



Roj: **AAP V 496/2022 - ECLI:ES:APV:2022:496A**

Id Cendoj: **46250370102022200243**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **20/05/2022**

Nº de Recurso: **247/2022**

Nº de Resolución: **299/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MERCEDES MIÑANA ARNAO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN DÉCIMA

VALENCIA

NIG: 46250-42-1-2021-0040005

RECURSO DE APELACIÓN (LECN) [RPL] Nº 000247/2022 -RO-

Dimana de: Familia.Patria potestad [V58] Nº 000881/2021

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE VALENCIA

A U T O nº. 299/22

SECCIÓN DECIMA:

Ilustrísimas Señorías:

Presidente, D. CARLOS ESPARZA OLCINA **Magistrados**: D^a. ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ D^a. MERCEDES MIÑANA ARNAO

En Valencia a, veinte de mayo de dos mil veintidós

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de Familia.Patria potestad [V58] nº 000881/2021, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante, D/D^a. Marco Antonio , dirigida por el letrado D/D^a. MARIA DESAMPARADOS JUANES SAEZ y representada por el Procurador D/D^a. ANA GALLINAS RODRIGUEZ, y de otra como demandado, D/D^a. Mariana , dirigida por el letrado D/D^a. SONIA SIMON FERRANDO y representada por el Procurador D/D^a. MARIA ANGELES MONTORO CERVERO. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL

Es ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./Dña. MERCEDES MIÑANA ARNAO.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE VALENCIA, en fecha 27/12/21 se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

"SE ACUERDA : Atribuir a D. Marco Antonio la facultad de decidir sobre la administración de vacuna contra la Covid-19 al menor Ambrosio cuando la Conselleria de Sanitatde la Generalitat y/ o el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de España lo establezcan. No se hace expresa imposición de costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicho auto por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación



del auto se remitieron las actuaciones a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 18 de Mayo de 2022 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS:

PRIMERO.- El Recurso de Apelación se dirige contra el Auto de fecha 27-12-2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valencia que atribuyó al progenitor demandante la facultad de decidir sobre la administración de la vacuna contra la covid-19 al hijo común, nacido el NUM000 -2007. El menor padece migrañas, en tratamiento por neuropediatría, y DIRECCION000 , así como alergia al polen de gramíneas y a los ácaros. Por sentencia de divorcio de fecha 16-2-2015, se aprobó el Convenio Regulador ratificado por las partes, en el que se acordó un régimen de convivencia individual de los hijos menores de edad con la madre. La otra hija del matrimonio ha alcanzado la mayoría de edad.

SEGUNDO.- Se alega en el Recurso de Apelación: 1) error en la valoración de la prueba, al no concordar los hechos que se declaran probados con la realidad, haciendo referencia a los efectos secundarios derivados de la administración de la vacuna, las dolencias que padece el menor (alergias, migrañas y encefalopatías), y la falta de información sobre la vacuna; 2) Infracción del principio de prudencia; 3) Infracción de los artículos 2 y 8 a 10 de la Ley 41/2002; 4) Infracción de los artículos 17 y 24 de la Constitución Española. Solicita que sea ella la persona facultada para decidir sobre la administración de la vacuna a su hijo.

La parte contraria se ha opuesto al Recurso, al igual que el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- El Recurso debe ser desestimado, considerando que la resolución recurrida no incurre en los defectos que se le imputan, atendiendo, fundamentalmente, a lo manifestado por el menor en la exploración y al informe del médico forense. Para resolver la controversia, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil y de la premisa de que la vacunación para la covi-19 es voluntaria, por lo que su administración no puede ser acordada en interés de la salud pública o en beneficio de terceros. Por otro lado, es pública la información genérica sobre la gravedad que puede alcanzar la enfermedad causada por la covid-19, especialmente antes de que comenzaran a administrarse las vacunas, y también respecto a la posibilidad de que la vacuna pueda producir efectos secundarios también graves, aportando la parte documentación al respecto. Por ello se solicitó informe al médico forense dependiente del Instituto de Medicina Legal de Valencia, el cual consta unido a los autos, que es concluyente en cuanto a que los beneficios de la vacunación en los menores de edad superan a los riesgos que implica. En todo caso, dado el carácter voluntario de la vacuna, es decisión de cada individuo el optar por una u otra solución, puesto que ninguna de las dos está exenta de riesgos, pero en el caso de personas con limitaciones de la capacidad, ese consentimiento debe prestarse por quienes los representen. En relación con los menores de edad, la representación la ostentan los titulares de la patria potestad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil y, en caso de discrepancia, el conflicto debe resolverse por la vía prevista en el artículo 156 del mismo texto legal, si bien, en materia sanitaria, también resulta aplicable lo establecido en la legislación especial en la materia, en concreto, en la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente, a la que se remite la apelante, y en la Ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana, normas que otorgan especial relevancia al consentimiento del paciente menor de edad.

El artículo 9 de la Ley 41/2002 dispone lo siguiente:

" Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento."

Por su parte, el artículo 43.4 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana dispone :

"El consentimiento se otorgará por representación o sustitución en los supuestos y condiciones previstos en la legislación básica estatal y podrá ser retirado en cualquier momento en interés de la persona afectada:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y carezca de representante legal, el orden de prelación de las personas vinculadas al mismo para prestar el consentimiento informado por sustitución o representación será el siguiente: el cónyuge no separado legalmente o el miembro de la unión de hecho formalizada de conformidad con lo establecido en la legislación vigente o, en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. No obstante, si el paciente hubiera designado previamente por escrito o de forma indubitada a una persona a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia.

b) Cuando el paciente tenga judicialmente modificada su capacidad de obrar, el derecho corresponde a su representante legal, quien deberá acreditar de forma clara e inequívoca su condición y ejercerlo con respeto a la extensión y límites de dicha modificación, impuestos en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará la persona representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Cuando se trate de personas menores emancipadas o mayores de

dieciséis años capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance la intervención, o que no hayan sido incapacitadas, el consentimiento se otorgará en los términos previstos en la legislación básica reguladora de la autonomía del paciente.

Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres y madres y sus representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente."

En cuanto al artículo 43.6 de la ley valenciana 10/2014, dispone:

"En caso de conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la de sus personas progenitoras o representantes legales, el médico se acogerá a lo dispuesto en la legislación civil en la materia. Asimismo, cuando las decisiones, acciones u omisiones de los padres o representantes legales puedan presumirse contrarias a los intereses de la persona menor de edad o incapacitada, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil, salvo que, por razones de urgencia, no fuere posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso el personal sanitario adoptará las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad."

En el caso enjuiciado, el hijo menor de edad se ha manifestado a favor de recibir la vacuna, habiendo recibido información al respecto de ambos progenitores, pese a lo cual su decisión final es favorable a que se le administre; el menor tenía 12 años de edad en el momento de la exploración, 13 en la actualidad, lo que permite presumir cierta capacidad para entender los riesgos que implican ambas posturas, pues a partir de esas edad el legislador considera imprescindible la audiencia al menor antes de adoptar las decisiones que le afectan, salvo causa justificada. Si a ello se añade la conclusión del informe del médico forense respecto a la comparación entre los beneficios y los riesgos de la vacuna, pese a las dolencias que padece el menor, la conclusión es que se debe desestimar el Recurso de Apelación, dado que la postura que mantiene el padre se encuentra en mejor sintonía con la voluntad del hijo y respaldada por las conclusiones del informe del médico forense, informe del que se solicitó ampliación respecto a las alergias que padece el menor, concluyendo que no contraindican la vacunación. También debe tenerse en cuenta que en estos procedimientos que tienen por finalidad resolver conflictos entre los titulares de la patria potestad, la decisión judicial no supone un pronunciamiento sobre el sentido de la decisión a adoptar (en este caso, si debe administrarse o no la vacuna), sino que el juez se limita a asignar a uno de los progenitores la facultad de decidir, siendo el facultado quien deberá resolver y llevar a efecto lo resuelto, en las condiciones que considera más beneficiosas para su hijo y teniendo en cuenta la voluntad del menor. Añadir por último, en cuanto a los derechos fundamentales de la apelante que se alegan como infringidos en el Recurso, que para la resolución de la controversia se deben primar los del hijo menor de edad sobre los de sus progenitores (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996).

CUARTO.- No procede la imposición de las costas del Recurso, en atención a la materia.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA

Desestimar el Recurso de Apelación formulado por D^a Mariana contra el Auto de fecha 27-12-2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valencia, confirmando la resolución recurrida.

- No hacer expreso pronunciamiento sobre las costas.

Así por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso, del que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.