



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

NOTIFICADO Y TRASLADO: 21 DE ABRIL DE 2017



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 8
GIJON**

SENTENCIA: 00090/2017

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 8 de GIJON

Domicilio: PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA, NUMERO 1, 2º PLANTA.- GIJON

Tel: 985197268/70/71 Fax: 985197269

Equipo/usuario: ICA

Modelo: SE0200

N.I.G.: J3024 43 2 2013 0045208

ROLLO: RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000268 /2016

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 2 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000416 /2015

RECURRENTE: COLEGIO ODONTOLOGOS ESTOMATOLOGOS DE ASTURIAS,

S.L.

Procurador/a:

Abogado/a:

- Z

RECURRIDO/A:

CARLOS USANO GUERRA , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Z,

Abogado/a: 1

SENTENCIA Nº 90/2017

PRESIDENTE:

ILMO. SR. D. BERNARDO DONAPETRY CAMACHO

MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. JOSE FRANCISO PALLICER MERCADAL

ILMO. SR. D. SANTIAGO VEIGA MARTINEZ

En Gijón, a doce de abril de dos mil diecisiete.

VISTA, en grado de apelación, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, compuesta por los Magistrados que constan al margen, la causa Procedimiento Abreviado nº 416/2015 del Juzgado de lo Penal nº DOS de Gijón sobre **DELITO DE LESIONES IMPRUDENTES E INTRUSISMO PROFESIONAL**, que



dio lugar al Rollo de Apelación nº 268/2016 de esta Sala, entre partes, como apelantes **COLEGIO ODONTÓLOGOS Y ESTOMÁTÓLOGOS DE ASTURIAS**, representado por el Procurador D. _____ y defendido por la Letrada Dª _____ representada por el Procurador D. _____ y defendido por el Letrado D. _____; I _____, _____, _____ Y **CARLOS USANO GUERRA**, representados por la Procuradora Dª _____ z y defendida por la Letrada Dª _____ iendo parte apelada el **MINISTERIO FISCAL**, siendo **PONENTE** el **ILMO. SR. D. SANTIAGO VEIGA MARTINEZ**, y fundados en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. — El Juzgado de lo Penal nº dos de Gijón dictó sentencia en la referida causa en fecha 12 de agosto de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo condenar y condeno a Carlos Usano Serra con documento de identidad nº 09.365.876-T como autor responsable de un delito de lesiones imprudentes previsto y penado en el artículo 152.1.1º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de:

-4 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-3 años de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo.

Que debo condenar y condeno a _____ y con documento de identidad nº _____ o autor responsable de un delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 403.1, inciso inicial del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 meses de multa con una cuota diaria de 12 €, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Que debo condenar y condeno a _____ con documento de identidad nº _____ o autor responsable de un delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 403.1, inciso inicial del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 meses



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



de multa con una cuota diaria de 12 €, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Que debo absolver y absuelvo a Carlos Usano Serra con documento de identidad nº 09.365.876-T en relación con el delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 403.1 del Código Penal del que aquél ha venido siendo acusado durante la tramitación del concurrente procedimiento.

Que debo absolver y absuelvo a _____ con documento de identidad nº _____ en relación con el delito de lesiones imprudentes previsto y penado en el artículo 152.1.1º del Código penal del que aquél ha venido siendo acusado durante la tramitación del concurrente procedimiento.

Que debo absolver y absuelvo a _____ con documento de identidad nº _____ en relación con el delito de lesiones imprudentes previsto y penado en el artículo 152.1.1º del Código Penal del que aquél ha venido siendo acusado durante la tramitación del concurrente procedimiento.

Que debo estimar y estimo las pretensiones de indemnización formuladas en concepto de responsabilidad civil y, en su consecuencia, condeno a Carlos Usano Serra con documento de identidad nº 09.365.876-T a que abone a _____ con documento de identidad nº _____

-La cantidad de 55.000 € más los intereses legales que resulten exigibles conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

-La cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos odontológicos y farmacéuticos que aquélla haya tenido que afrontar como consecuencia de los hechos que han sido declarados probados en virtud de la presente resolución.

Del abono de las reseñadas cantidades será responsable civil subsidiaria la entidad _____ S.L. con Código de Identificación Fiscal nº _____ con la responsabilidad civil directa, en los términos previstos en el artículo 117 del Código Penal y en relación con dicha responsable civil subsidiaria, de la entidad _____

con Código de Identificación Fiscal nº _____

Se impone a cada una de las personas condenadas el pago de 1/6 de las costas procesales causadas, excluyéndose las de la acusación popular y declarándose el resto de oficio".





SEGUNDO. — Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de COLEGIO DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ASTURIAS, S.L., / RO Y CARLOS USANO GUERRA, con oposición del Ministerio Fiscal que interesa la confirmación de la resolución recurrida, y remitido el asunto a esta Sección Octava, se registró como Rollo de Apelación nº 268/2016, pasando para resolver al Ponente, que expresa el parecer de la Sala.

TERCERO. — Se aceptan los ANTECEDENTES DE HECHO de la sentencia apelada, y con ellos la DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. — Se aceptan los de la sentencia apelada que aquí se dan por reproducidos.

SEGUNDO. — Pretenden los recurrentes que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra estimando las pretensiones fundadas en los distintos motivos que, por razones de sistema, se exponen en los fundamentos siguientes.

TERCERO. — En un primer motivo del recurso alegan los condenados, y Carlos Usano Serra, error en la apreciación de la prueba. El recurso no puede prosperar. En este sentido conviene recordar una doctrina jurisprudencial reiterada que señala que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de la instancia en uso de la facultad que le confieren los arts. 741 y 973 LECrim y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez en cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es este Juzgador, y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones,





seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido.

En este caso, el Juez de lo Penal ha escuchado las explicaciones de los inculpados y de la propia perjudicada, junto con las periciales y la documental aportada, y ha valorado todo este material probatorio de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, argumentado su conclusión de forma cumplida. Esta valoración se comparte en cuanto a lo fundamental por el Tribunal y no hay razón alguna para modificarla. En concreto, la prueba practicada resulta contundente y de ella se deriva la doble conclusión que lógicamente alcanza el juez, en cuanto a la realidad del tratamiento prescrito por el odontólogo, Carlos Usano Serra, que fue aplicado a la paciente, y extralimitación de las funciones apreciada en los condenados, _____ y _____, protésicos dentales que, según la declaración de hechos probados, realizaron actos para los que no están autorizados por su titulación, como la toma de impresiones dentales y colocación de fundas. Tal conclusión fáctica, en cuanto dimana de la apreciación de la prueba personal, ha de ser respetada por este órgano jurisdiccional de apelación que carece de la inmediación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Supremo viene manteniendo esta doctrina, con argumentos igualmente válidos para el recurso de apelación y así en sentencia de 30-1-91 afirma que "decidir con plenitud de garantías cual de entre las declaraciones ofrece mayor credibilidad, es tarea exclusiva y excluyente del Juzgador de Instancia con arreglo al art 741 de la L.E. Cr. Todo ello consecuencia de la decisiva importancia del principio de inmediación", a lo que se añade que ningún error se aprecia en la valoración de la prueba, cuya contundencia obliga a concluir que en el tratamiento aplicado a la perjudicada (prótesis fija dentosoportada) el odontólogo incumplió las más elementales normas de cuidado exigibles a un profesional de la medicina, como evidencian los informes periciales, tanto el informe forense, que concluye que "las intervenciones realizadas sobre _____ se han ajustado a los usos, costumbres y normas médicas, *lex artis*" (folio 223), como el informe del perito, Dr. _____, Doctor en Medicina y Cirugía, Médico especialista en Estomatología, (folios 20 a 29), que indica cómo "para lo correcta planificación de cualquier tratamiento bucodental es imprescindible un adecuado diagnóstico de la situación previa" y que en el caso que nos ocupa, y por lo que se refiere a la Sra. _____, "no se realizaron las pruebas necesarias. No consta la existencia de registros radiográficos que



formen sobre el estado del hueso que soporta los dientes (y la prótesis). Tampoco consta la realización de pruebas de diagnóstico periodontal (sondajes y periodontograma). Esta falta de pruebas diagnósticas llevó, en opinión de este perito, a que no se detectase la existencia de la enfermedad periodontal y consecuentemente no se tratase. Y la enfermedad periodontal era el problema más importante que padecía la señora , concluyendo que "según los datos disponibles, el diagnóstico realizado a la señora antes del tratamiento que nos ocupa fue claramente deficiente. No se realizaron las pruebas necesarias para diagnosticar el principal problema de salud que padecía la señora la enfermedad periodontal, y por ello dicha enfermedad periodontal no fue tratada adecuadamente" y que "la realización de un tratamiento como el realizado a la señora (prótesis fija dentosoportada) implica la necesidad de tratar previamente la enfermedad periodontal activa existente."

Además, a las conclusiones de los peritos, se añade, como evidencia de la mala praxis que supone la aplicación de un tratamiento sin un diagnóstico anterior, que "no parece haberse confeccionado una historia clínica digna de tal nombre. Apenas hay una hoja con los datos de contacto de la paciente y, en su reverso, varias anotaciones que parecen corresponder solo a las actuaciones realizadas, sin identificación del profesional que actuó y sin ninguno de los documentos que han de integrar tal historial", tal y como concluye el informe forense (folio 223) en referencia a los documentos que obran unidos al informe de denuncia formulada por la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, que propone la incoación de un expediente sancionador, del que es titular " , S.L.", por incumplimiento, entre otros, de la ley 41/2002 de autonomía del paciente, cuyos requisitos no cumple la historia clínica solicitada (folios 59 a 60).

En suma, parece lógico concluir, como hace el juez, que la enfermedad periodontal que presentaba la paciente "hubo necesariamente de ser detectada y tratada, cosa que no se hizo". En este sentido, los dos informes periciales, que apuntan en una misma dirección y que no han sido controvertidos por otra prueba pericial contraria, constituyen un medio de prueba idóneo para formar convicción, además de haber sido correctamente valorados por el órgano *a quo*, cuya conclusión no se revela ilógica, arbitraria o irracional, sin que esté justificado, como ha señalado la STC 48/94, que tras haber ponderado el juzgador de instancia los distintos elementos probatorios obrantes en el caso, en uso de una facultad que sólo a él corresponde, en apelación se cuestione tal



valoración mediante la simple oposición de la subjetiva del recurrente, que atribuye, sin apoyo probatorio, la enfermedad periodontal de la paciente a una mala higiene bucodental posterior al tratamiento, en contra de lo que resulta de la prueba practicada, pues, revisada la grabación del juicio en esta alzada, se comprueba la contundencia del perito cuando afirma, interrogado sobre el estado de la paciente que había acudido a la clínica dental, que dado "el lapso de tiempo transcurrido desde que ella inicia el tratamiento hasta que yo la veo es imposible que el estado periodontal de la paciente haya degenerado tanto" y tal estado "no ocurre de la noche a la mañana", por lo que cabe fácilmente concluir que en noviembre de 2011, cuando según se declara probado,

(), acudió a la clínica dental y fue objeto de tratamiento odontológico, consistente en la colocación de prótesis fijas dentosoportadas, la paciente ya cursaba un cuadro de piorrea, que no cabe atribuir, como pretende el recurrente a una mala higiene bucodental posterior al tratamiento, dado que es "imposible" que la enfermedad periodontal, en el avanzado estado que fue apreciado por el perito, Dr. (folio 22), haya podido sobrevenir en el corto lapso de tiempo que transcurre desde que se inició el tratamiento hasta que la paciente fue examinada por el perito, en fecha 5 de diciembre de 2012.

Llegados a este punto, probado que la paciente tenía una enfermedad periodontal, que era necesario tratar previamente, cabe concluir que el odontólogo que sin diagnosticar aquella patología prescribió el tratamiento incurrió en un olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales, lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente, (STS 2252/2001 de 29 de noviembre), equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse, caracterizada por la transgresión de los deberes de la técnica médica, y determinante de una imprudencia grave que nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la "lex artis" conduzcan a resultados lesivos para las personas" (STS de 29 de febrero de 1996), como ocurre en este caso, en que la perjudicada sufrió una infección buco dental y secuelas consistentes en daños anatómicos de quince piezas dentales con disfunción en la masticación, como prueba el informe forense (folio 322).





Finalmente, en las circunstancias expuestas, resulta claro que no existió el vacío probatorio al que se anuda la vulneración que el apelante denuncia en un segundo motivo del recurso, resultando la prueba de cargo, válidamente obtenida, suficiente para entender destruida la presunción de inocencia que amparaba a los acusados, sin que, frente a las quejas del recurrente, concurren razones que permitan dudar de la credibilidad del testimonio ofrecido por la perjudicada, que no ejercita acciones civiles ni penales, ni se muestra parte en la causa, y cuyo testimonio aparece periféricamente corroborado por los informes periciales y prueba documental, superando el razonamiento del juez que se apoya en el anterior acervo, el canon de razonabilidad. Por el mismo motivo, tampoco puede tener acogida la pretensión que se formula con carácter subsidiario, pues frente a la exposición razonada del juez, que para la individualización de la pena considera la entidad del menoscabo corporal ocasionado, el muy relevante periodo de recuperación y la prolongación en el tiempo que tuvo la actuación de los acusados en orden a realizar el tratamiento odontológico fallido, ninguna razón ofrece el apelante para que se imponga "la pena mínima", que tampoco cabe, con ocasión del recurso formulado, "suspender" o "sustituir", como interesa el recurrente, correspondiendo al juez la concesión de eventuales beneficios.

CUARTO.- El recurso formulado por la acusación particular, ejercida por el Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Asturias, impugna la absolución de los protésicos, / ... y / o ... por el delito de lesiones, así como la absolución del odontólogo, Carlos Usano Serra, por el delito de intrusismo.

a) La primera pretensión no puede ser acogida. En este caso, en que la imprudencia ha consistido en la falta de tratamiento de la enfermedad periodontal que presentaba la paciente, el resultado lesivo debe atribuirse a quien tenía la obligación de realizar el diagnóstico y podía conocer y prevenir el riesgo que suponía aplicar la prótesis sin haber tratado la patología anterior, así como el deber de cuidado en el cumplimiento de las reglas propias de su profesión. Por la ausencia de este último elemento, normativo, que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente, el resultado típico que trae causa de la falta de diagnóstico no se puede atribuir a quien no tiene obligación de realizarlo, como son los protésicos, cuya intervención consistió, como se declara probado en "la toma de impresiones dentales y la colocación de fundas".





b) Tampoco la segunda pretensión puede ser estimada. La cooperación necesaria exige una contribución eficaz en la producción del resultado, sin que en este caso resulte probado que fuera el odontólogo quien diera cobertura a los protésicos condenados por delito de intrusismo, ni que su titulación, como Licenciado en Medicina y Cirugía y en Odontología (folios 34 y 35), amparara la actividad de éstos últimos, y parece que, por el contrario, era el odontólogo quien prestaba servicios en la clínica en la que figura como administrador un tercero, _____y (folio 43).

QUINTO.- En el recurso formulado por la entidad '

se invocan tres motivos, error en la valoración de la prueba, falta de cobertura de la póliza, e impugnación del importe de la indemnización.

a) El primer motivo, en realidad se fundamenta en la improcedencia de responsabilidad civil por la ausencia de responsabilidad penal, negada en el recurso y confirmada en el razonamiento anterior, por lo que nada procede añadir al respecto.

b) En un segundo motivo se niega la existencia de cobertura, alegando que el tratamiento habido a la paciente fue desde el mes de noviembre de 2011, finalizado en el año 2012 y que el periodo de cobertura de la póliza es del 11/07/2014 a 17/12/2014, por lo tanto de fecha posterior, sin perjuicio de que tampoco la actividad de intrusismo, llevada a cabo por los protésicos dentales, tenga cabida en el citado aseguramiento. El recurso no puede prosperar, pues además de la póliza individual, 560.002.709, suscrita con la clínica "

S.L.", a la que se refiere el recurrente, consta en autos otra póliza colectiva, 530001061 (folios 326 y 327), en la que no consta excluida la conducta profesional del único condenado por el delito de lesiones y del que se deriva la responsabilidad civil declarada en la sentencia.

c) En un tercer motivo se impugna el importe de la indemnización, alegando falta de motivación. El motivo no puede ser estimado. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida se recogen las bases de la indemnización, "vistas la entidad de los menoscabos de referencia y la prolongación temporal que ha supuesto su curación", con expresa referencia, en el fundamento de derecho primero, a la prueba documental (folios 20 a 29, 223 y 322) que constata la realidad del menoscabo, resultando el importe de la





indemnización, 55.000 euros, en la cantidad interesada por el Ministerio Fiscal, ajustado a los parámetros anteriores, que se refieren al tiempo de sanidad, "prácticamente 25 meses" y secuelas, consistentes en "daños anatómicos de quince piezas dentales, con disfunción en la masticación", y que resultan del informe forense (folio 322) no desvirtuado por otra prueba en contrario. Por último, tampoco los gastos odontológicos y farmacéuticos, cuya indemnización reconoce la sentencia, representan ningún enriquecimiento injusto. Si atendemos al contenido del art. 116 en relación con el de los arts. 109 y ss, que determinan los conceptos que debe abarcar la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, vemos como esta abarca tanto la reparación del daño causado como la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados siempre que, como es el caso, sean consecuencia directa del delito. No puede pretenderse que la perjudicada tenga que hacer frente a los gastos derivados de unas intervenciones que devinieron necesarias precisamente por la conducta negligente del acusado.

VISTOS los artículos 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

QUE, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **COLEGIO DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ASTURIAS,**

S.L.,

CARLOS USANO GUERRA contra la sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado nº 416/2015 del Juzgado de lo Penal nº dos de Gijón, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución. Se declaran de oficio las costas de esta apelación.

Devuélvanse los autos a su procedencia con testimonio de la presente, que se notificará con instrucción de lo dispuesto en el artículo 248.4 de la L.O.P.J.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



PUBLICACIÓN.— La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Magistrado Ponente, en audiencia pública y a mi presencia, de lo que doy fe. En Gijón, a doce de abril de dos mil diecisiete.

