



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 0 8 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de noviembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por S.S.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 590/2011 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de acuerdo indemnizatorio formulada en un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Excm. Sra. Consejera para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 12.1, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

### II

1. El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria es el siguiente:

La reclamante, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, nacida el 2 de abril de 1970, a mediados del mes de marzo de 2010, es decir, cuando le faltaban un

---

\* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

par de semanas para cumplir los 40 años, acudió a consulta en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (en adelante HM-I) del Servicio Canario de Salud demandando un tratamiento de reproducción humana asistida.

La reclamante no alega ni por tanto acredita que padeciera una patología que determinara que fuera estéril. Tampoco alega que estuviera casada o mantuviera una relación marital y que su pareja adoleciera de esterilidad.

Los facultativos del Servicio no atendieron su demanda con base en los criterios médicos que se recogen en el informe de 12 de agosto de 2010 cuyo tenor es el siguiente:

*“No es discriminada en función de la edad. Las técnicas de reproducción asistida tienen un porcentaje de éxito muy ligado a la edad de la paciente.*

*Por encima de los 38-40 años existe evidencia científica de que se hace más patente la disminución natural del número de ovocitos, aumenta el riesgo de anomalías cromosómicas en el embrión y aumenta la tasa de abortos llegando a ser de un 40%, por lo que son muy pocas las pacientes que con 40 años o más consiguen tener un niño sano con estas técnicas.*

*Considerando las complicaciones de las técnicas de reproducción y el coste de las mismas, la relación riesgo/beneficio ha hecho que las Unidades de Reproducción hayan adoptado dicho límite de edad para su aplicación”.*

Estos criterios médicos fueron más ampliamente expuestos en el informe que dicho Servicio emitió en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial y que se transcribe a continuación:

*“Cuando la usuaria S.S.M., nacida el 02 de abril de 1970 acudió a nuestra Unidad de Reproducción Humana, a mediados de marzo 2010 ya estaba próxima a cumplir los 40 años, por lo que la tuvimos que rechazar ya que uno de los más importantes factores limitantes para la reproducción humana es la ausencia de folículos en los ovarios conteniendo ovocitos capaces de madurar y ser fecundados. Sin estos ovocitos no es posible ni la fecundación natural ni la asistida con técnicas de reproducción.*

*El número de folículos y como consecuencia el de ovocitos sufre una disminución constante desde el nacimiento de la mujer hasta la menopausia. Conforme van disminuyendo los ovocitos se produce una disminución de la fertilidad natural de la mujer y existe evidencia científica de que esta disminución se hace más patente a*

*partir de los 37 años. En mujeres mayores de 37 años además se observan otros fenómenos relacionados con esta disminución del número y calidad de sus ovocitos como son: aumenta el riesgo de anomalías cromosómicas en el embrión y aumento de la tasa de abortos.*

*Cuando revisamos los resultados obtenidos con las técnicas de reproducción asistida en mujeres de 40 o más años, comprobamos que en este grupo aumentan las bajas respuestas al tratamiento con baja recuperación de ovocitos y eso a pesar de usarse más cantidad de fármacos estimuladores de la ovulación. También aumenta el número de ciclos cancelados por nula respuesta y disminuye la tasa de gestación que finalmente se consigue, resultando en menos de la mitad respecto a la tasa conseguida en mujeres más jóvenes. A estos malos resultados se ha de sumar el que la tasa de aborto en estas pacientes puede llegar a ser del 40% o mayor, por lo que son muy pocas las pacientes que con 40 años o más consiguen tener un niño sano. Por estas razones en las Unidades de Reproducción Humana de los hospitales públicos se recomienda dar prioridad absoluta a las pacientes de menos de 40 años, pues son las que realmente tienen probabilidad razonable de conseguir un niño en casa tras la aplicación de técnicas de reproducción asistida”.*

La reclamante acudió a un centro médico privado el 30 de marzo de 2010. En ese centro le recetaron dos estimulantes ováricos que la reclamante adquirió el 15 de mayo de 2010. El 11 de mayo de 2010 fue la fecha de su última menstruación (informe ecográfico, de 10 de octubre de 2010, del citado Servicio del HM-I obrante a los folios 87 y 88). El 24 y 25 de mayo de 2010 en la clínica privada le practicaron dos inseminaciones artificiales de un banco de semen. Entre estas últimas fechas citadas y el 21 de junio de 2010, fecha del primer control gestacional, la reclamante quedó embarazada. Dio a luz por parto inducido en el HM-I el 17 de febrero de 2011 a una niña sin anomalías.

2. La reclamante alega en su reclamación que el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HM-I le negó una prestación a la que tenía derecho, basando esa negativa en la edad que tenía, lo cual constituye una discriminación por razón de edad y por ende una vulneración del derecho fundamental a la igualdad reconocida en el art. 14 de la Constitución. En consecuencia, solicita que se le indemnice por los gastos del tratamiento de inseminación artificial cuya cuantía de 2.276,49 euros acredita con las facturas pertinentes.

El Servicio Canario de Salud ha formulado una Propuesta de acuerdo indemnizatorio, la cual acepta la reclamante, por la que reconoce el derecho de ésta a ser indemnizada en la cuantía de 2.276,49.

### III

1. Según los arts. 139.1 y 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), el primer requisito para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos consiste en que el daño alegado sea antijurídico.

Aquí se alega que el daño, esto es, los costes de la inseminación artificial practicada en una clínica privada son antijurídicos porque la reclamante tenía derecho a que esa inseminación artificial le fuera practicada por el servicio público de salud.

El art. 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) considera prestaciones del sistema Nacional de Salud los servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud; y remite al catálogo de prestaciones (en adelante, el Catálogo) la concreción de las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, especializada, sociosanitaria, de urgencias, prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Los arts. 11 a 19 LCCSNS definen cada una de estas prestaciones.

El art. 8 LCCSNS contempla que las prestaciones del Catálogo se harán efectivas mediante la Cartera de Servicios Comunes. Esta Cartera ha sido aprobada por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. Su art. 2.4 dispone que los usuarios tendrán acceso a los servicios siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello. El art. 3.1 define los servicios comunes como los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria. El art. 5.3 establece que para ser incluidos en la carrera de servicios comunes las técnicas, tecnologías o procedimientos deberán contribuir de forma eficaz a la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento. El art. 5.4 prohíbe que se incluyan en los servicios comunes los que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita. En coherencia con estas prescripciones el Anexo III que establece la Cartera de servicios de atención especializada incluye en su apartado

5.3.8 la prestación sanitaria: Reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida.

Esta regulación es coherente con la naturaleza del derecho a la protección de la salud. Este derecho comprende el derecho a obtener las prestaciones sanitarias y las prestaciones médicas a las que se tiene derecho son las de naturaleza curativa, es decir, las dirigidas a prevenir, diagnosticar, sanar, rehabilitar y mantener la salud (art. 7 LCCSNS). No comprende las prestaciones de medicina satisfactoria, como son las de cirugía estética y similares.

Si una mujer sin problemas de fertilidad decide renunciar a la inseminación natural y acudir a la artificial, ésta es una legítima opción personal. Pero no hay norma alguna que imponga que los costes de esa decisión se trasladen a los demás contribuyentes. Esa decisión no está determinada por un problema de esterilidad. Las prestaciones de la asistencia sanitaria pública están dirigidas a prevenir la enfermedad y restaurar la salud. En el presente supuesto no está acreditado que la reclamante padeciera una patología que determinara un diagnóstico de esterilidad o que impidiera su fecundación natural. Por consiguiente, carece del derecho a la prestación sanitaria de inseminación artificial, de donde se sigue que la negativa del Servicio de Ginecología y Obstetricia del HM-I no lesionó ningún derecho suyo. No existe pues una lesión antijurídica que haya que indemnizar.

2. La interesada en su escrito de reclamación alega el art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LRHA), que dice que toda mujer mayor de dieciocho años podrá recurrir a la reproducción asistida.

Este precepto legaliza el recurso a la reproducción asistida, pero no impone una obligación al servicio público de salud de proporcionar esa prestación. Las prestaciones sanitarias que está obligado a proporcionar son las que determinan la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, los art. 98 y 103 a 108 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), la LCCSNS y que concreta el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. Como se ha visto, esas prestaciones están dirigidas a prevenir la enfermedad y restablecer la salud. No comprenden prestaciones de medicina satisfactoria.

3. Por último, hay que destacar que el art. 3.1 LRHA dispone que las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. En los informes del Servicio que se transcribieron más atrás se explica médicamente por qué el riesgo de enfermedades congénitas de la descendencia se incrementa en las mujeres mayores de 37 años. No se trata de certidumbres, sino de probabilidades.

El hecho de que determinado número de mujeres mayores de 37 años alumbre descendencia sana no desmiente el hecho de que también un número importante de mujeres de más de 37 años alumbre, en comparación con las madres de grupos etarios más jóvenes, niños con enfermedades congénitas. La decisión de fecundar artificialmente a una mujer de cuarenta años se toma por tanto según un cálculo de probabilidades de costo/beneficio médico, no de carácter económico.

La decisión de no inseminar artificialmente a una mujer de cuarenta años - porque la probabilidad de que la descendencia adolezca de enfermedades congénitas es mayor que la que presentan madres más jóvenes- es, por consiguiente, una decisión médica conforme con la *lex artis ad hoc*. Decisiones médicas plausibles nunca pueden generar responsabilidad patrimonial.

Esa decisión médica se basa en el dato de la edad de la madre. Pero, en su aplicación al caso, no es un criterio arbitrario ni irrazonable que por tanto de lugar a una desigualdad carente de una justificación objetiva y discriminatoria y como tal proscrita por el art. 14 de la Constitución. Tener en cuenta la edad es un criterio objetivo que viene reclamado, en el actual estado de la ciencia, por el conocimiento científico que constata la decadencia de la capacidad generativa exitosa que conlleva el aumento de la edad. De ahí, justamente, los concretos términos de la normativa actual que resulta de aplicación, que hubo ocasión de analizar *supra* (Fdto. III. 1 y 2). Aquí no se está utilizando la edad como criterio para dar un tratamiento peyorativo, sino al contrario, para proteger la salud de la madre y de su posible descendencia. No existe, por tanto, discriminación arbitraria e irrazonable por razón de edad.

## CONCLUSIÓN

La reclamante no presentaba un diagnóstico de esterilidad ni patología que indicara que se le inseminara artificialmente, por consiguiente, el Servicio Canario

de Salud no estaba obligado a proporcionarle la técnica de inseminación artificial. No hay por tanto lesión antijurídica que resarcir. No es conforme a Derecho el acuerdo indemnizatorio.