar la realización de un TAC en consecuencia, procede declarar su conducta negligente y por tanto, la responsabilidad de la demandada.

QUINTO.- Respecto al importe del quantum indemnizatorio hay que indicar que del examen de la documentación médica del actor se desprende que tardó en curar 143 días, desde el 11 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 sin adicionar porcentaje alguno, todos ellos no impositivos como indica el actor en su demanda, pues es el 30 de septiembre cuando consta la última consulta del actor en relación con su parestesia de la parte derecha de su lengua pues con posterioridad, febrero de 2016, folio 117 de las actuaciones, sólo consta que se le realizó un férula de descarga que tiene relación con el trismus que padeció en un primer momento pero que luego le remitió. No procede fijar cantidad alguna en concepto de secuelas por lesión permanente del nervio lingual y pérdida de sensibilidad táctil y gustativa, toda vez que no consta en la historia médica tras esa última consulta del 30 de septiembre de 2015, que continuaran los síntomas de afectación del nervio lingual ni consta tratamiento para la parestesia ni revisión posterior, no ya por especialista neurólogo sino por odontólogo alguno no siendo suficiente para acreditar tales secuelas que valora en 16 puntos una exploración llevada a cabo por sus peritos trece meses después, el 16 de diciembre de 2016, mediante la técnica de mapeo que consiste como indicaron los peritos en el juicio, en introducir una aguja en las distintas zonas de la lengua para poder apreciar si existe o no sensibilidad pues se basa en un criterio subjetivo existiendo pruebas objetivas como un electromiograma por lo que hay que entender que la lesión del nervio remitió dentro del plazo de 6 meses que ambos peritos coinciden en fijar como plazo de recuperación de estas lesiones pues transcurrido el mismo se entiende que la lesión es permanente, extremo que no se ha acreditado; sí procede indemnizar al actor en el importe abonado a otro odontólogo por la extracción del resto de raíz cuando ello debió de haberse realizado en la misma exodoncia de la pieza 48 y se hubiera realizado por el doctor con posterioridad no podría haberse facturado aparte si bien no se estima la suma abonada por la extracción de la muela del juicio pues estaba indicada clínicamente su realización; en consecuencia, la cantidad total a indemnizar asciende a 4.720 euros (143 días por 30 euros/día más 430 euros)

SEXTO.- Procede la condena de la aseguradora al abono de los intereses del artículo 20 de la LCS.

SÉPTIMO.- No procede hacer declaración en materia de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimo en parte la demanda formulada por el Procurador

en nombre y

representación de D.

contra

. Condeno a la demandada a que abone a la actora la suma de 4.720 euros, intereses del artículo 20 de la LCS sin hacer declaración en materia de costas.

Así por esta mi sentencia, cuyo original se llevará al libro de sentencias de este juzgado, dejando en las actuaciones testimonio literal de las mismas, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de veinte días ante este juzgado. El recurso deberá anunciarse por escrito en el plazo de veinte días, debiendo consignar en la cuenta del juzgado, Código de Cuenta 4974, la cantidad de 50 euros en concepto de depósito para recurrir, indicándose la clase y número de procedimiento y la fecha de la resolución recurrida. No se admitirá a trámite este recurso si no se constituye este depósito, lo que deberá acreditarse ante este Juzgado mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe