



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 8 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de abril de 2013.

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 E.M.H.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 68/2013 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 15 de febrero de 2013, la Consejera de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario -al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP)- respecto de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de E.M.H.M. (la reclamante) en reclamación de indemnización por la negativa del Servicio Canario de la Salud "a pautar un tratamiento contra la infertilidad" y los daños morales derivados de la misma, pues la falta de asistencia le ha causado un "síndrome ansioso-depresivo", diagnosticado de episodio depresivo moderado (F32 0) reacción a estrés grave (F43 9), según informe psiquiátrico privado de 5 de octubre de 2009, para cuyo tratamiento ha precisado "tratamiento psicofármaco con ansiolíticos y antidepresivos y apoyo psicoterapéutico".

En el escrito inicial de reclamación solicita una indemnización de 33.189, 07 euros, de los que 18.000 euros corresponden a "daños morales" y 15.189, 07 euros a la falta de asistencia, que podemos calificar como pérdida de oportunidad

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

diagnóstica, cifra que coincide con el coste del tratamiento seguido por la reclamante en centros privados especializados en técnicas contra la infertilidad.

Debe significarse al respecto que la reclamante presentó el mismo día (25 de febrero de 2010) sendas reclamaciones. Una, de indemnización por daños y perjuicios sufridos por la antedicha negativa y daños subsecuentes ante la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS). Otra, ante la Dirección de Área del SCS, de reintegro de gastos realizados con ocasión del tratamiento seguido contra la infertilidad en centros privados (15.189, 07 euros, más el interés legal) a consecuencia de la antedicha negativa.

En cierta forma, ambas reclamaciones se conectan, pues en la primera el *quantum* indemnizatorio incluye el importe de los gastos que se reclamaron en el procedimiento de reintegro aunque el concepto por el que se reclama es distinto.

Así, tras ser presentada la solicitud de reintegro, informada negativamente por el Servicio de Inspección (SIP) (26 de mayo de 2010) al no tratarse de una "situación urgente de carácter vital"- la misma fue desestimada por Resolución de la Secretaría General de 26 de mayo de 2010. Interpuesta reclamación previa el 30 de junio de 2010 alegándose que en la primera consulta la interesada no había cumplido la edad límite para iniciar tratamientos de infertilidad establecida en los protocolos de actuación, tal reclamación fue informada desfavorablemente por el SIP (28 de julio de 2010 y 10 de noviembre de 2011), formulándose propuesta desestimatoria por la Secretaría General, según la desestimación del Director del SCS que desestimó la reclamación previa (30 de julio de 2010). Recurrida la desestimación ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, éste resolvió desfavorablemente por Sentencia de 27 de diciembre de 2012, en base a que la prestación no tenía "carácter urgente".

Finalizado el procedimiento de reintegro, prosiguen las actuaciones del procedimiento de reclamación de indemnización, respecto de cuya Propuesta de Resolución se emite el presente dictamen.

Podría cuestionarse la pertinencia del *quantum* de la indemnización solicitada en la medida en que parte de la misma (los gastos realizados en centros privados) ya ha sido desestimada, como reintegro de gastos, pero ello no procede porque cabe considerar estos gastos como daño patrimonial a la interesada, al ser la negativa a pautarle por el SCS a la interesada el tratamiento de fertilidad, lo que motivó que acudiera a centros privados, sin ser relevante a este propósito que no se tratara de

urgencia vital no sólo al serle denegado liminarmente dicho tratamiento, sino porque el tiempo es relevante al efecto en pacientes de cierta edad.

2. La Propuesta de Resolución formulada culmina un procedimiento en el que se han cumplido las previsiones de índole legal y reglamentaria de aplicación, sin perjuicio del adecuado cumplimiento de las mismas.

La reclamación ha sido presentada por la afectada por el hecho dañoso y, por ello, legitimada para iniciar el procedimiento de responsabilidad [art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC].

La reclamación fue interpuesta antes de cumplirse el plazo de un año para que prescriba el derecho a reclamar, dispuesto por el art. 4.2, segundo párrafo RPAPRP. Así, el 11 de junio de 2009 la reclamante fue informada por especialista de Obstetricia y Ginecología de que, siendo el límite de edad para primera visita al Servicio de 39 años no procedía "inicio estudio por ese motivo", presentándose el escrito correspondiente el 25 de febrero de 2010.

Consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), con las salvedades que se harán constar más adelante.

Obra en las actuaciones el preceptivo informe del Servicio (Obstetricia y Ginecología) cuyo funcionamiento ha causado, presuntamente, la lesión indemnizable (art. 10 RPAPRP). Se abrió trámite de proposición de prueba, documental, admitiéndose la propuesta por la interesada (art. 9 RPAPRP), así como trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP) solicitando la reclamante, y haciéndosele entrega, la documentación requerida, sin que luego efectuara alegaciones.

Concluye el procedimiento una Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada, que fue informada de conformidad por el Servicio Jurídico, según el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 19/1992, de 17 de febrero.

La Resolución definitiva, a adoptar por la Directora del Servicio Canario de la Salud -de conformidad con el art. 142.2 LRJJAP-PAC, en relación con art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias- será dictada una vez transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar la misma; no obstante, sigue pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, de

conformidad con lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC, sin perjuicio de los efectos que esta dilación injustificada debe o puede generar, administrativos, procedimentales y, en su caso, económicos (arts. 41 y 141.3 LRJAP-PAC).

II

1. El 29 de mayo de 2009 la interesada tras haber estado "más de un año buscando la gestación", acudió a consulta de atención primaria (con 39 años, seis meses y dos días, ya que nació el 27 de noviembre de 1969) en solicitud de diagnóstico y tratamiento contra la infertilidad. El médico de cabecera solicitó interconsulta al Hospital Materno Infantil para valoración.

El 11 de junio de 2009 es atendida por especialista del Servicio de Obstetricia y Ginecología con el resultado ya indicado. Es más, se añade que siendo la lista de espera al efecto de primera visita de 3 a 6 meses, ni siquiera se inicia estudio a pacientes de más de 38 años y 6 meses.

Tras esta negativa, el 19 de junio de 2009 la reclamante acudió al centro privado I.U.D., en Barcelona. El 24 de junio, se somete a punción para extracción de ovocitos y el 26 de junio se procede a la transferencia de embriones a la cavidad uterina. El 5 de diciembre de 2009 se realiza nueva estimulación ovárica en centro privado, en Las Palmas de Gran Canaria, realizándose nueva transferencia de embriones el 19 de diciembre de 2009, sin que se tenga conocimiento del éxito o no del tratamiento.

El 25 de febrero de 2010, la reclamante presenta la reclamación de indemnización, considerando que el derecho a la asistencia viene determinado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y no por la real posibilidad de ejecutar la prestación, por lo que, si la fecundación *in vitro* (FIV) es una de las prestaciones del sistema sanitario, éste está obligado a prestarlo.

2. El 8 de junio de 2010 el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología informa que desde hace más de una década, y a través de la Dirección Médica y de la Gerencia, dicho servicio viene solicitando del Órgano competente una relación de servicios de reproducción, ya que su eficacia varía en función de diferentes factores entre los que se incluye la edad, pero hasta ahora, no se ha elaborado dicha relación de servicios, en obvia conexión con la reclamación presentada. El informe hace constar el hecho de que la interesada cita el apartado del Anexo III del Reglamento aplicable que se refiere, como otros servicios, a la reproducción que ha de prestarse,

de acuerdo con los programas de cada Servicio de Salud y, por ende, con tal Cartera de servicios, garantizando, tanto la prestación misma como la optimización de las técnicas reproductivas.

El 10 de julio de 2012 el Servicio de Inspección y Prestaciones informa que en las mujeres de edad superior a los 37 años, se produce un significativo aumento del riesgo de cromosomopatías y de la tasa de aborto (la prevalencia de cromosomopatías es 0.87% a los 35 años y 2.3% a los 40 años y la tasa de aborto entre las mujeres de edad superior a 40 años llega a ser del 50% en algunas series, sin incluir las interrupciones voluntarias por alteración congénita).

En relación con las facturas médicas aportadas por la interesada se señala que al menos desde el 9 de marzo de 2009 y, en visita posterior, el 6 de mayo de 2009 acude con carácter privado al I.U.D., especializado en técnicas de reproducción humana, iniciando tratamiento con progesterona, de modo que ya se encontraba en tratamiento de infertilidad por indicación de facultativos privados cuando el médico del centro de salud solicita la interconsulta al Servicio de Ginecología.

Así pues, la reclamante no sólo decidió libremente cuándo iniciar el estudio de infertilidad dentro del sistema público de salud, sino que del tratamiento privado recibido se deduce que había sido informada de las técnicas de reproducción humana asistida, con sus indicaciones y resultados. En todo caso, ha de analizarse si le fue denegada la asistencia pública de forma discriminatoria por razón de la edad o si, por el contrario, la negativa al diagnóstico y tratamiento fue conforme a la *lex artis*.

En este orden de cosas, se observa que la interesada se incorpora tardíamente a la búsqueda del primer embarazo, siendo la espera estructural de las usuarias para ser atendidas por la Unidad competente del SCS para estudio de esterilidad entre 3 y 6 meses, mientras que el tiempo imprescindible para el estudio inicial es de, aproximadamente, ocho meses.

Se añade que los recursos sanitarios públicos son escasos, lo que obliga a coordinar el principio de equidad con los aspectos económicos o de financiación de los servicios públicos y a establecer unos criterios de utilización y prioridad en la asistencia, fijándose el límite para iniciar los ciclos de tratamiento en 40 años porque, a partir de esta edad, la tasa de embarazo cambia de forma importante, bajando hasta un porcentaje comprendido entre un 5 y un 10%.

El límite de la edad y la duración médica de la lista de espera son dos variables a tener en cuenta, sin que el criterio de admisión de la edad sea contrario al art. 14 de la Constitución, porque la diferenciación que otorga la realidad biológica y la edad natural suponen una debida justificación en el fondo y en la forma (SSTC 231/1993 y 164/1993).

En refuerzo de esta conclusión, se cita asimismo el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias (DCC 608/2011), en el que respecto a un caso similar se señaló 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 de la posible descendencia. 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 ellas lo haga, 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 medico, siendo una decisión medica conforme con la *lex artis ad hoc*. Es más, decisiones médicas plausibles no pueden generar responsabilidad patrimonial. En este caso, la edad no es un criterio arbitrario ni irrazonable, ni, por ende, genera desigualdad carente de justificación que vulnere el art. 14 CE.

Por lo que respecta al daño moral, el Servicio de Inspección señala que las consecuencias de la infertilidad en muchas ocasiones generan estados emocionales que desbordan a las personas que deben someterse a técnicas de reproducción asistida. El estrés generado por la incertidumbre, la inquietud ante los posibles resultados de las técnicas y la angustia llega a instaurarse en muchas de estas personas que pueden requerir un apoyo psicológico especializado que las ayude a desarrollar mecanismos de respuesta ante nuevas situaciones, así como a paliar el impacto nocivo del estrés en su calidad de vida, con el objetivo de que sepan adaptarse a este proceso manteniendo la ansiedad controlada. Por lo demás, es frecuente que las mujeres que tienen dificultad para concebir un hijo experimenten sentimientos de angustia, de modo que el daño moral de la reclamante se conecta con las consecuencias de la infertilidad y el fracaso de las técnicas a las que se sometió, no siendo indemnizable al no generarlo la actuación del SCS.

3. Con carácter previo, debemos recordar que para que prospere la responsabilidad patrimonial de la Administración debe producirse un daño constitutivo de lesión patrimonial antijurídica imputable al funcionamiento normal o

anormal de sus servicios, mediando relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso ocasionado (art. 139 LRJAP-PAC). En el ámbito sanitario, la objetividad con que se configura el instituto de la responsabilidad patrimonial se modula a fin de que la Administración no se convierta en aseguradora universal de todos los daños producidos en dicho ámbito material de actividad (SSTS 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002). Para ello, será preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar el grado de corrección de la actuación médica y el nexo causal que permita la imputación de responsabilidad a los servicios sanitarios (STS 22 de diciembre de 2006), con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que ni la ciencia ni la Administración la pueden garantizar.

Por ello, la determinación de la posible responsabilidad exige un cuidadoso análisis de los hechos, lo que no siempre es fácil, pues en el proceso asistencial de diagnóstico y tratamiento de una dolencia o de una situación prestacional personal confluyen muchos y variados factores.

La reclamante entiende que ha sido discriminada por razón de la edad.

III

1. Ciertamente, que la edad sea factor determinante de la posibilidad de acceder a ciertas prestaciones, derechos o servicios no es per se antijurídico o, en concreto, inconstitucional. El art. 3.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), dispone que estas técnicas se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud física o síquica de la mujer o la posible descendencia. La edad, en efecto, *puede ser* un límite, pero la citada Ley no contempla una edad determinada para ser potencial receptora del tratamiento.

Además, el Real Decreto 1030/2006 considera a las técnicas de FIV, como a otros servicios de la Cartera de prestaciones a los que los ciudadanos tienen derecho; que la prestación deberá llevarse a cabo de acuerdo con los programas de cada Servicio de Salud. Es el correspondiente programa el que deberá establecer cuantos aspectos conciernan a la prestación, sean de carácter objetivo, como el tiempo mínimo de espera o máximo para la obtención de la misma, siendo la edad de la paciente un factor relevante que influye en el éxito y no riesgo del tratamiento.

El informe, ya comentado, del Jefe del Servicio afectado precisa que hace más de una década que viene solicitando del Órgano competente una Cartera de servicios, sin que se haya procedido a ello, constituyendo la falta inmotivada de este programa, máxime viendo la norma legal, una evidente deficiencia del funcionamiento del servicio público, condicionante relevante de la prestación que nos ocupa. El hecho es que ante tal omisión ha sido el Servicio de Obstetricia y Ginecología el que informó a la reclamante de que el límite de edad para primera visita a CCEE Esterilidad es de 39 años cumplidos y, en consecuencia, no pautó el tratamiento.

2. Es obvio que, cuando se solicita un servicio sanitario, el paciente cuenta con ser asistido tan pronto como sea posible, máxime en casos en los que la edad es un factor excluyente de la prestación. Por ello, no es suficiente que el Servicio afectado disponga unas meras instrucciones, por lo demás abiertas y no generales de acceso a la prestación de que se trata. Debe aprobarse la Cartera de prestaciones, como viene solicitando el Servicio de Ginecología, en suma, el protocolo, a fin de que de forma clara se ordene el régimen de prestaciones, considerando el efecto del factor edad; se fije el grado de prosperabilidad en razón de los factores personales; y se determine el límite de los intentos fallidos y cuantos factores conciernan a la gestión de la citada lista de espera. La prestación depende de la edad de la interesada, pero también de los demás factores personales, teniendo en cuenta que, en el momento de la atención se halla condicionado por la duración de la lista.

En suma, debe aprobarse un protocolo por el SCS con carácter general, que afronte las peticiones de FIV con ajuste legal efectivo y, por ende, adecuada fundamentación y, subsiguientemente, igualdad de trato, determinación singularizada de la asistencia, sin haber que ésta se deniegue de forma generalizada y en dirección de un solo factor, la edad. En este sentido, es inadmisibile y contrario a las propias instrucciones del Centro, que una paciente de 38 años y unos meses no sea atendida en primera visita o control por el cálculo del tiempo de espera, que se añade en su máximo hasta superar los 39 años previstos, por demás, en el Servicio actuante.

En este sentido se observa que, aún existiendo diferencias, la STS de 10 de junio de 2005 (RJ 20056/5799) consideró que la lista de espera en la que se incluyó a los demandantes no tuvo en cuenta la edad de la interesada y, cuando fue llamada, ya no era posible el tratamiento esperado, de modo que el daño sufrido por ella es antijurídico.

Tan solo por eso, es cuestionable la gestión de la lista de espera en este asunto y, es claro, el efecto sobre la asistencia a prestar por este solo motivo, sin perjuicio de lo que se añade enseguida.

3. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de abril de 2008, considera que la decisión de rechazar un tratamiento por razón de la edad de la mujer, per se o en exclusiva, además de carecer de base legal y suponer una diferencia de trato por razón de la edad que no está plenamente justificada en la forma o en el fondo, perjudica en mayor medida a las personas más débiles económicamente, que carecen de medios para costearse el tratamiento en medicina privada. En consecuencia, obliga al Servicio Vasco de Salud a proceder a la fecundación *in vitro* de una mujer mayor de 40 años al no podersele denegar por razón de edad.

Justamente, el Centro hospitalario había denegado la asistencia porque según protocolo del servicio a prestar solo se hace a mujeres con menos de 40 años. Pero con similitud acorde con nuestro caso se comprobó en el proceso que no había tal protocolo, sino una circular de la Unidad de Reproducción Humana (URH) sobre límite por la edad confirmando la Sentencia de instancia, favorable ya a la recurrente, advierte que la edad de la mujer receptora es uno de los factores que condicionan la gestación por medio de la FIV, pero no es menos cierto científicamente que ésta tiene constante evolución técnica y los avances científicos de los últimos años se han traducido en un aumento considerable de las tasas de éxito terapéutico sobre la infertilidad por encima de la edad de 40 años. Así, la Guía de recomendaciones en reproducción asistida elaborada en 2007 por MUFACE (Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado), con fundamento en criterios de prestigiosos profesionales del ramo, de la sanidad pública y privada, señala que la edad límite de la mujer para realizar con cierta garantía de éxito y sin riesgo la estimulación ovárica y aplicar las técnicas de inseminación artificial son los 42 años, que se amplía a los 46 en casos de donación de ovocitos y preembriones, o de transferencia de preembriones congelados sobrantes de ciclos FIV autorizados.

La Sentencia añade como elementos a tener en cuenta los cambios sociales, siendo notorios el crecimiento de la tasa de infertilidad, el retraso del momento elegido por las mujeres para ser madres y la creciente demanda de esta técnica y su concentración en personas cada vez más mayores, así como las propias carencias del

sistema, que determinan que, entre la primera cita por problemas de fertilidad y la fecha programada para la asistencia pueden transcurrir meses o años.

Por otra parte y más concretamente el constante progreso de las técnicas de FIV se ha traducido en el importante un aumento de las tasas de éxito terapéutico más allá de 40 años, de modo que, según datos de fácil acceso, el porcentaje de embarazo entre esa edad y los 42 años oscila entre el 33 y el 50% del logrado con mujeres que no han cumplido esa edad, reduciéndose relevantemente por encima de los 43 años.

A mayor abundamiento la Sentencia recuerda que la aplicación del criterio de la edad por los Centros hospitalarios públicos no tiene carácter normativo y, por ello, vinculante, pues no puede asimilarse un protocolo de actuación de carácter general elaborado por el Servicio de Salud, con una mera circular, guía o recomendación del Jefe de la URA de un Centro hospitalario. Por ello, jurídicamente no cabe denegar la prestación por el mero hecho de que la interesada tenga 41 años, o 39 como es el caso, porque la Ley 14/2006 o el R.D. 1030/2006, no contemplan la edad como único criterio de acceso a esa técnica; máxime cuando no se han analizado las circunstancias personales, médicas, biológicas y psicológicas de la paciente o sus valores hormonales, conexos unos y otros a la edad, obviamente, para determinar el posible éxito de la técnica o los riesgos en el caso concreto.

Así, estas normas apuntan a que la aplicación de las técnicas de FIV se efectuarán a la vista de las concretas circunstancias personales, médicas, biológicas y psicológicas concurrentes en cada caso, siendo relevante pero no determinante, o menos aún excluyente la edad de la paciente, especialmente cuando es de 41 años o es razonablemente efectiva para la aplicación de dicha técnica.

En definitiva, la aplicación automática y no personalizada de un tope de edad puede llevar a la denegación de la prestación legalmente reconocida, injustificadamente. En otras palabras, la exclusión *a limine* de las mujeres que han sobrepasado los 40 años, o 39, que es una edad razonablemente efectiva para la aplicación de la técnica, además de carecer de base legal es una diferencia de trato por razón de la edad que no aparece debidamente justificada.

Sin embargo, estas relevantes consideraciones de los tribunales no fueron objeto de pronunciamiento en el asunto de igual índole dictaminado anteriormente por este Consejo, concluyendo, entonces, ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución desestimatoria, dictaminada.

Aquel Dictamen partía de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (arts. 7 y 11 a 19, prestaciones del sistema) y del citado Real Decreto 1030/2006 (Cartera de prestaciones, especialmente sus arts. 2.4, 3.1, 5.3 y 5.4) concluyendo que el mismo prohíbe incluir en los servicios comunes aquéllos que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita. En conexión con ello, se precisa que el Anexo III del citado Real Decreto incluye en su apartado 5.3.8 la prestación reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida. No está acreditado que la reclamante padeciera una patología que determinara un diagnóstico de esterilidad o que impidiera su fecundación natural.

Pero, justamente, la primera consulta se hace para determinar su grado de esterilidad y su probabilidad de ser madre de forma natural con ayuda de medicación o mediante el concurso de alguna de las técnicas sustitutivas. Tras esa primera consulta se podría recomendar que, *en ese caso concreto*, sería recomendable una u otra técnica.

Sin embargo, el Dictamen no da relevancia al hecho de que el art. 6.1 LTRHA no impone límite de edad alguno (es más, reconoce el derecho a toda mujer mayor de dieciocho años a recurrir a la reproducción asistida); asimila de forma más que cuestionable las técnicas de FIV con la denominada medicina satisfactoria; ignora que se trata de una prestación del sistema, a pesar de que no sea técnicamente curativa, que se encuentra en la Cartera de prestaciones, como otros servicios, por lo que los ciudadanos tienen derecho a su obtención en los términos legalmente previstos; y silencia que tal prestación, conforme al citado apartado 5.3.8, que se cita parcialmente, se deberá hacer de acuerdo con los programas de cada Servicio de Salud, no con las recomendaciones sobre el límite de edad de las Unidades de Reproducción.

El Dictamen razona asimismo que, de conformidad con el art. 3.1 LTRHA, 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. No se trata de certidumbre, sino de probabilidad, siendo la edad una de las variables a tener en cuenta.

En efecto, es así; pero para llegar a esta conclusión se debería someter a la paciente a una primera prueba valorativa de carácter técnico. No parece aceptable rechazar la probabilidad de que la mujer pueda quedar embarazada y concluir su

embarazo con el sólo argumento de la edad, como hemos razonado líneas atrás, cuando el diagnóstico y tratamiento siempre deben ser personalizados en función de las circunstancias del paciente.

Es lo que se desprende de la Sentencia de 7 de abril de 2009, asimismo del Tribunal Superior del País Vasco, de desestimación de la suplicación interpuesta por la interesada, que había recurrido por denegación de FIV por razón de edad, que rechazó en este caso el tratamiento sobre la base de que con la prueba para medir la reserva ovárica se obtuvieron unos valores muy elevados (139, que exceden en mucho el límite máximo de 25), lo que indica un pésimo diagnóstico reproductivo, lo que determinó la decisión facultativa de no seguir con el tratamiento, al ser muy remota la posibilidad de conseguir la gestación (entre el 1% y el 2%).

No se trata, obvio es, de sustituir los razonamientos técnicos de los informes emitidos. Tienen como fundamento la experiencia clínica contrastada. Se trata de que la Ley no impone límite legal alguno; la Ley remite a Reglamento la fijación de la Cartera de prestaciones; esta Cartera incluye las técnicas de FIV, sin límite temporal; esta norma remite al Servicio de Salud correspondiente, no a cada Unidad de Reproducción, la aprobación del programa (es decir, el protocolo) de prestaciones; este programa no se ha aprobado, y su omisión ha sido suplida por las recomendaciones de las Unidades de Reproducción Humana.

Por supuesto, que este programa puede disponer prioridades, límites temporales o condiciones objetivas y subjetivas y requisitos técnicos de toda clase en base a la experiencia clínica contrastada y la literatura científica mayoritaria. La edad, por supuesto, puede ser uno de los factores a considerar; el Estado, incluso, podría poner una edad límite más allá de toda duda razonable. Lo que no procede es que la edad sea el único factor a considerar y con carácter liminar.

En este caso lo que ha ocurrido es que la Unidad de Reproducción, pese a las reiteradas peticiones del Servicio de Ginecología del centro a los órganos responsables para que aprobaran el protocolo, ha adoptado su propio criterio que tiene el valor de una recomendación, una instrucción de servicio normativamente próxima a una circular, que por simple jerarquía normativa, no puede oponerse ni defraudar a la Ley ni al derecho que ésta reconoce, por razonables que sean las recomendaciones.

El incumplimiento de la Administración sanitaria de su obligación legal se sustituye con una interpretación objetivamente razonable pero de aplicación

arbitraria, en la medida que permite dar negativas sobre la base de un único parámetro o respuestas no idénticas a casos similares.

En efecto, los dos casos a que hemos hecho referencia, el presente y el que ya fuera dictaminado por este Consejo, fueron conocidos por el mismo centro hospitalario. En el ya dictaminado, la mujer estaba a 15 días de cumplir 40 años. Se dijo entonces que las Unidades de Reproducción han adoptado dicho límite de edad para su aplicación recomendando dar prioridad absoluta a las pacientes de menos de 40 años. En el que se conoce ahora, la mujer, 38 años y medio, fue rechazada porque el límite de edad para primera visita a CCEE Esterilidad es de 39 años cumplidos, por lo que, dado que la lista de espera de primera visita es de 3 a 6 meses, no se inicia estudio a pacientes de más de 38 años y 6 meses.

Por ello, el rechazo por razón de edad solo puede ser dado una vez que la solicitante de la prestación ha sido sometida a una primera prueba valorativa de sus condiciones personales (físicas, hormonales, precedentes etc.). Y esta razón es la que justifica asimismo que la prestación de FIV esté excluida del tiempo máximo de espera [art. 2.2.b) del R.D. 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud), por más que, como veremos, la edad es determinante de la posibilidad de acceder o no a la prestación.

El uso de la edad simplifica, ciertamente, la gestión de la prestación, pero mientras la Ley no se modifique o el Servicio de Salud no apruebe el Programa de las prestaciones a que está obligado, la Administración sanitaria no puede laminar un derecho legalmente reconocido.

Este derecho tampoco puede quedar al albur de las circunstancias financieras del sistema, de modo que en una fase expansiva del gasto haya una interpretación más laxa de los requisitos que ahora, que estamos en una fase de contracción del gasto. Los derechos se poseen de conformidad con lo que disponga la ley.

4. No se oculta el hecho de que el director de la Unidad de Ginecología del centro I.U.D., el mismo al que acudió inicialmente la reclamante, señaló, en el marco del III Congreso Internacional que organizó en Sevilla el Centro de Inseminación In Vitro y Transferencia Embrionaria, que el techo de edad para un embarazo sin riesgos se sitúa en los 37 años, conclusión a la que ha llegado tras analizar 5.000 ciclos de fecundación in vitro (FIV).

El especialista destacó que a edades más avanzadas se producen más abortos y hay más probabilidades de muerte fetal en el parto y señaló que a partir de los 37 años el recuento de folículos de una mujer cae de forma notoria. La edad de la mujer influye mucho en cuestiones que tienen que ver con la fertilidad, ya sea en la concepción natural, como mediante la FIV. Según indicó el experto, otro dato a tener en cuenta es que hay que explicarles a los pacientes que la tasa de muerte fetal ante-parto no asociada a malformaciones aumenta de forma significativa a partir de 37 o 38 años, es decir, hay menos embarazos, hay más abortos y hay más riesgo de muerte fetal no asociada a malformaciones.

Pero tampoco se puede ignorar que la Guía de recomendaciones en reproducción asistida elaborada en 2007 por MUFACE, en base a pautas facilitadas por prestigiosos profesionales de la Sanidad pública y privada, establece que la edad límite de la mujer para realizar la estimulación ovárica y aplicar las técnicas de inseminación artificial es de 42 años, y la edad máxima recomendada para acceder a la técnica del FIV con donación de ovocitos y preembriones, así como para la transferencia de preembriones congelados sobrantes de ciclos FIV autorizados son los 46 años (cita tomada de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de abril de 2008, cit.).

El embarazo sin riesgos disminuye con el incremento de la edad. Si la Sanidad pública actuara solo cuando no hubiera riesgo, gran parte de las intervenciones de "riesgo" simplemente no se llevarían a cabo.

Parece que debe haber una edad límite para que la prestación deje de ser obligación de la Sanidad pública, aunque la interesada siempre puede intentarlo en la Sanidad privada. Pero oponer la edad como condición liminar de la prestación presenta reparos desde el punto de vista clínico y legal.

Los cambios sociales producidos, tales como el acceso de la mujer al mundo del trabajo, las propias circunstancias de la vida personal y las carencias del sistema (largas listas de espera para la primera consulta) retrasan el momento en que la mujer accede por primera vez a la concepción consciente, incluso el momento en que, simplemente, puede ser atendida por primera vez.

El retraso de la edad de concepción hace que cada vez en más casos las mujeres pretendan acceder a la maternidad a una edad tardía desde el punto de vista biológico. Cuando no es posible de forma natural la Sanidad pública arbitra medios para que ello sea posible, sin que un derecho reconocido por la Ley pueda ser

laminado por la Administración. Al menos, en la forma en que se ha hecho en este caso.

IV

1. Al margen de las anteriores consideraciones, la Propuesta de Resolución utiliza, en refuerzo de la desestimación, el argumento de que la reclamante ya se encontraba en tratamiento de infertilidad por indicación de facultativos privados cuando el médico del Centro de salud solicitó la interconsulta al Servicio de Ginecología, aportándose por la propia reclamante facturas farmacéuticas por dispensación de inyectables y medicamentos para estimulación ovárica e inducción a la ovulación.

Es claro que la eventual existencia de un tratamiento privado previo no es causa de exclusión de un tratamiento público al que se tiene derecho. Es más, el hecho de que la paciente acudiera a un Centro especializado, privado y público, es indicativo de sus dificultades para concebir de forma natural. En todo caso las facturas aportadas no acreditan lo afirmado por la Propuesta de Resolución, pues el tratamiento privado comenzó después de la negativa de la Sanidad pública a atender a la interesada.

En efecto, las facturas del IUD del 9 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009, se emiten por mera consulta, siendo informada la paciente de los pormenores de su caso, pero sin recibir asistencia o tratamiento de FIV y las restantes tienen idéntico sentido.

Con esta información, la paciente acudió el 29 de mayo de 2009 a consulta de atención primaria en solicitud de inicio de procedimiento de diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, siendo derivada por interconsulta al Hospital Materno Infantil.

El 11 de junio de 2009 es atendida por el especialista de Obstetricia y Ginecología con el resultado ya conocido.

Así, la paciente estuvo inicialmente en consulta en el centro I.U.D., en Barcelona, donde se le informó y, seguramente, se le recetó la medicación que necesitaría para su proceso de fertilidad y gestación. Seguidamente, acudió a la Sanidad pública, médico de cabecera y Servicio de Ginecología del Materno, de modo que el mismo día de la negativa de la Sanidad pública a atenderla compró los

medicamentos recetados por el centro de Barcelona y se los administró, acudiendo siete días más tarde a ese mismo centro para iniciar el proceso de fertilización.

Es decir, la interesada no estaba en tratamiento de fertilidad cuando acudió a la Sanidad pública, que no comienza con la consulta, sino con la administración de la medicación previa a la aplicación de la técnica de FIV, en el mejor de los casos.

Similarmente, no es asumible la afirmación de la Propuesta de Resolución de que la reclamante decidió libremente cuándo iniciar el estudio de infertilidad dentro del sistema público de salud, habiendo estado más de un año buscando gestación, denegándosele la prestación por haberla solicitado, indebida y voluntariamente tarde. Y es que el momento de la gestación de un hijo no lo marca la Administración, ni siquiera la ley aplicable, decidiéndolo la mujer y permitiéndolo el Servicio Nacional de Salud.

Por lo demás, aceptándolo dicha Sentencia y los especialistas del ramo, ningún procedimiento de fertilización puede garantizar el resultado. De lo que se trata es que la Sanidad pública le negó a la interesada, por razón de edad, el derecho a las pruebas de fertilidad y al posterior tratamiento, en su caso. Es decir, a la interesada se le negó la oportunidad diagnóstica de conocer su grado de fertilidad y tratamiento adecuado, que tuvo que buscar en centros privados.

No obstante, dadas las circunstancias del caso y atendiendo las actuaciones de la reclamante desde 2009, hay que estar con la Propuesta en que su angustia guarda relación con las consecuencias de la infertilidad y el fracaso de las técnicas a las que se sometió, sin derivarse daño moral de la denegación de asistencia producida.

CONCLUSIONES

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, de conformidad con lo razonado en la fundamentación:

1. La Ley de Reproducción Humana o la Cartera de servicios reglamentariamente aprobada no disponen límite alguno de edad para el acceso a la prestación. Al contrario, la Ley dispone que las mujeres mayores de edad, sin condiciones, tienen derecho a la reproducción humana asistida.

2. El Anexo del Reglamento por el que se aprueba la citada Cartera remite la prestación de FIV a lo que disponga el "programa" aprobado por el Servicio de Salud (el protocolo), que no se ha aprobado; omisión que se ha sustituido por una mera

instrucción o recomendación de la Unidad de Reproducción Humana, no general ni vinculante.

3. La negativa a la primera consulta, sin atender las circunstancias personales, médicas, biológicas psicológicas y hormonales de la interesada y solo atender a la edad, carece de fundamento legal.

4. En la medida que la negativa se basa sólo en la antedicha condición temporal, sobre la que, además, no hay unanimidad científica, se debe concluir que la exclusión del derecho no solo vulnera la Ley sino que es contraria al art. 14 CE, al constituir una discriminación por razón de edad.

5. La reclamante tiene derecho a la indemnización en los términos hechos constar en el Fundamento IV.