



Roj: **STSJ CLM 2058/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:2058**

Id Cendoj: **02003340012017100802**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **521/2017**

Nº de Resolución: **1094/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01094/2017

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 13034 44 4 2016 0001413

Equipo/usuario: 7

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000521 /2017

Procedimiento origen: DEM DEMANDA 0000468 /2016

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña Juliana

ABOGADO/A: LUIS DE JUAN MONTES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: **SESCAM** CENTRO HOSPITALARIO DE TOLEDO

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Magistrado/a Ponente: Ilmo. Sr. D. Isidro Mariano Saiz de Marco

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. PEDRO LIBRAN SAINZ DE BARANDA

D. JESUS RENTERO JOVER

D. Isidro Mariano Saiz de Marco

Dª. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a trece de septiembre de dos mil diecisiete.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN **NO** MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1.094

En el Recurso de Suplicación número 521/17, interpuesto por la representación legal de D^{ÑA} Juliana contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de Ciudad Real, de fecha 20 de diciembre de 2016, en los autos número 468/16, sobre Derechos Fundamentales, siendo recurrido **SESCAM**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Isidro Mariano Saiz de Marco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: FALLO: Que desestimando la demanda presentada por D^a. Juliana contra el **SESCAM** y el MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo en consecuencia a la parte demandada de la pretensión instada

SEGUNDO .- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO.- Por la actora se solicitó al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital General de Ciudad Real la asistencia en técnicas de reproducción asistida, tras lo cual fue sometida a una serie de pruebas y exploraciones, constando en informe de 10-2-15 que la actora tiene pareja del mismo sexo.

SEGUNDO.- Por el Jefe del Servicio Ginecología y Obstetricia del Hospital General de Ciudad Real se contesto a la actora, en escrito de 8-6-15, que su solicitud se denegaba al no padecer ninguna enfermedad que le impida ser madre, siendo el único motivo por el que aún no lo ha podido ser el de no disponer de pareja masculina. El escrito sostenía que este supuesto no está contemplado por la ley del **Sescam**, por lo que no es posible la financiación pública.

TERCERO.- Frente a aquél escrito, se formuló una queja por la actora, recibiendo contestación de fecha 18-2-16 del Gerente de la GAI de Ciudad Real, en el que denegaba la solicitud, cuando la mujer con pareja del mismo sexo, no acredita una imposibilidad natural para acceder a este tipo de prestaciones.

CUARTO.- Frente a dicha resolución, la actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada por resolución de la Gerencia de Ciudad Real de 29-4-16 desestimando el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

QUINTO.- Consta acreditado que la actora acudió a consulta de reproducción asistida en la clínica privada Recoletos donde se le sometió a un primer ciclo de inseminación heteróloga, facturando la clínica por ello, la cantidad de 1.000 euros. Por la realización de la ecografía pagó 30 euros y por la consulta, 80 euros

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso no ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone recurso de suplicación por la parte actora frente a sentencia del juzgado de lo social número 2 de Ciudad Real por la que se desestimó su demanda frente al **SESCAM** en que solicitaba que se declare que la resolución de 29 abril 2016 no es ajustada a Derecho y en consecuencia se reconozca el derecho de la actora a acceder a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente.

La sentencia recurrida declara probado que la actora solicitó del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital General de Ciudad Real la asistencia en técnicas de reproducción asistida, tras lo cual fue objeto de una serie de pruebas y exploraciones, constando en informe de 10 febrero 2015 que la actora tiene pareja del mismo sexo.

Por el Jefe del referido Servicio se participó a la demandante que su solicitud era denegada al no padecer ninguna enfermedad que le impida ser madre, siendo el único motivo por el que aún no ha podido serlo el



no disponer de pareja masculina. Añadía que el supuesto no se encontraba contemplado en la normativa reguladora y por tanto no era posible la financiación pública.

Se reseña asimismo en la sentencia recurrida que la actora acudió a consulta de reproducción asistida en la clínica privada Recoletos, donde se le sometió a un primer ciclo de inseminación heteróloga, facturando dicha clínica por ello la cantidad de 1000 euros. Además la actora abonó 30 euros por la realización de una ecografía y 80 euros por consulta médica.

En su fundamentación jurídica la sentencia recurrida señala que la prestación sanitaria interesada por la actora no se encuentra incluida por la normativa aplicable dentro de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, en punto a la alegación sobre concurrencia de discriminación, la sentencia recurrida indica que no concurre tal circunstancia, pues la denegación no se funda en la orientación homosexual de la actora, sino que lo mismo podría decirse de una mujer heterosexual sin pareja que por alguna razón ... no quiera mantener relaciones sexuales con un hombre, siendo que la redacción de la ley no atiende a la orientación sexual de la mujer, sino que exige un requisito objetivo como es la existencia de un diagnóstico previo de esterilidad.

SEGUNDO.- Como primer motivo de recurso, por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley procesal laboral se solicita que se haga constar que fue el propio jefe de servicio de la entidad demandada quien sacó a colación la condición sexual de la actora al indicar que el único motivo por el que ésta no ha sido madre es el de no disponer de pareja masculina.

La adición interesada resulta innecesaria, toda vez que este extremo se encuentra recogido en el relato fáctico de la sentencia recurrida, no añadiendo ningún elemento relevante para la decisión del litigio, pues no se pone en duda la orientación sexual de la demandante ni la motivación que la ha llevado a solicitar la prestación de reproducción asistida. En consecuencia, se desestima el motivo.

TERCERO. - Como segundo motivo de recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley procesal laboral se indica que la sentencia recurrida ha infringido (retomando al respecto determinadas consideraciones que se hacían en el motivo anterior -lo que no es ortodoxo desde el punto de vista de la construcción del recurso, si bien ello no impide que se tenga por invocado el precepto-) el principio de prohibición de discriminación contenido en el artículo 14 de la Constitución puesto en relación con el real decreto 1030/2006 y con la Ley 14/2006, así como la regulación sobre reproducción asistida por la propia entidad demandada en desarrollo del real decreto 16/2012, haciéndose referencia a determinadas informaciones de prensa que pondrían de manifiesto el cambio de criterio producido en la entidad demandada.

Asimismo se alega infracción de la doctrina judicial, mencionándose al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 abril 2013, recaída en recurso 554/2013.

Pues bien: desde el punto de vista normativo, la Ley 14/2006 de 26 de mayo (sobre técnicas de reproducción humana asistida) dispone que

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se regirán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica.

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), dispuso lo siguiente en esta materia:

5.3.8 Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) se realizarán con fin terapéutico o preventivo y en determinadas situaciones especiales.

5.3.8.1 *Los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. También se podrá recurrir a estos procedimientos a fin de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la descendencia y cuando se precise de un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no sea susceptible de otro recurso terapéutico. Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica.*

a) *Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión:*

1.º Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad.

2.º Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.

3.º La mujer no presentará ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.

b) Los tratamientos de reproducción humana asistida no se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que presenten alguno de los siguientes criterios o situaciones de exclusión:

1.º Esterilización voluntaria previa.

2.º Existencia de contraindicación médica documentada para el tratamiento de la esterilidad.

3.º Existencia de contraindicación médica documentada para la gestación.

4.º Existencia de situación médica documentada que interfiera de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia.

5.º Imposibilidad para cumplir el tratamiento por motivos relacionados con la salud u otros motivos familiares o relacionados con el entorno social.

6.º Existencia de situación documentada referida a cualquier otra circunstancia que pueda interferir de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia sometida a consideración de un comité de ética asistencial u órgano similar.

c) En los casos en que se empleen gametos o preembriones donados, el donante deberá estar inscrito en el Registro nacional de donantes, debiendo consignarse la información correspondiente a que se refiere el artículo 21 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

5.3.8.3

Criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA.

a) Inseminación artificial.

1.º Inseminación artificial con semen de la pareja: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

i) Existencia de indicación terapéutica reconocida.

ii) Edad de la mujer en el momento del tratamiento inferior a 38 años.

iii) Número máximo de ciclos: cuatro.

2.º Inseminación artificial con gameto de donante: Su realización estará condicionada por la disponibilidad de gametos en el centro que la indique, bien a través del propio banco del centro o de un banco de gametos acreditado. Criterios de acceso específicos para esta técnica:

i) Existencia de indicación terapéutica.

ii) Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.

iii) Número máximo de ciclos: seis.

b) Fecundación in vitro: Se incluye la fecundación in vitro convencional o mediante técnicas de micromanipulación, y las técnicas de tratamiento y conservación de gametos y preembriones derivados de las mismas.

1.º Fecundación in vitro con gametos propios: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

i) Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.

ii) Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.

iii) Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.

2.º Fecundación in vitro con gametos donados: Su realización estará condicionada por la disponibilidad de gametos en el centro público que la indique, bien a través del propio banco del centro o de un banco de gametos acreditado.

i) Con espermatozoides donados: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

- Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.

- Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.
- Diagnóstico de esterilidad primaria o secundaria sin hijo sano.
- Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.

ii) Con oocitos donados: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

- Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento: inferior a 40 años.
- Fallo ovárico clínico prematuro establecido antes de los 36 años, espontáneo o yatrogénico.
- Trastorno genético de la mujer sólo evitable mediante sustitución de oocitos.
- Ovarios inaccesibles o no abordables para la extracción de oocitos.
- Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con recepción de oocitos donados. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.

c) Criopreservación de preembriones y su transferencia: Los preembriones criopreservados podrán ser transferidos para uso propio o podrán ser donados. En el caso de preembriones criopreservados para uso propio se aplicará el criterio específico de que las mujeres con esterilidad primaria o secundaria sean menores de 50 años en el momento de la transferencia, y en el de los preembriones criopreservados para ser donados se aplicarán los criterios generales de acceso a tratamientos de RHA.

d) Criopreservación de gametos o de preembriones para uso propio diferido para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales: Criterios específicos:

1.º Se realizará en pacientes con posible riesgo de pérdida de su capacidad reproductiva asociada a exposición a tratamientos gametotóxicos o a procesos patológicos con riesgo acreditado de fallo ovárico prematuro o riesgo acreditado de fallo testicular primario.

2.º La transferencia de los gametos o preembriones criopreservados se llevará a cabo en mujeres menores de 50 años, siempre y cuando no presenten ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.

3.º Se realizará exclusivamente por indicación médica, no incluyéndose cuando sea únicamente a petición propia del paciente para uso diferido .

El Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril (de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones) establece que

Cinco. Se añade un nuevo artículo 8 quinquies (a la Ley 16/2003, de 28 de mayo , de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 8 quinquies Cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas

1. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo.

2. Las comunidades autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios.

3. Las comunidades autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una comunidad autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

4. En todo caso, estos servicios o prestaciones complementarios deberán reunir los mismos requisitos establecidos para la incorporación de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos a la cartera común de servicios, y no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Con anterioridad a su incorporación, la comunidad autónoma concernida deberá informar, de forma motivada, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

5. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá emitir recomendaciones sobre el establecimiento por parte de las comunidades autónomas de prestaciones sanitarias complementarias a las



prestaciones comunes del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.1.b) de esta ley.

6. Las comunidades autónomas pondrán en conocimiento del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad los servicios complementarios no contemplados en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud tras su incorporación efectiva a su cartera de servicios autonómica, los cuales se incluirán en el sistema de información correspondiente.

7. Las comunidades autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo.»

Seis. Se modifica el artículo 20, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 20 Desarrollo de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud

1. El contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se determinará por acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación.

En la elaboración de dicho contenido se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo.

En la evaluación de lo dispuesto en el párrafo anterior participará la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

2. En cualquier caso, no se incluirán en la cartera común de servicios aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada.»

Siete. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 21 que quedan redactados del siguiente modo:

«1. La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se actualizará mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El procedimiento para la actualización se desarrollará reglamentariamente.

2. Las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos serán sometidas a evaluación, con carácter preceptivo y previo a su utilización en el Sistema Nacional de Salud, por la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud .

La Orden SSI/2065/2014 de 31 de octubre (por la que se modifican los anexos I, II y III del 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) dispone que

3. Se modifica el apartado 5.3.8 que queda redactado de la siguiente manera:

«5.3.8 Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) se realizarán con fin terapéutico o preventivo y en determinadas situaciones especiales.

5.3.8.1 Los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. También se podrá recurrir a estos procedimientos a fin de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la descendencia y cuando se precise de un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no sea susceptible de otro recurso terapéutico. Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica.

a) Tratamientos de RHA con fin terapéutico: Se aplicarán a las personas que se hayan sometido a un estudio de esterilidad y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1.º Existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo.

2.º Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.



b) *Tratamientos de RHA con fin preventivo: Irán destinados a prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos de base genética graves, o la transmisión o generación de enfermedades de otro origen graves, de aparición precoz, no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, y que sean evitables mediante la aplicación de estas técnicas.*

c) *Tratamientos de RHA en situaciones especiales: Se realizarán con los siguientes fines:*

1.º *Selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros.*

2.º *Preservación de gametos o preembrión para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales, de acuerdo a lo recogido en el apartado 5.3.8.3.d.*

5.3.8.2 *Criterios generales de acceso a tratamientos de RHA: Son aplicables a todas las técnicas de RHA que se realicen en el Sistema Nacional de Salud, salvo aquellos aspectos que se contemplan en los criterios específicos de cada una de ellas que prevalecerán sobre los generales.*

a) *Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión:*

1.º *Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad.*

2.º *Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.*

3.º *La mujer no presentará ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.*

b) *Los tratamientos de reproducción humana asistida no se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que presenten alguno de los siguientes criterios o situaciones de exclusión:*

1.º *Esterilización voluntaria previa.*

2.º *Existencia de contraindicación médica documentada para el tratamiento de la esterilidad.*

3.º *Existencia de contraindicación médica documentada para la gestación.*

4.º *Existencia de situación médica documentada que interfiera de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia.*

5.º *Imposibilidad para cumplir el tratamiento por motivos relacionados con la salud u otros motivos familiares o relacionados con el entorno social.*

6.º *Existencia de situación documentada referida a cualquier otra circunstancia que pueda interferir de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia sometida a consideración de un comité de ética asistencial u órgano similar.*

c) *En los casos en que se empleen gametos o preembriones donados, el donante deberá estar inscrito en el Registro nacional de donantes, debiendo consignarse la información correspondiente a que se refiere el artículo 21 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

5.3.8.3 *Criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA.*

a) *Inseminación artificial.*

1.º *Inseminación artificial con semen de la pareja: Criterios de acceso específicos para esta técnica:*

i) *Existencia de indicación terapéutica reconocida.*

ii) *Edad de la mujer en el momento del tratamiento inferior a 38 años.*

iii) *Número máximo de ciclos: cuatro.*

2.º *Inseminación artificial con gameto de donante: Su realización estará condicionada por la disponibilidad de gametos en el centro que la indique, bien a través del propio banco del centro o de un banco de gametos acreditado. Criterios de acceso específicos para esta técnica:*

i) *Existencia de indicación terapéutica.*

ii) *Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.*

iii) *Número máximo de ciclos: seis.*

b) *Fecundación in vitro*: Se incluye la fecundación in vitro convencional o mediante técnicas de micromanipulación, y las técnicas de tratamiento y conservación de gametos y preembriones derivados de las mismas.

1.º *Fecundación in vitro con gametos propios*: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

i) *Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.*

ii) *Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.*

iii) *Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.*

2.º *Fecundación in vitro con gametos donados*: Su realización estará condicionada por la disponibilidad de gametos en el centro público que la indique, bien a través del propio banco del centro o de un banco de gametos acreditado.

i) *Con espermatozoides donados*: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

- *Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.*

- *Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.*

- *Diagnóstico de esterilidad primaria o secundaria sin hijo sano.*

- *Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.*

ii) *Con oocitos donados*: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

- *Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento: inferior a 40 años.*

- *Fallo ovárico clínico prematuro establecido antes de los 36 años, espontáneo o yatrogénico.*

- *Trastorno genético de la mujer sólo evitable mediante sustitución de oocitos.*

- *Ovarios inaccesibles o no abordables para la extracción de oocitos.*

- *Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con recepción de oocitos donados. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.*

c) *Criopreservación de preembriones y su transferencia*: Los preembriones criopreservados podrán ser transferidos para uso propio o podrán ser donados. En el caso de preembriones criopreservados para uso propio se aplicará el criterio específico de que las mujeres con esterilidad primaria o secundaria sean menores de 50 años en el momento de la transferencia, y en el de los preembriones criopreservados para ser donados se aplicarán los criterios generales de acceso a tratamientos de RHA.

d) *Criopreservación de gametos o de preembriones para uso propio diferido para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales*: Criterios específicos:

1.º *Se realizará en pacientes con posible riesgo de pérdida de su capacidad reproductiva asociada a exposición a tratamientos gametotóxicos o a procesos patológicos con riesgo acreditado de fallo ovárico prematuro o riesgo acreditado de fallo testicular primario.*

2.º *La transferencia de los gametos o preembriones criopreservados se llevará a cabo en mujeres menores de 50 años, siempre y cuando no presenten ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.*

3.º *Se realizará exclusivamente por indicación médica, no incluyéndose cuando sea únicamente a petición propia del paciente para uso diferido.*

Aun no siendo obviamente aplicable dentro del ámbito territorial de Castilla-La Mancha, procede señalar que, haciendo uso de la posibilidad de establecer una cartera de servicios complementaria por las Comunidades Autónomas (de acuerdo con la previsión ya transcrita del real decreto-ley 16/2012), por la Comunidad Autónoma de Navarra se dictó el Decreto Foral 103/2016 de 16 de noviembre (por el que se establece la ordenación de las prestaciones sanitarias en materia de salud sexual y reproductiva), en que se establece que La reproducción humana asistida incluirá los siguientes servicios: ... Tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) en mujeres que convivan en pareja del mismo sexo siempre que se cumplan los criterios generales y los específicos de la técnica aplicada establecidos en la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, con la salvedad de no tener que acreditar la existencia de indicación terapéutica reconocida; previendo su Disposición Adicional Primera que La inclusión en la Cartera de Servicios Complementaria de la Comunidad



Foral de las nuevas prestaciones de tratamientos de fertilidad y reproducción para mujeres que convivan en pareja del mismo sexo o sin pareja masculina sin necesidad de acreditar la existencia de indicación terapéutica y el tratamiento farmacológico de la disfunción eréctil iatrogénica se efectuará por Orden Foral una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos previos exigidos para la aprobación de prestaciones complementarias por el artículo 8 quinquies del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones .

Pues bien, partiendo de las anteriores consideraciones procede señalar lo siguiente:

1)- No resulta predicable la existencia de discriminación por razón del territorio, toda vez que, partiendo de la base de que las Comunidades Autónomas pueden legalmente establecer carteras de servicios complementarias, el hecho de que una prestación esté cubierta por el sistema sanitario público para los ciudadanos de una Comunidad Autónoma, y no así para otros, trae causa de la facultad organizativa que dentro de sus respectivas competencias y atribuciones poseen las Comunidades Autónomas, de modo que ello puede justificar que la cobertura de determinadas prestaciones sea diferente en unas y otras, del mismo modo que también puede haber diferencias normativas en otros aspectos regulados por la legislación autonómica, sin que ello resulte proscrito por el artículo 14 de la Constitución Española, al tener su fundamento en la facultad autoorganizativa o de autogobierno que, siempre dentro de sus competencias legales, tienen atribuidas en España las Comunidades Autónomas de conformidad con nuestra Constitución.

2)- En relación con la alegada discriminación por razón de orientación sexual, la Sala considera que efectivamente concurre tal circunstancia, según ya fue apreciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 abril 2013 (Recurso 554/2013), según la cual *El análisis del R.D. 1030/2006 arroja claramente que el tratamiento de reproducción asistida solo se puede financiar por el servicio público de Salud cuando existe una causa de esterilidad (en uno de los miembros de la pareja de ambos sexos o en el caso de individuo sin ella) o bien por esa indicación clínica establecida. Esa es la interpretación literal, la primera según el art. 3.1 del Código Civil ...*

A la actora se le deniegan las técnicas de reproducción asistida (de las que sí dispone el Servicio Público de Salud) porque no se apreció en las pruebas esterilidad femenina, sino solamente la que llaman primaria, esto es, ausencia del factor masculino.

Esta negativa se fundamenta en que el R.D. 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, dispone en el apartado 5.3.8 del Anexo III que las técnicas de reproducción asistida serán financiadas cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida .

Pues bien, ¿se puede aceptar que en los casos de pareja del mismo sexo, en este caso femenina, no está amparada la reproducción asistida?

La respuesta debe darse partiendo de que nuestro Ordenamiento y, específicamente, la Constitución ampara el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, por lo que debemos interpretar el R.D. citado en ese contexto y entender que en los casos de esterilidad no puede excluir la que en términos médicos se denomina como primaria, ya que, de lo contrario, se estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación.

Desde esta perspectiva global del Ordenamiento jurídico debe interpretarse el repetido R.D. 1030/2006, lo que conduce a la estimación parcial del recurso, declarando el derecho de la demandante a que le sea facilitado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente .

La Sala comparte y hace suyos los razonamientos contenidos en dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

3)- En todo caso, es también criterio de la Sala que, incluso sin necesidad de apreciar dicha discriminación por razón de orientación sexual, la cobertura por el sistema sanitario público de la prestación interesada vendría dada por aplicación analógica (artículo 4-1 del Código Civil) de las previsiones normativas anteriormente mencionadas, toda vez que, al referirse el real decreto 1030/2006 a personas con imposibilidad de conseguirlo (el embarazo) de forma natural y a personas que se hayan sometido a un estudio de esterilidad y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptibles de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo, la citada norma está haciendo alusión a una imposibilidad material de obtener el embarazo de forma natural (esto es, sin necesidad de acudir a la fecundación asistida).



Esta imposibilidad de embarazo natural debe predicarse asimismo en el caso de la actora, quien por su orientación sexual no está en condiciones de lograr un embarazo a virtud de una relación física heterosexual, por cuanto que ello sería contrario a su dignidad personal (artículo 10 de la Constitución); y por tanto materialmente concurre también aquí una situación de imposibilidad de conseguir el embarazo de forma natural , que realmente es también a estos efectos una causa de esterilidad (esterilidad primaria , según denominación empleada por la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

Procede por tanto la estimación de la demanda, reconociendo a la actora, conforme solicita en el suplico de su demanda, su derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente.

No ha lugar a pronunciarse en relación con el extremo indicado en la sentencia recurrida relativo a que la actora acudió a consulta de reproducción asistida en la clínica privada Recoletos, donde se le sometió a un primer ciclo de inseminación heteróloga, facturando dicha clínica por ello la cantidad de 1000 euros, y además abonó 30 euros por la realización de una ecografía y 80 euros por consulta médica; toda vez que en el suplico de la demanda no se pide nada sobre el particular, por lo que por exigencia del principio de congruencia no es posible efectuar declaración alguna al respecto, y ello sin perjuicio de que en procedimiento aparte pudiera interesarse lo que en su caso procediere.

CUARTO. - Conforme al artículo 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , *La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.*

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación... .

En el presente caso, al haber prosperado el recurso de suplicación no procede imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por doña Juliana frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Ciudad Real de fecha 20 de diciembre de 2016 , en autos nº 468/2016 de dicho juzgado, siendo partes recurridas **SESCAM** y Ministerio Fiscal, en materia de Derechos Fundamentales.

En consecuencia, revocamos la sentencia recurrida. Y en su lugar, estimamos la demanda y, reconociendo el derecho de la actora a no ser discriminada por razón de orientación sexual, declaramos que a dicha demandante le asiste derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente del **SESCAM**; condenando al **SESCAM** a estar y pasar por tal pronunciamiento con los efectos inherentes, incluido el proporcionar a la demandante dicha prestación de reproducción asistida dentro del sistema sanitario público.

Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 0521 17**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del



Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 euros), conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ