

Dictamen nº: **457/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **13.10.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 13 de octubre de 2020, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. ...., en su propio nombre y en nombre y representación de su hija menor de edad, Dña. ...., sobre indemnización por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Salud Arganda del Rey y en el Hospital del Sureste, en relación con las vacunaciones administradas a la menor en el centro de salud, a pesar de que según refiere, había manifestado previamente su rechazo a que se le administraran, y también por los daños producidos como consecuencia del estudio radiológico que se le realizó a su hija en el citado hospital.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante diversos escritos presentados en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid en la misma fecha, el 14 de enero de 2019, pero en diferentes horas (15:43 horas, 15:48 horas, 15:53 horas y 16:01 horas), la persona señalada en el encabezamiento expone que se le han administrado a su hija determinadas vacunas a pesar de que, según afirma, estaba informado el Centro de Salud

Arganda del Rey que la reclamante no autorizaba tal vacunación. Relata que han sido varias vacunas en un corto período de tiempo y alguna de ellas innecesaria, pues su hija ya había pasado la enfermedad, con lo que poseía la inmunidad en su cuerpo.

La reclamante alega el daño psicológico derivado de esta mala actuación por depresión, insomnio, nerviosismo, falta de concentración, enfado y rabia, apatía, desconfianza y vulnerabilidad entre otros. También alega daño físico, por anemia, agotamiento, dolores de cabeza, pérdida de pelo y otros daños internos derivados directamente de elementos introducidos en la inoculación, tanto de agentes biológicos naturales como artificiales, así como químicos.

Refiere que, además, a su corta edad, tan sólo 15 años en los que su vida no ha hecho más que empezar, y teniendo en cuenta que la menor es una persona “*altamente sensible (PAS)*” (sic), le está condicionando gravemente su estabilidad emocional ahora y en el futuro.

Por otro lado, en otro de los escritos presentados, la reclamante afirma que a la menor se le han hecho radiografías de columna, una detrás de otra por no haber salido bien la primera, sin haberle pedido a su madre consentimiento para repetirlas, estando ella en el pasillo exterior de la sala de radiografías, sometiendo a su hija innecesariamente a una sobre-exposición a la radiación.

Afirma que las radiografías se las han hecho de pie en lugar de tumbada, con lo que la longitud de la pierna izquierda frente a la derecha que se pretendía determinar y medir con la telemetría, así como el desplazamiento de la parte izquierda de la cadera, quedaban ocultas ya que, según ella, la menor corrige la desviación metiendo el pie izquierdo, con lo que parece que todo está bien, sin desnivel en la cadera y de la misma longitud la pierna, cuando no es así.

Señala la reclamación que la radiación innecesaria y excesiva está causándole a ella misma daños psicológicos por depresión, trastornos en el sueño, nerviosismo, falta de concentración, enfado y rabia, desconfianza y vulnerabilidad entre otros. Además, manifiesta que a la menor no se le puede ahora radiar de nuevo para ver la situación real de sus huesos, con lo cual no puede ser evaluada, con el seguimiento necesario, ni se puede establecer el tratamiento que precisa.

Concluye que, a raíz de esta mala actuación, se derivan daños físicos, tanto internos a nivel celular, con manifestación de síntomas y enfermedades en años venideros, como malformación ósea a varios niveles entre otros.

Cabe señalar que en alguno de los escritos la reclamante solicita una indemnización de 50.000 euros, mientras que en otros reclama la cantidad de 100.000 euros. Acompaña a los diferentes escritos copia del libro de familia para acreditar el parentesco.

**SEGUNDO.-** En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Se trata de una paciente nacida en 2003, con alteración en adquisición del lenguaje y de atención, con sospecha de hipoacusia y con antecedentes de escoliosis dorso-lumbar leve. Acude el 21 de octubre de 2009 a consulta de Traumatología del Hospital del Sureste. La madre refiere pies planos-valgos que son descartados. El estudio podoscópico objetiva que mete la punta de los pies por anteversión de cuello femoral. El doctor indica medidas de higiene postural y recomienda natación. La telerradiografía de columna objetiva leve

escoliosis dorso-lumbar asintomática. Se pauta revisión en un año con telerradiografía de columna.

El 18 de noviembre de 2009 acude a Urgencias del citado hospital, refiriendo caída el día anterior y dolor en región de columna dorsal, donde se aprecia discreta excoriación y dolores múltiples tras caída. En la exploración, no se aprecia deformidad en región afecta ni hematomas, sin alteraciones de la motilidad, sensibilidad, reflectividad y fuerza muscular conservada. Sin traumatismo craneal. El juicio clínico es de excoriación a nivel de columna dorsal.

El 17 de febrero de 2010 acude de nuevo a Urgencias con dolor en pie derecho a nivel de 5º metatarsiano, sin líneas de fractura en radiografía. El juicio clínico es de fractura en pie derecho.

El 17 de noviembre de 2010 la paciente es valorada por el Servicio de Traumatología del hospital. Se hace constar en la historia clínica que *“la madre quiere estudio de la marcha. Lo va a hacer en medicina privada. Se volverá a citar cuando lo necesite”*.

El 7 de junio de 2012 es remitida de nuevo al Servicio de Traumatología para valoración de trastorno de la marcha y escoliosis. En la exploración física presenta simetría de cintura escapular y pliegues de predominio izquierdo. No se aprecian alteraciones desviacionales en raquis ni gibas a la flexión ventral. Pie plano con talo valgo que se corrige a la marcha equina. Asimetría de miembro inferior izquierdo de predominio izquierdo en su componente tibial. Distancia real y funcional >5 mm en izquierdo. Se solicita telerradiografía.

El 30 de octubre de 2012 la telerradiografía objetiva no escoliosis y mínima desviación compensada. Mínima dismetría de 2 mm acortado miembro inferior izquierdo, fisiológico. Según el juicio clínico, la columna y el miembro inferior izquierdo están dentro de la normalidad

en ese momento. Se pautan natación, baloncesto, higiene postural y control por el médico de cabecera.

El 4 de febrero de 2014 es remitida a Traumatología por su pediatra para valoración de genu valgo. Presenta marcha acompasada y madura, pie plano bilateral talo neutro y corrección la marcha equina. Hiperlordosis lumbar y asimetría de miembro inferior izquierdo de predominio izquierdo en su componente tibial de 5 mm recurvatum bilateral. Se pauta revisión en 6 meses.

El 25 febrero de 2014 la paciente es revisada en Pediatría del Hospital del Sureste por posible trastorno por déficit de atención e hiperactividad. Tras exploración y pruebas complementarias, el juicio clínico es que la paciente presenta rasgos del citado trastorno.

El 27 de agosto de 2014 acude de nuevo a consultas externas de Traumatología para revisión. En la historia clínica consta que “*refiere su madre que cojea mucho y que camina de forma errática...*”. Se solicita telerradiografía de columna y telemetría de miembro inferior izquierdo.

El 10 de abril de 2015 acude a consulta de Traumatología en el Hospital Universitario del Sureste. Se aprecia genu valgo bilateral, ángulo anato de miembros inferiores 4º en el derecho y 6º en el izquierdo, asimetría de miembros inferiores con predominio del izquierdo en su componente tibial, sin alteraciones en raquis en sus planos coronal ni sagital, sin asimetría en cintura escapular ni pliegues.

El 16 de octubre de 2015, de nuevo en consulta de Traumatología, no se aprecian alteraciones en plano sagital ni coronal en raquis. Se solicita telerradiografía.

El 3 de marzo de 2017, consta en la historia clínica, como comentario al final de la revisión de Pediatría, “*padres separados. La madre no quiere vacunar de ninguna vacuna*”.

El día 5 de julio de 2018 se le realiza a la paciente estudio radiológico de seguimiento en el Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario del Sureste por petición del facultativo que realiza el seguimiento de su escoliosis. Se realiza telerradiografía (radiografía de columna total “bipedestación AP”) y mensuración de miembros.

En cuanto al calendario de vacunación de la menor, consta en la historia clínica de la paciente en determinadas ocasiones la referencia a un calendario vacunal completo. Así, el 28 de febrero de 2003 (“*vacunas completas*”), 30 de agosto de 2009 (“*vacunas completas*”), 25 de diciembre de 2012 (“*bien vacunada*”) ó 10 de mayo de 2014 (“*calendario vacunal completo*”).

El 26 de febrero de 2018 la menor acude a consulta de Enfermería del Centro de Salud Arganda del Rey acompañada de su padre. Con el consentimiento paterno, se le administran las vacunas Meningitis C, Tétanos-difteria y triple vírica.

El 6 de abril de 2018 acude de nuevo, acompañada de su padre, y con el consentimiento de éste se le administran las siguientes vacunas: triple vírica (2<sup>a</sup>dosis) y VPH (papiloma humano). El 4 de septiembre de 2018, acompañada de su padre, se le administra una dosis de recuerdo de Difteria-tétanos-tosferina baja carga.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente examinado la historia clínica de la hija de la reclamante del Centro de Salud Arganda del Rey y del Hospital Universitario del Sureste (folios 29 a 51).

Obra en el expediente el informe, sin fecha, suscrito por el director del Centro de Salud Arganda del Rey y por la responsable de Enfermería del mismo centro, en el que consta que “*en revisión de 14 años (03.03.17) la madre de ... se niega a que se le administren las vacunas a su hija. El 26.02.18 ... acude acompañada por su padre, queriéndose vacunar de las vacunas que le faltan. Con el consentimiento paterno se le administran las vacunas Meningitis C, Tétanos-difteria y triple vírica, según la corrección de calendario que se le hizo a la paciente, con las dosis que tenía puestas de más pequeña. El 06.04.18, acude de nuevo, acompañada de su padre, y con el consentimiento de éste se le administran las siguientes vacunas: triple vírica (2ª dosis) y VPH (papiloma humano). El 04.09.18 acompañada de su padre se le administra una dosis de recuerdo de Difteria-tétanos-tosferina baja carga.*

*A fecha de hoy no se ha administrado la 2ª dosis de VPH (papiloma humano)”.*

De igual modo, se ha incorporado al procedimiento el informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital del Sureste, de 13 de mayo de 2019, en el que se afirma que “*a la paciente se le han realizado en total 9 exposiciones, con el equipo de rayos X de la firma GE modelo Definium Sistema DEN 1005. Las dosis recibidas por la paciente han sido las siguientes:*

*Procedimiento columna total AP: 5798,54 mGy cm<sup>2</sup>*

*Procedimiento de mensuración de miembros: 1331,66 mGy cm<sup>2</sup>*

*En ambos procedimientos, las dosis se encuentran por debajo de los niveles de referencia establecidos para estos procedimientos en concreto, en el centro”.*

Por último, consta también el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar los antecedentes del caso y los informes emitidos en el curso del procedimiento y realizar las correspondientes consideraciones médicas, concluye que “*la actuación de los profesionales se ajustó a la lex artis ad hoc*”.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a la reclamante por oficio de 8 de junio de 2020. Mediante escrito de 30 de junio de 2020 manifiesta que “*se sigue reclamando todo lo expuesto y en los mismos términos expresados en la presentación de reclamación por responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario de la Comunidad de Madrid, tanto de mi hija como míos y tanto de daños físicos como psicológicos*” y aclara que “*son 6 reclamaciones*”:

- 4 en representación de mi hija:
- 2 por daños psíquicos y físicos de las vacunas.
- 2 por daños psíquicos y físicos de las radiografías.
- 2 más, por daños psíquicos por las vacunas y las radiografías.

*Porque en la carta informativa de los 15 días para alegaciones pone que son en nombre y representación de mi hija, igual no lo han leído bien, ya que son muy similares. Para que se tengan todas en cuenta y correctamente”.*

Finalmente, con fecha 29 de julio de 2020, se formuló por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado el daño antijurídico alegado por la reclamante.

**CUARTO.-** El 7 de septiembre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 13 de octubre de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a) de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, obrando en su propio nombre, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en cuanto al daño psíquico alegado que la atención sanitaria presuntamente negligente le haya podido ocasionar. Por otro lado, interviene en el procedimiento como representante legal de su hija menor de edad por los daños y perjuicios, tanto físicos como psíquicos, para ésta derivados de aquella atención.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso examinado, la reclamación imputa el origen de los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende a una doble asistencia sanitaria:

Por un lado, se reprocha que la menor haya sido vacunada contra la voluntad de su madre. En este supuesto, la fecha determinante del *dies a quo* para el cómputo será la de la última vacuna aplicada a la menor sin el consentimiento materno que, conforme a lo que resulta del expediente, es el 4 de septiembre de 2018. De esta forma, la solicitud indemnizatoria presentada el 14 de enero de 2019 puede considerarse formulada en plazo, con independencia de la fecha de determinación de las eventuales secuelas.

Además, se reclama también por la excesiva radiación supuestamente recibida por la menor en la realización de una

telerradiografía (radiografía de columna total “*bipedestación AP*”) y mensuración de miembros el día 5 de julio de 2018 en el Hospital Universitario del Sureste, dado lo cual, la reclamación también habría sido formulada en plazo en este supuesto.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe del servicio relacionado con el daño alegado, es decir, tanto del Centro de Salud Arganda del Rey como del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital del Sureste. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo la historia clínica de la atención sanitaria prestada a la menor en los centros sanitarios anteriormente referidos y un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en

términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial

con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

*“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.*

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010)

ha señalado que “(...) no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

**CUARTA.-** Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que “*la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas*” constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado “*que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

En el presente supuesto, la reclamante alega que la actuación sanitaria reprochada ha causado daños físicos y psíquicos en la persona de su hija, y daños psíquicos en su persona que no tiene el

deber jurídico de soportar, pero no aporta prueba alguna que permita concretar su efectividad.

En relación con la primera de las actuaciones reprochadas, la relativa a la vacunación de la menor sin el consentimiento de la madre, su análisis exige el planteamiento de una doble cuestión. Por un lado, el carácter voluntario u obligatorio de la vacunación infantil, al que aludiremos a continuación en su regulación legal y en su interpretación jurisprudencial más reciente. Por otra parte, en un aspecto más importante en cuanto a la determinación de la responsabilidad de la Administración en el presente supuesto, si tal vacunación puede ser origen de un daño real y efectivo.

En cuanto al primero de los aspectos citados, resulta ilustrativa la Recomendación del Consejo de la Unión Europea (2018/C 466/01), de 7 de diciembre de 2018, sobre la intensificación de la cooperación contra las enfermedades evitables por vacunación, cuando afirma en su punto 5 que *“la propagación rápida de desinformación por los medios sociales y por energéticos activistas antivacunas ha alimentado ideas equivocadas que desvían la atención pública de los beneficios individuales y colectivos de la vacunación, así como de los riesgos que plantean las enfermedades transmisibles, incrementando la desconfianza y el temor a unos acontecimientos adversos no demostrados. Es preciso adoptar medidas que refuerzen el diálogo con los ciudadanos, que permitan comprender sus inquietudes y dudas legítimas sobre la vacunación y que resuelvan adecuadamente estas cuestiones sobre la base de las necesidades individuales”*.

No obstante, la regla general en nuestro derecho es el carácter voluntario de la vacunación pues la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública establece en su artículo 5.2 que:

*“Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.*

Esta última norma, la Ley Orgánica 3/1986, determina en su art. 1 que:

*“Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.*

Por su parte, el art. 2 señala que:

*“Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.*

Finalmente, el art. 3 dispone que:

*“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.*

Al margen de tales supuestos excepcionales, la regla general en nuestro Derecho, como decimos, es la no obligatoriedad de la

vacunación, de modo que es preciso el consentimiento del interesado o de sus representantes legales. No obstante, a pesar de su carácter voluntario, determinadas resoluciones judiciales atribuyen consecuencias a la decisión de los padres de no vacunar a sus hijos. Como ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de abril de 2002, en la que se impugna la Resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión, determina que “*nada impide tal opción alternativa y nada obliga a una vacunación que decididamente se rechaza. No puede desconocerse la potestad de la Administración para imponer tal exigencia a quien pretenda acogerse a los servicios de Guardería, negando la admisión a los niños que no la cumplan, dado que la medida profiláctica aplicada resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo. ... resultó conforme a Derecho denegar la admisión de éste a la guardería infantil si se incumplió el requisito del sometimiento a la vacunación oficial normativamente impuesta a tal fin*”.

En cuanto a la extensión del consentimiento requerido, ha señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 17 de mayo de 2017 que “*en materia de vacunación no se está ante un tratamiento médico o quirúrgico singular sino ante una actuación masiva que está previamente testada en cuanto a seguridad y sujeta a informes técnicos previos que lo avalan, sin perjuicio de las consecuencias de las reacciones adversas que pueden producirse y que de estar asociadas a una mala praxis pudieran ser objeto de indemnización. Al respecto, el Tribunal Supremo ha venido declarando en relación con la vacunación que <<(...) no integra un acto de medicina satisfactiva sino curativa en la que el consentimiento informado no alcanza a aquellos riesgos que no tienen un carácter típico, por no*

*producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional >> (STS de 12 de septiembre de 2012 -rec. 1467/2011 -), y que en supuestos de << (...) vacunación en todo caso voluntaria si bien aconsejada y promovida por la Administración por los beneficios sociales que de la misma derivan, es bastante con que en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse y que desaparecerán en breve tiempo y se indique los medios para paliar sus efectos >>, (STS de 4 de octubre de 2012 -rec. 6878/2012 -“.*

En este sentido, señalaba ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 225/15, de 13 de mayo que “*a juicio de este Consejo, y como ya indicamos en nuestro Dictamen 63/11, de 2 de marzo, el consentimiento en la administración de vacunas ha de ser verbal. Aplicando el artículo 3 del Código Civil, el citado precepto establece como regla general el consentimiento verbal y como excepciones una serie de supuestos en los que se exige forma escrita, las cuales, como toda excepción, han de interpretarse de forma restrictiva. Una interpretación conjunta de los supuestos en los que se exige consentimiento escrito permite entender que el legislador se refiere a supuestos en los que existe una afectación intensa en la integridad física y moral de la persona con riesgos importantes para su salud*”.

No obstante, partiendo de la necesidad de consentimiento surge la cuestión, planteada en la presente reclamación, del posible desacuerdo entre los titulares de la patria potestad del menor. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo, apelando al interés superior del menor:

*“(...) la tutela y protección de los derechos fundamentales del menor de edad corresponde, no única y exclusivamente a aquellos que tienen atribuida su patria potestad, sino también a los poderes*

públicos. Sobre éstos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño”.

Esta argumentación del Alto Tribunal ha sido acogida en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que da nueva redacción al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

*“Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*

*2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas,*

*tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas..."*

Este interés superior del menor que ha de prevalecer en la materia en caso de desacuerdo entre los progenitores es el que fundamenta también el reciente Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 125/2019, de 22 de julio. Señala el órgano judicial que “*en toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.*

*Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños [sentencia 21 de febrero de 2011, Rº. 1186/2008 (LA LEY 1229/2011)].*

*Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009 (LA LEY 184099/2009).*

*No se discute el derecho de los progenitores a defender las creencias que estimen oportunas o el sistema de educación y vida de sus*

*hijos que consideren más adecuado, pero siempre que no resulta perjudicial para los mismos. En el tema de la vacunación de los menores nos encontramos ante una cuestión que está resultando controvertida últimamente. Ciertamente en España no existe la obligación de vacunar, sí hay un calendario de vacunación que puede variar de una comunidad autónoma a otra y que es una simple recomendación, por lo que la decisión final sobre si vacunar o no a los hijos corresponde a sus padres, pero en este caso se plantea la discrepancia sobre esta cuestión entre ambos progenitores aun cuando inicialmente la misma pudiera no haber existido- lo que lleva al planteamiento del presente procedimiento judicial.*

*Evidentemente no puede quedar al arbitrio de uno de los progenitores decidir si desea vacunar a los hijos y en qué momento. La facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos otorgada al señor ... está condicionada a que la misma se realice conforme al Programa y calendario gallego de vacunación infantil".*

Por otra parte, en cuanto al segundo de los aspectos supuestamente determinantes de responsabilidad en el presente supuesto, de mayor trascendencia que el anterior, la potencial producción de un daño como consecuencia de la inoculación de la correspondiente vacuna, se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra en la referida sentencia y en supuesto similar, afirmando que «en materia de vacunación la OMS-según se plasma en el apartado "Preguntas y respuestas sobre inmunización y seguridad de las vacunas" de su página web-declara que "Las vacunas son seguras. Todas las vacunas aprobadas son sometidas a pruebas rigurosas a lo largo de las diferentes fases de los ensayos clínicos, y siguen siendo evaluadas regularmente una vez comercializadas. Los científicos también siguen constantemente la información procedente de diferentes fuentes en busca de indicios de que una vacuna pueda tener efectos

*adversos. La mayoría de las reacciones a las vacunas son leves y temporales, tales como el dolor en el lugar de inyección o la febrícula. Los raros efectos colaterales graves notificados son investigados inmediatamente". Se afirma también que "Es mucho más fácil padecer lesiones graves por una enfermedad prevenible mediante vacunación que por una vacuna"... La OMS llega a dicha conclusión al declarar que "Hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas".*

En este sentido, consta en el informe emitido por el Centro de Salud Arganda del Rey que "*en la historia clínica de ...a día de hoy no aparece ningún episodio- diagnóstico en el que se indique algún cuadro de depresión, insomnio, nerviosismo. Ni como diagnóstico ni como síntoma de algún otro diagnóstico*", afirmación que no ha sido contradicha por la reclamante mediante prueba alguna, tanto en lo relativo a los daños sufridos por la menor como en lo concerniente a los propios que alega.

En cuanto a la segunda de las actuaciones objeto de reproche por parte de la reclamante, la innecesaria y excesiva radiación sufrida por la menor durante la realización de una telerradiografía (radiografía de columna total "bipedestación AP") y mensuración de miembros el 5 de julio de 2018, tal aseveración adolece de nuevo del suficiente respaldo probatorio que acrede su realidad. Frente a ello, el informe del Servicio de Radiodiagnóstico del hospital acude a criterios técnicos para justificar su actuación al afirmar que "*una forma de considerar la dosis de radiación que ha recibido la paciente es comparando la dosis estimada de radiación efectiva con la radiación natural de fondo. Todos estamos expuestos diariamente a pequeñas cantidades de radiación provenientes de la tierra, rocas, materiales de construcción, aire, agua y radiación cósmica. Esto es lo que denominamos radiación natural. Esta radiación natural está en torno a 3 mSv/año.*

*En estos procedimientos la paciente ha recibido una dosis efectiva total menor del nivel de radiación natural anual. No hay que olvidar que la cantidad de radiación utilizada conlleva riesgos mínimos frente a los beneficios del procedimiento que se le ha realizado. El riesgo potencial de la radiación incluye una ligera elevación del riesgo de padecer cáncer dentro de algunos años. Este riesgo es menor del 0,5%, por lo que se puede considerar muy bajo en comparación con la incidencia normal del cáncer en la población, que es del 33% para mujeres y del 50% para hombres, de acuerdo con la Sociedad Americana del Cáncer”.*

*Por todo ello, concluye la Inspección Sanitaria que “finalmente, sobre las afectaciones físicas y/o psicológicas que según la reclamante presenta su hija, ninguna de ellas figura en la historia clínica que he podido consultar en Horus, tal como se afirma en el informe que aporta el Centro de Salud. Tampoco están descritas como consecuencia de las vacunaciones y/o estudios radiológicos realizados”*

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 13 de septiembre de 2018 (recurso nº 309/2016):

*“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede la desestimación de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, al no apreciarse la efectividad del daño alegado por la reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 13 de octubre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 457/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid