



Roj: **STSJ M 3860/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:3860**

Id Cendoj: **28079330082019100133**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **225/2017**

Nº de Resolución: **25/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DEL PILAR GARCIA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2017/0006867

Procedimiento Ordinario 225/2017 O - 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 225/2017

SENTENCIA Nº 25/2019

Ilmos/as Sres/as.

Presidenta:

D^a Amparo Guilló Sánchez Galiano

Magistrados/as:

D. Rafael Botella García Lastra

D^a Juana Patricia Rivas Moreno

D^a María Jesús Vegas Torres

D^a María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres./as. Magistrados/as relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 225/2017, interpuesto por la Procurador de los Tribunales D^a Valentina López Valero, en nombre y representación de D^a Gema , contra la Resolución de 18 de enero de 2017, de la Subsecretaría de Defensa, por delegación del Ministerio de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la Resolución de 14 de junio de 2016, de la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), sobre cobertura de tratamiento de reproducción humana asistida.

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.



Ha sido parte codemandada la entidad SEGURCAIXA ADESLAS, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por plazo de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, suplica que se dicte sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

SEGUNDO.- La representación procesal de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento a prueba, (documental adjunta a la demanda y expediente administrativo, produciendo el mismo los efectos que le son propios), al no haber solicitado ninguna de las partes el trámite de vista o formulación de conclusiones escritas, se declaró el pleito concluso para sentencia señalándose para el acto de votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, siendo entonces Ponente la Ilma. Sra. D^a Amparo Guilló Sánchez Galiano.

CUARTO.- Llegado el día de la deliberación la misma comenzó en la fecha y hora señalada aunque sin finalizar por lo que siguió el siguiente día 10 de octubre de 2018 fecha en la que se dictó Providencia comunicando a las partes que la deliberación iniciada el anterior día 3 de octubre aún continuaría el siguiente 17 de octubre de 2018.

QUINTO.- Continuando la deliberación del presente recurso en los días siguientes, por Providencia de fecha 7 de noviembre de 2018, de la Ilma. Sra. D^a Amparo Guilló Sánchez Galiano, Presidenta de la Sección y Ponente de recurso, se acordó que, a la vista del resultado de las deliberaciones y votación habidas en los días previamente señalados, y dado que el sentir mayoritario de la Sala era contrario a la Ponencia de la Magistrada Ponente, por aquélla se dispuso que se turnase la Ponencia a la Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, anunciando la Ilma. Sra. Amparo Guilló Sánchez Galiano su decisión de formular Voto Particular. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

La citada Providencia fue notificada oportunamente a las partes.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la Resolución de 18 de enero de 2017, de la Subsecretaria de Defensa, por delegación del Ministerio de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la Resolución de 14 de junio de 2016, de la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), sobre cobertura de tratamiento de reproducción humana asistida.

La Resolución de 14 de junio de 2016 se pronunció en estos términos:

"Examinada la reclamación formulada por D^a Gema , sobre cobertura de determinada técnica de reproducción asistida, de conformidad con el acuerdo adoptado por la Comisión Mixta Nacional ISFAS/SEGURCAIXA ADESLAS, en reunión celebrada el día 27/05/2016, y en el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 18 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas , aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

SE RESUELVE que no corresponde a SEGURCAIXA ADESLAS asumir la cobertura del tratamiento de reproducción humana asistida de D^a Gema , de conformidad con lo establecido en la cláusula 2.3.7 del Concierto, al no haberse acreditado que se haya establecido el diagnóstico de esterilidad" .

Por su parte, la resolución desestimatoria del recurso de alzada razonaba la decisión que contiene de esta forma:

"La Subdirección General de Prestaciones del ISFAS emite informe desfavorable sobre el asunto por el que, en síntesis, indica que la afiliada de 35 años de edad, solicitó la cobertura de un tratamiento de Reproducción Humana Asistida mediante inseminación artificial sin que conste causa de esterilidad ni trastorno de la capacidad reproductiva documentado clínicamente, por lo que no se cumplirían las indicaciones previstas en la cláusula 2.3.7 del Concierto aplicable.



(...) El presente caso ha de enjuiciarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/07, de 21 de diciembre. Asimismo resultan de aplicación las disposiciones del Concierto ISFAS-ENTIDADES vigente, aprobado para los años 2015 y 201, así como la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, que modifica el Anexo I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento de actualización

(...) El artículo 62 del vigente Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas dispone que cuando el beneficiario utilice servicios sanitarios distintos de los que le han sido asignados no se generará derecho alguno al abono de los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los casos de denegación de asistencia y en los que concurra una urgencia de carácter vital.

(...) La cláusula 1.4 del Concierto en vigor para este año establece el colectivo protegido por el mismo que está compuesto por titulares y beneficiarios a quienes el ISFAS, conforme a la normativa aplicable, haya reconocido dicha condición y los haya adscrito a la entidad.

Invocándose lo anterior, y a efectos de aplicación del Concierto, la Cláusula 2.3.7 "Reproducción Humana Asistida (RHA)" regula lo siguiente a tenor (sic):

"A) Condiciones generales.

Los tratamientos de reproducción asistida tienen la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles de 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.

Se atenderán los tratamientos de reproducción asistida incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud que se realizarán con fin terapéutico, preventivo y en determinadas situaciones especiales cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida.

Estarán comprendidas todas las técnicas incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a la Ley 17/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida.

(...)"

Por otra parte, la mencionada cláusula recoge los criterios de cobertura de los tratamientos de Reproducción Humana Asistida en idéntico sentido que la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, que modifica los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre la cartera de servicios del SNS y el procedimiento para su actualización.

(...) Por lo expuesto, en el presente caso de conformidad con el informe evacuado por la Subdirección General de Prestaciones del ISFAS el tratamiento de Reproducción Humana Asistida no cumple con las condiciones establecidas en la Cláusula 2.3.7 del Concierto en vigor ya que figura constreñida a fines terapéuticos preventivos o situaciones especiales de esterilidad; criterios de cobertura que no han quedado justificados documentalmente en el expediente, circunstancias que determinan la conformidad a derecho de la resolución impugnada con desestimación de la pretensión deducida".

SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquella y otra tendente al reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

En concreto, solicitó en su demanda que se declare contraria al ordenamiento jurídico y se anule la resolución recurrida y se acuerde haber lugar a la misma (reclamación interpuesta por no asumir la cobertura de tratamiento de reproducción asistida al no haberse acreditado el diagnóstico de esterilidad) condenando igualmente al abono de cuantos gastos haya soportado la actora en el tratamiento seguido hasta la fecha y que se determinarán en ejecución de Sentencia. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Los argumentos que, en esencia, vierte la actora en su demanda para apoyar tales pretensiones son los siguientes:

A.- DE ORDEN FÁCTICO:

La actora expone que, tras consultar con la Delegación Provincial del ISFAS en Gerona sobre los beneficiarios y coberturas del tratamiento de reproducción humana asistida y ser remitida a las condiciones generales de cobertura y condiciones de aplicación de dicha técnica establecidos en el Concierto suscrito por el ISFAS



con las entidades de seguro para los años 2016 y 2017, presentó una solicitud en SEGURCAIXA ADESLAS que le fue denegada por no encontrarse dentro de los supuestos de cobertura previstos en el punto 2.3.7 de las Condiciones Generales del Concierto. Expone, a continuación, que formalizó entonces una reclamación ante el ISFAS aduciendo que reunía los requisitos exigidos para dicho tratamiento habida cuenta de que no se había sometido a tratamientos con anterioridad, que no tenía hijos, que se encontraba dentro del intervalo de edad requerido y que la imposibilidad de embarazado por medios naturales se derivaba de la circunstancia de que su cónyuge es una persona del mismo sexo que ella. Añade que, requerida para aportarla, presentó ante la Delegación del ISFAS una prescripción de la Dra. Sonsoles sobre asistencia requerida con detalle de la situación de la solicitante, dictándose a continuación la resolución de 14 de junio de 2016 que determinó que no correspondía a SEGURCAIXA ADESLAS asumir la cobertura del tratamiento de reproducción humana asistida, al no haberse acreditado que se hubiera establecido un diagnóstico de esterilidad. Una resolución que fue recurrida en alzada, resultando este recurso desestimado por la Resolución que propiamente es objeto de impugnación en este proceso.

B.- DE ORDEN JURÍDICO:

1.- Vulneración del principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad:

Sostiene la parte demandante que la Resolución por la que se publicaron los conciertos suscritos por el ISFAS con las entidades aseguradoras para la asistencia sanitaria de beneficiarios, remite, respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, en la que, añade, se contempla que la mujer, con los requisitos de edad y otros que menciona, podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en dicho texto legal con independencia de su estado civil y de su orientación sexual.

Afirma también la actora que la Cartera de Servicios de la aseguradora no hace una regulación cerrada de supuestos excluidos o incluidos y que, en todo caso, se encuentra sometida a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; una regulación que, dice, no excluye la regulación de técnicas de tratamiento de reproducción humana asistida para parejas del mismo sexo. Entiende por ello la actora que, al contemplar la cláusula 2.3.7 del Concierto la posibilidad de atender para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida "situaciones especiales por indicación clínica establecida", debe entenderse incluida dentro de tales situaciones especiales la de la pareja del mismo sexo, que por razones físicas -que califica de evidentes- se encuentran impedidas para tener hijos de forma natural. Termina diciendo que no hay regulación concreta y específica que limite y excluya expresamente el derecho de la actora y de su pareja al tratamiento de reproducción humana asistida "dentro de la cobertura sanitaria suscrita y a la que tiene acceso el resto de las familias heterosexuales con impedimentos para tener hijos de forma natural".

Añade a lo anterior que la indicación médica derivada de una situación de esterilidad, no tiene por qué ser exclusivamente médica, al no venir excluida expresamente, y al encontrarnos en este caso ante un matrimonio legal entre personas del mismo sexo, siendo tal exclusión contraria al principio de igualdad y a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

2.- Vulneración de los derechos fundamentales previstos y consagrados en el artículo 14 de la Constitución y, concretamente, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo o cualquier otra condición personal o social.

Afirma la actora, tras reproducir el artículo 14 citado, que "la denegación de la asistencia solicitada obedece a razones de índole sexual y personal, concurriendo los requisitos para la obtención del derecho y la prestación del servicio".

Añade que las indicaciones clínicas que se exigen por el Concierto obran en el expediente, emitidos por facultativos reconocidos y que justifican la necesidad del tratamiento por "imposibilidad física y biológica".

Al preverse en el Concierto "situaciones especiales" que serán atendidas por indicación médica derivada de una situación de esterilidad, que no tiene por qué ser exclusivamente médica, sostiene la actora que su exclusión de las mismas, tratándose de un matrimonio de personas del mismo sexo, origina una situación contraria al principio de igualdad.

Invoca, por último, lo razonado y resuelto por una Sentencia de 26 de abril de 2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y con base en ella termina afirmando que "la limitación de esterilidad derivada de parejas homosexuales no es admisible para denegar el tratamiento de reproducción humana asistida solicitada por nuestra representada, pues como bien refiere la sentencia, estaríamos obligando a una mujer, casada con otra mujer, a mantener relaciones sexuales indeseadas con un hombre para poder gestar".



TERCERO.- Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho.

Para apoyar tal pretensión, la Abogacía del Estado expone también los antecedentes de hecho que consideró de interés, básicamente coincidentes con los consignados en la demanda, y recuerda que, existiendo un dictamen de la Comisión Mixta Nacional acerca de la inexistencia en este caso de un diagnóstico de esterilidad, el criterio técnico expresado por dicho órgano, dotado de prevalencia por la jurisprudencia, no puede ser obviado.

Niega también la representación procesal de la Administración demandada la vulneración del principio de igualdad que se denuncia en el escrito rector y recuerda que, en este caso, no se ha ofrecido por la parte actora ningún término válido de comparación. Y añade que lo razonado y resuelto por otro órgano jurisdiccional no puede considerarse como punto de partida de una posible quiebra el principio de igualdad.

CUARTO.- Al igual que la Administración demandada, la entidad codemandada se opuso a las pretensiones actoras solicitando la desestimación del recurso.

Para fundar tal petición sostiene su representación procesal que lo que en este caso ocurre es que la prestación de reproducción humana asistida que se ha solicitado carece de cobertura conforme a lo establecido en el Concierto de Asistencia Sanitaria; y ello porque la recurrente no cumple con los requisitos establecidos a tal efecto. Añade que lo que se exige, con independencia de la orientación sexual de la solicitante del tratamiento y de su pareja, es la existencia de un diagnóstico documentado de la capacidad reproductiva no susceptible de tratamiento, y ello, dice la codemandada, no acontece en el presente supuesto.

Recuerda a continuación la entidad codemandada lo que dispone la cláusula 2.3.7 del Concierto vigente para el año 2016 que, según explica, es coincidente con la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, conforme al Real Decreto 1030/2006.

Recuerda que, pese a que no se exigieran a la actora requisitos tales como el del transcurso de "doce meses de relaciones sexuales con coito vaginal", lo cierto es que los otros criterios exigidos no se darían porque los informes médicos que obran en el expediente descartan precisamente la esterilidad por causas clínicas, médicas u orgánicas.

Niega la codemandada cualquier infracción del principio de igualdad y no discriminación porque, añade, si se tratase de una pareja formada por hombre y mujer en la que la mujer tampoco hubiera sido diagnosticada de trastorno de la capacidad reproductiva, el resultado sería el mismo. Añade la codemandada que lo que de facto pretende la actora es un trato discriminatorio respecto a las parejas heterosexuales en las que no exista una esterilidad médica establecida. Y ello porque el criterio de cobertura atiende exclusivamente a causas médicas de la persona que va recibir el tratamiento, lo que no se da en este caso y sobre lo que la actora ni siquiera hace mención en su demanda.

A estos efectos aclara la representación procesal de la codemandada que la orientación sexual de la demandante "ni es, ni puede considerarse un trastorno, pues ello implicaría considerar la homosexualidad como una enfermedad cuando no lo es, no concurriendo un criterio de esterilidad orgánica". Además, dice, las condiciones especiales contempladas en el Concierto no lo son con el carácter de *numerus apertus*.

QUINTO.- Según se desprende del expediente administrativo y de lo actuado en este proceso, son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

1º) En fecha 11 de abril de 2016, la ahora recurrente formuló al ISFAS una solicitud para obtener de la Entidad SEGURCAIXA ADESLAS la autorización correspondiente para la aplicación de un tratamiento de reproducción humana asistida que se le había denegado por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 2.3.7 del Concierto. Hizo constar la solicitante que cumplía todos los criterios exigibles ya que es beneficiaria de la póliza, no tiene hijos previos, se encuentra en el intervalo de edad requerido y le resulta imposible quedarse embarazada por cuanto su cónyuge es de su mismo sexo.

Adjuntó a dicha solicitud el documento siguiente:

Documento expedido por Sonsoles, Clínica Girona, del siguiente tenor, referido a la ahora recurrente: "*Ruego autorización para tratamiento de esterilidad (inseminación artificial) en paciente de 34 años, sin hijos y sin tratamientos previos*".

Comunicación de fecha 26 de febrero de 2016, de la Delegación de Adeslas en Gerona comunicando a la solicitante la imposibilidad de autorizar la prestación solicitada, con base en las condiciones generales y específicas de cobertura previstas en el punto 2.3.7 del Concierto suscrito por el ISFAS.



2º) Con fecha 18 de abril de 2016, a tenor del artículo 71 de la Ley 30/1992, la Delegación Provincial del ISFAS en Gerona dirigió a la actora un requerimiento para que aportase la prescripción de la asistencia médica reclamada, expedida por el correspondiente Especialista de la Entidad, con detalle de la situación en la que se encontraba la Titular solicitante, según el apartado 2.3.7 de la Resolución 4B0/38195/2015, de 14 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

El requerimiento es contestado en fecha 28 de abril de 2016, incorporando un informe del Sonsoles, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Clínica Girona, en el que se reitera la autorización antes indicada para la ahora recurrente. Se incluyen en dicho informe los dos supuestos [letras, a) y b)] del punto 3 y añadiendo un apartado C) que indica "Homosexualidad".

3º) Por escrito de fecha 2 de mayo de 2016, el Director Médico de la Entidad SEGURCAIXA ADESLAS se ratifica en la decisión expresada en el de fecha 26 de febrero anterior indicando además que ante la petición formulada por la interesada, se le solicitó información complementaria, incluyendo los datos de su pareja para valorar si procedía la emisión de una autorización al centro de referencia, si bien, al no recibir informe alguno que justificase que la mutualista y su pareja se encontrasen en los supuestos de aplicación, se denegó la autorización. Recoge igualmente la mención por la interesada de que su imposibilidad de quedarse embarazada es porque su cónyuge es de su mismo sexo.

4º) En sesión de fecha 27 de mayo de 2016, la Comisión Mixta Nacional se reunió conforme a lo establecido en la Cláusula 6.3 del Concierto suscrito con el ISFAS por la entidad SEGURCAIXA ADESLAS para tratar, entre otros, el asunto relativo a la autorización solicitada por la aquí recurrente. Dicha Comisión acuerda lo siguiente:

"La Comisión Mixta Nacional acuerda que no corresponde a SEGURCAIXA ADESLAS asumir la cobertura del tratamiento de reproducción humana asistida de la afiliada, de conformidad con lo establecido en la cláusula 2.3.7 del Concierto, al no haberse acreditado que se haya establecido el diagnóstico de esterilidad".

5º) Por Resolución de 14 de junio de 2016, la Subdirección General de Prestaciones del ISFAS resolvió que a SEGURCAIXA ADESLAS no le corresponde asumir la cobertura del tratamiento solicitado por la interesada Sra. Gema.

6º) Contra la citada Resolución interpuso la ahora recurrente recurso de alzada al que acompañó, entre otros documentos, el identificado como número 9 (folio 40 del expediente) consistente en informe emitido por la Dra. Noemi, Especialista en Ginecología y Obstetricia en la entidad Médica Sant Feliu, que se pronunció así:

" Gema

Informe

Paciente de 34 años, deseo gestacional, esterilidad (... ilegible) secundaria a pareja: Ausencia de semen (cónyuge del mismo sexo). Se descarta patología orgánica en estudios realizados. Se agradece Autorización para tto. esterilidad (Inseminación artificial). Actual criterio de Inclusión en el Sistema Nacional de Salud.

19/07/16"

7º) Al folio 41 del expediente obra un Certificado del Registro Civil de Arnedo (La Rioja) acreditativo del matrimonio contraído el día 7 de octubre de 2015 entre la demandante Sra. Gema y Dª Verónica.

8º) Con fecha 18 de enero de 2017, la Subsecretaria de Defensa, por delegación del Ministerio de Defensa, dicta Resolución desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la Resolución de 14 de junio de 2016, de la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS); resoluciones ambas que constituyen el objeto sobre el que recae el presente recurso jurisdiccional.

SEXO.- Expuesto lo anterior, resulta necesario concretar ahora el marco jurídico en el que se habrá de encuadrar la decisión que se adopte en esta Sentencia.

Así, el artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dispone lo siguiente:

"1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante



el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

4. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora".

Por su parte, la Resolución 4B0/38195/2015, de 14 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los Concierdos suscritos con Entidades de Seguro para la Asistencia Sanitaria de Beneficiarios durante los años 2016 y 2017 (aplicable al caso por razones temporales), al regular la "Cartera de Servicios" dispone lo siguiente, en cuanto interesa al objeto de este proceso:

"2.1 Consideraciones generales.

(...)

2.3 Cartera de servicios de atención especializada. La atención especializada incluye las actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquellas de prevención, cuya naturaleza hace necesaria la intervención de médicos especialistas.

La Atención Especializada comprende: (...)

7. Reproducción humana asistida.

(...)

2.3.7 Reproducción humana asistida (RHA).

A) Consideraciones generales. Las técnicas de reproducción asistida serán a cargo de la Entidad cuando la mujer sobre la que se vayan a realizar tenga la condición de beneficiaria, conforme a lo previsto en la cláusula 1.4, debiendo atenderse asimismo la cobertura de las pruebas y procedimientos incluidos en la cartera de servicios que hayan de realizarse al otro miembro de la pareja en el curso del tratamiento. Se excluye la financiación de los tratamientos farmacológicos a los que haya de someterse el otro miembro de la pareja.

No obstante, cuando estuviera en curso un ciclo de tratamiento, al amparo de las previsiones recogidas en Concierdos anteriores, la Entidad mantendrá su cobertura hasta la finalización, por los mismos servicios, con aplicación de los criterios y límites vigentes en el momento de su inicio, siempre que no se realice un cambio de Entidad.

Los tratamientos de reproducción asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles de 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.

Se atenderán los tratamientos de reproducción asistida incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, que se realizarán con fin terapéutico, preventivo y en determinadas situaciones especiales, cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, con los criterios generales que se recogen en el apartado B) y, en su caso, los criterios específicos para cada técnica, aplicados en el resto del Sistema Nacional de Salud, diferenciándose las siguientes situaciones:

1. Tratamientos de reproducción humana asistida con fines terapéuticos. Se aplicarán a las personas con un trastorno de la capacidad reproductiva constatada, no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo y ausencia de embarazo, tras doce meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

2. Tratamientos de reproducción humana asistida con fin preventivo. Destinados a prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos graves de base genética, 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.

Se aplicarán a las personas que cumplan los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA, recogidos en el apartado B) siguiente, y según los criterios específicos de acceso definidos en cada técnica.

3. Tratamientos de reproducción humana asistida en situaciones particulares. Además de los tratamientos aludidos en los apartados anteriores, se atenderá la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida con los siguientes fines:

- a) Selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros.
- b) Preservación de gametos o preembrión para uso autólogo diferido por indicación médica, para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales, con los criterios y condiciones aplicados en el resto del Sistema Nacional de Salud.

B) Condiciones generales de cobertura.

1. La Entidad deberá asumir los gastos derivados de las actuaciones y estudios precisos para obtener el diagnóstico de la esterilidad. Los estudios se extenderán, cuando proceda, a ambos miembros de la pareja.

2. Los tratamientos de reproducción humana asistida serán objeto de cobertura, cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida y se cumplan los siguientes criterios generales o situaciones de inclusión, sin perjuicio de los criterios específicos previstos para cada técnica:

a) En el momento del inicio del estudio de esterilidad, la beneficiaria será mayor de 18 años y menor de 40 años, y 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. En caso de parejas, además el varón debe ser mayor de 18 años y menor de 55 años.

b) La mujer no tendrá ningún hijo previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.

3. No se atenderá la cobertura de tratamientos de reproducción humana asistida cuando la esterilidad en algún miembro de la pareja se haya producido voluntariamente o sobrevenga como consecuencia del proceso fisiológico natural propio de la finalización del ciclo reproductivo de la persona o exista contraindicación médica documentada".

Como quiera que en el escrito de demanda se ha mencionado también la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, recogida en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, será útil dejar expuesto lo que, respecto a la cuestión controvertida en este proceso, se establece en dicha disposición:

"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 de 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".

Por último, y puesto que en el suplico de la demanda, junto a la pretensión de anulación, se ejercita otra de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (concretada, como quedó recogido más arriba, en la solicitud de " *abono de cuantos gastos haya soportado mi mandante en el tratamiento seguido hasta la fecha...*") resulta procedente reproducir también lo que establece el artículo 62 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, acerca de la "Asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos":

"1. Cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, abonará, sin derecho a reintegro, los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los supuestos previstos en los párrafos siguientes:

a) En los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, procederá el reintegro de los gastos, siempre que se constate que no pudieron utilizarse oportunamente los servicios sanitarios adscritos a este Régimen especial, y que tal utilización no constituya una práctica desviada o abusiva de esta excepción.

b) También procederá el reembolso de gastos, cuando la utilización de los centros o servicios ajenos esté motivada por una denegación injustificada de la asistencia sanitaria que este Régimen de Seguridad Social está obligado a prestar.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, las condiciones y requisitos necesarios para que proceda el reintegro de gastos en los dos casos previstos en este artículo, se establecerán en las disposiciones de desarrollo de este reglamento, o en los convenios que se suscriban con los órganos competentes de la Sanidad Militar o de otras Instituciones públicas o privadas, para la prestación de asistencia sanitaria a los afiliados del ISFAS".

SÉPTIMO.- Una vez que se ha expuesto lo anterior, estamos en condiciones de entrar a resolver la cuestión de fondo controvertida en este proceso que no es otra que la conformidad o no a Derecho de la resolución dictada por la Subdirección General de Prestaciones del ISFAS, confirmada en alzada por la Subsecretaría de Defensa, por delegación del Ministerio de Defensa, que determinó que no correspondía a la entidad SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante, ADESLAS) asumir la cobertura del tratamiento de reproducción humana asistida (por inseminación artificial) de la beneficiaria D^a Gema .

La propia redacción del suplico del escrito rector conduce a la afirmación del hecho (por otra parte, no negado por la Administración demandada ni por la entidad codemandada) de que la actora ya se ha sometido a un tratamiento tal como el que aquí se trata y cuya cobertura ha reclamado, se entiende, pues, que tanto para un nuevo tratamiento o, en todo caso, para el reembolso de los gastos desembolsados por otro anterior.

La precisión anterior no carece precisamente de relevancia, como se verá, cuando se considera, como ha hecho la Sala, que la parte recurrente finalizó los fundamentos de su demanda con la afirmación de que una interpretación limitativa del concepto "esterilidad", mantenida por el ISFAS y la entidad codemandada, estaría obligando "a una mujer, casada con otra mujer, a mantener relaciones sexuales indeseadas con un hombre para poder gestar".

Se desprende de lo anterior -en esto, la propia parte actora contradice sus argumentos con los hechos derivados de su actuación previa-, que la reprochable "obligación" que se utiliza como argumento final, ni existe ni menos aún se da en este caso, en el que la recurrente estando unida en vínculo matrimonial, de derecho, a su esposa, la Sra. Verónica , desde octubre de 2015, ha podido someterse ella misma al tratamiento cuya cobertura reivindica ante el ISFAS y ADESLAS, con gastos cuyo reembolso estaría ahora reclamando. Una posibilidad que, es evidente, no implica exigencia alguna contraria a su orientación sexual, la cual, ni siquiera sería preciso decirlo, en modo alguno podría constituir un motivo de discriminación ni por lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución , ni a tenor de las previsiones de la Ley 14/2006, que ya hemos reproducido.

Todo esto permite a la Sala concretar, como base de nuestros ulteriores razonamientos, que el objeto del presente recurso no gira, en puridad, en torno a una posible infracción de derechos fundamentales (la propia parte actora eligió el cauce procedimental ordinario y no el especial, legalmente previsto para la defensa de los de esta naturaleza) sino sobre una cuestión de mera legalidad ordinaria como es el alcance de la cobertura del Concierto entre el ISFAS y las entidades de seguro para el periodo 2016/2017; en particular, el alcance que



haya de reconocerse al término "esterilidad", interpretado éste de modo sistemático, desde la perspectiva de la regulación contenida en las normas legales y reglamentarias que, ya reproducidas, resultan aquí de aplicación.

OCTAVO.- Siguiendo con las bases sobre las que se asienta la decisión que se pronunciará, la Sala ha considerado que la actora litiga exclusivamente por un derecho propio pese a que aduce, como apoyo esencial de sus pretensiones, el deseo de ser madre y la imposibilidad de lograrlo con su cónyuge, por ser ésta una persona de su mismo sexo.

Al igual que lo anteriormente explicado, esta nueva consideración no carece tampoco de relevancia en cuanto al objeto del pleito pues en modo alguno podrá entenderse que lo que aquí se está debatiendo es si los matrimonios contraídos entre personas del mismo sexo tienen, o no, derecho a que se garantice su maternidad (o paternidad, en su caso).

La actora reclama el derecho la cobertura del tratamiento al que puede someterse como receptora de la concreta técnica de reproducción humana asistida (inseminación artificial) de la que aquí se trata. Un derecho que podría reconocerse, si se cumplieran los requisitos a los que después se hará referencia, tan sólo a la actora, y no conjuntamente a ella y a su esposa, por más que el vínculo matrimonial que las une esté, como está, amparado por la Ley.

Ha de tenerse en cuenta que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, introdujo un segundo párrafo en el artículo 44 en el que ahora, tras declarar que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código", se dice que "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

El legislador, sin embargo, no introdujo modificación alguna en cuanto a los concretos efectos del matrimonio contraído entre personas del mismo sexo al seguir diciendo el artículo 116 del Código Civil que "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges". No dice, pues, el precepto legal "hijos del cónyuge" sino "hijos del marido" lo que induce a pensar que el legislador no quiso modificar el tenor del precepto en relación con esta concreta cuestión pese a haber reconocido la igualdad, en cuanto a requisitos y otros efectos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Podría argumentarse que el legislador tuvo un "olvido" al determinar qué preceptos del Código Civil quedarían afectados por la reforma introducida por la repetida citada Ley 13/2005, de 1 de julio. Sin embargo, tal hipotética consideración debe decaer, a juicio de la Sala, desde el momento en que la modificación legislativa tampoco alcanzó a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En concreto, a su artículo 6 -que más arriba hemos traído literalmente a esta Sentencia- el cual, tras declarar que "La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual", concreta en su apartado 3 que "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente" y prestado antes de la utilización de las técnicas, de modo libre, consciente y formal. De nuevo, la referencia que el legislador hace a la pareja que ha de consentir que la esposa se someta a una técnica de reproducción humana asistida (entiende la Sala que por la propia configuración de la presunción de matrimonialidad sobre ese hijo/a, que se contiene en el artículo 116 del Código Civil) viene hecha sin lugar a dudas al cónyuge varón de una mujer, no extensivo, pues, en su literalidad, a la cónyuge mujer de otra mujer.

Este razonamiento nos sirve para entender, como se ha explicado, que, en realidad, el vínculo matrimonial que invoca la actora carece de relevancia en relación con el objeto de este proceso a no ser para acreditar algo que, entiende la Sala, ni necesita ser declarado, menos aún probado, cual es la orientación sexual de la recurrente.

En todo caso, dado que en ello insiste la parte demandante no estará de más recordar que, en coherencia con los preceptos legales que en este Fundamento hemos referido, es la propia Ley de Técnicas de Reproducción Humana asistida la que da un último argumento a favor de la interpretación que la Sala hace de tales preceptos, cuando en su artículo 7, al regular lo relativo a la determinación de la filiación de los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción sí que hace referencia expresa al caso de la mujer casada con otra mujer para permitir a quien no ha sido la madre biológica, manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Por consiguiente, entiende la Sala que el razonamiento hasta aquí expuesto avala la tesis de la que desde el inicio hemos partido, esto es, que la situación matrimonial de la actora, digna del más absoluto respeto conforme a los principios constitucionales y normas legales que lo amparan, ninguna influencia puede tener en este caso concreto pues el único deseo de ser madre que puede, desde una perspectiva jurídica, considerarse



en este caso es el de la recurrente. Cuestión distinta es que el ISFAS y ADESLAS hayan de sufragar los gastos necesarios a tal fin.

NOVENO.- Avanzando en la exposición de nuestros razonamientos, la Sala entendió que era preciso abordar a continuación la cuestión relativa a si el legítimo deseo de maternidad de la demandante puede o no considerarse propiamente como un derecho, de modo que, viniendo los Poderes Públicos obligados a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), su negación -por la falta de financiación de su posible ejercicio con recursos públicos- pudiera dar lugar a una infracción que tuviera que ser corregida en esta Sentencia.

La respuesta a esta concreta cuestión nos la da la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto Paradiso y Campanelli c. Italia -nº 25358/12 -). En esta Sentencia, el Tribunal de Estrasburgo desestima el recurso formulado por una pareja de nacionalidad italiana contra la decisión de retirada de un menor y su entrega a la tutela de las autoridades italianas competentes en materia de protección de menores, y también contra la negativa de las autoridades de aquel Estado a reconocer la relación paterno-filial establecida en Rusia, respecto del niño que había nacido mediante la técnica de gestación subrogada. En cuanto a lo que aquí y ahora nos concierne, el Tribunal deja claro que no existe como tal un derecho a ser padre o madre. Lo dice así en la citada STEDH:

"El Tribunal no subestima el impacto que la inmediata e irreversible separación del niño debe haber tenido en la vida privada de los solicitantes. Aunque la Convención no reconoce el derecho a convertirse en padre, el Tribunal no puede ignorar las dificultades emocionales sufridas por aquellos cuyo deseo de ser padres no ha sido o no puede ser cumplido. Sin embargo, los intereses públicos en juego tienen un gran peso en la balanza, mientras que, comparativamente, el peso menor corresponde al interés particular de los solicitantes, relacionado con su desarrollo personal a través de la continuación de su relación con el niño ".

La respuesta, pues, a la cuestión planteada debe ser necesariamente negativa asumiendo, como debemos, lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre su interpretación de la Convención.

DÉCIMO.- Descartado que, más allá de su legítimo deseo de maternidad, asista a la actora un derecho fundamental a ser madre, la cuestión que procede abordar ahora es si está o no prevista en la Cartera de Servicios concertada la cobertura reclamada por la recurrente a ADESLAS y negada por el ISFAS, concurriendo, eso sí, un hecho no controvertido como es el de que la actora no está aquejada de ninguna "patología orgánica" que impida naturalmente su maternidad. Una conclusión que se alcanza a partir del Informe emitido en fecha 19 de julio de 2016 (folio 40 del expediente) por la Dra. Noemi , Especialista en Ginecología y Obstetricia, y que nos conduce necesariamente a tener que determinar si, no concurriendo alguna patología que le impidiera a la actora, ser madre de modo natural, el tratamiento cuyo abono reclama debe ser sufragado por ADESLAS en virtud del Concierto que la entidad tiene con el ISFAS. Es definitiva, como se dijo, se trata de determinar el modo en que, dentro de las Condiciones Generales y Específicas de este Concierto, ha de interpretarse el término "esterilidad".

La demandante se basa para ello en el propio texto del Concierto que, en su punto 2.3.7.A) declara que "Se atenderán los tratamientos de reproducción asistida incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, que se realizarán con fin terapéutico, preventivo y en determinadas situaciones especiales".

Es este último inciso "determinadas situaciones especiales" el que la parte actora quiere interpretar de modo amplio calificándolo, incluso, como cláusula abierta en la que cabría incluir la situación en la que ella, mujer casada con otra mujer, se encuentra y que, dice, la imposibilita para ser madre.

Tal interpretación, sin embargo, no puede ser compartida por la Sala por las razones que se explicarán a continuación y que, ya se puede anunciar, conducirán en definitiva a la desestimación del presente recurso.

En primer lugar, no puede perderse de vista que la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida que regula el Concierto de que se trata en estos autos, para 2016 y 2017, como el resto de las prestaciones que se contienen en él, se ha de entender establecida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, y en el artículo 61 de su Reglamento General , aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre. Y ello por cuanto el ISFAS mantenía un régimen de colaboración concertada con la Sanidad Militar, regulado, en la fecha a la que se contraen estas actuaciones, en la Orden Ministerial 52/2004, de 18 de marzo, tras haber suscrito un Concierto con el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 30 de diciembre de 1986, en régimen de prórrogas anuales sucesivas, para que los afiliados y demás beneficiarios de este Régimen Especial de la



Seguridad Social de las Fuerzas Armadas pudieran optar por recibir asistencia sanitaria que precisaran bien por parte de los servicios de la Sanidad Militar, con las salvedades establecidas en la mencionada Orden Ministerial, o bien a través la Red Sanitaria de la Seguridad Social, con arreglo a las condiciones vigentes para el Régimen General.

Se entiende, por ello, que la afiliación de la demandante a este régimen concreto de asistencia sanitaria fue fruto de su libre elección, asumiendo, pues, la Cartera de Servicios que oferta.

En segundo lugar, la cláusula que en la demanda se dice abierta no es tal puesto que las "determinadas situaciones especiales" a las que se refiere el apartado A) segundo párrafo, del punto 2.3.7 del Concierto viene delimitada posteriormente de modo tan claro que no deja lugar a dudas sobre el carácter limitado de aquellos supuestos a los que se refiere. Y ello porque el apartado 3 del punto 2.3.7 citado regula en concreto los "Tratamientos de reproducción humana asistida en situaciones particulares" y los reconduce, en una lista que claramente es cerrada, tan sólo a dos, esto es, a los que sean conformes con estos dos fines:

"a) Selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros.

b) Preservación de gametos o preembrión para uso autólogo diferido por indicación médica, para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales, con los criterios y condiciones aplicados en el resto del Sistema Nacional de Salud".

En este punto, ha de recordarse que también la actora sostiene en su demanda que la indicación médica derivada de una situación de esterilidad, no tiene por qué ser exclusivamente médica, al no venir excluida expresamente, y al encontrarnos en este caso ante un matrimonio legal entre personas del mismo sexo, siendo tal exclusión contraria al principio de igualdad y a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, como se ha visto, la indicación médica que pretende hacer valer la actora no tiene cabida dentro de aquéllas a las que se refiere el Concierto. Una conclusión que no se altera por el hecho de que Sonsoles, Especialista en Ginecología y Obstetricia, en su informe aportado como indicación médica por la actora el 28 de abril de 2016, incluyese, sin explicación alguna, un tercer apartado [añadido a los a) y b) del punto 2.3.7.3 del Concierto -que se acaban de reproducir-] un tercer apartado, decíamos, numerado como C), haciendo ver que, junto con los dos previstos expresamente, se encontraría el de "Homosexualidad".

Resuelto, pues, que la cláusula del Concierto que alude a "situaciones especiales" -la invocada expresamente por la actora como fundamento de su pretensión- no puede considerarse del modo extenso y amplio que se quiere hacer valer en el escrito rector, dado que el tratamiento del que aquí se trata se regula también en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud de modo prácticamente idéntico a aquél en el que se contempla dicho tratamiento de reproducción asistida en el Concierto del ISFAS con, en este caso, ADESLAS, será oportuno recordar que en ambos casos el establecimiento de las prestaciones, y, por tanto, también su alcance es una opción que corresponde tan sólo al legislador.

Así, en su STC 124/2104, de 21 de julio de 2014, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado ante una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual al haber sido denegado al allí recurrente el derecho a obtener una pensión de viudedad siendo supérstite de una unión (en aquel tiempo sólo legalmente posible como unión de hecho) entre dos personas del mismo sexo. La STC citada trae a colación lo razonado y resuelto en su STC 92/2014, de 10 de junio, en la que dejó recalcado

"... el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección. (...)

Las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento -lo que habría de cambiar después- era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad. (...)

Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse, en el caso Mata Estévez c. España, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa existencia de vínculo matrimonial, afirmando, en su Sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo -"a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio"- y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión. El Tribunal estimó, pues, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Idea que ha reiterado más recientemente, en su Sentencia de 24 de junio de 2010 (caso Schalk and Kopf c. Austria, § 108), en la cual, y ante la alegación de los demandantes de que si ofrece a las parejas de un mismo sexo un medio de reconocimiento alternativo al matrimonio, el Estado está obligado a



otorgarles un estatus que se corresponda a todos los efectos con el propio de la institución matrimonial, el Tribunal afirma no compartir ese argumento, al entender que "los Estados disfrutaban de un cierto margen de apreciación respecto de la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento".

En la citada STC 124/2014, de 21 de julio, reiterando en ella la conclusión alcanzada en la anterior STC 92/2014 que había venido reproduciendo, razona del modo que ahora también será preciso dejar expuesto:

"[h]a de ser, por tanto, el legislador -en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto con la regulación del matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que permite a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extiende este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su disposición adicional tercera, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa ciertamente legítima (STC 41/2013, FJ 3), como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, por las razones ya expuestas, desde la perspectiva del art. 14 CE".

(...) La aplicación de la precedente doctrina al caso concreto que ahora se nos plantea conduce directamente a considerar que no es posible apreciar la denunciada vulneración del art. 14 CE, en ninguno de sus planos (incisos primero y segundo del precepto), lo que ha de conducir a la desestimación del presente recurso de amparo".

En este caso, hemos explicado que, con la modificación por la Ley 13/2005 del régimen matrimonial regulado en el Código Civil, se ha venido a reconocer que el matrimonio entre personas del mismo sexo y el contraído entre personas heterosexuales ha de someterse a los mismos requisitos y tener los mismos efectos. Pero también se ha explicado que, en la interpretación que de los preceptos legales y reglamentarios citados se ha hecho, esta Sala entiende que la regulación de la eficacia de dichos matrimonios homosexuales no ha sido aún acometida en toda su plenitud por el legislador al no haber reconocido, por ejemplo, la presunción de matrimonialidad de los hijos nacidos en el caso del matrimonio de una mujer con otra mujer, requiriendo expresamente, sin embargo, el consentimiento de la cónyuge para la determinación de la filiación respecto de la esposa de la madre biológica a fin de que el hijo/a nacido por medio de técnicas de reproducción asistida sea considerado también como su propio hijo.

Y si en la regulación sustantiva el legislador no parece haber querido ir, por ahora, más allá, resulta lógico que en el ámbito de las prestaciones de asistencia sanitaria para facilitar la reproducción de parejas del mismo sexo (en este caso, de un matrimonio entre dos mujeres) tampoco la Administración esté obligada a tener que cubrir los gastos derivados de los tratamientos de reproducción asistida en estos mismos casos, siendo opción suya como es, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, determinar qué prestaciones, con qué alcance y, sobre todo, cuándo, deberán ser, en su caso, incluidas en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, y por añadidura, en el Concierto del ISFAS con las entidades de seguros, para prever con cargo a los recursos públicos la financiación, a personas del mismo sexo unidas en matrimonio, los tratamientos que les faciliten la oportunidad de culminar sus deseos - que no derechos como se ha razonado- de maternidad.

Y en la medida en que esto aún no ha ocurrido, la vinculación de este Tribunal al principio de legalidad, sin consideración alguna de argumentos de oportunidad o conveniencia, nos impone la obligada desestimación del presente recurso.

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, las serias dudas de derecho que esta Sala se ha visto en la obligación de resolver para el dictado de esta Sentencia, hacen improcedente cualquier especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 225/2017, interpuesto por la representación procesal de D^a Gema, contra la Resolución de 18 de enero de 2017, de la Subsecretaría de Defensa, por delegación del Ministerio de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la Resolución de 14 de junio de 2016, de la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), sobre cobertura de tratamiento de reproducción humana asistida.



2.- Sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0225 17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0225 17 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano Fdo.: Rafael Botella García Lastra

Fdo.: Juana Patricia Rivas Moreno Fdo.: María Jesús Vegas Torres

Fdo.: María del Pilar García Ruiz

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DOÑA Amparo Guilló Sánchez Galiano, PRESIDENTA DE LA SECCION OCTAVA, A LA SENTENCIA RECAIDA

EN RESOLUCION DEL RECURSO 225/2017.

Deseo manifestar en primer término mi más absoluto respeto al parecer de la mayoría del Tribunal del que formo parte, plasmado en la excelente sentencia de cuyo fallo discrepo en esta ocasión.

Pero, creo que se debería haber estimado el recurso interpuesto en este supuesto tal como solicitaba la recurrente en el suplico de su demanda.

A mi entender el supuesto sometido a nuestra consideración requería una interpretación de las normas atinentes y aplicables al caso de conformidad con el texto constitucional-- "pro Constitución"-- precisamente porque el texto legal y el legislador no han "ido más allá" (en palabras de la sentencia dictada por la mayoría) en la regulación del derecho a la técnica de reproducción asistida cuya cobertura se solicita en este supuesto concreto respecto de las parejas homosexuales. O, dicho de otro modo, la interpretación, a la luz del derecho consagrado en el art. 14 CE que invoca la actora, deviene necesaria precisamente porque el legislador no ha regulado expresamente la situación de las parejas de matrimonio homosexual entre las expresamente contempladas como beneficiarios de la norma. Si tal regulación expresa existiese no habría contienda sobre la cuestión y la norma se aplicaría según su tenor literal.

Lo que hemos de preguntarnos es si existe una justificación, al margen de la orientación sexual, para que se excluya de la prestación a quien reúne todos los demás requisitos de la norma salvo el de la esterilidad natural o biológica, que no concurre en su caso, porque biológicamente la peticionaria de la prestación no es estéril, pero si concurre realmente, en la práctica, tal esterilidad, porque dada la orientación sexual de ella misma y de su pareja, que es otra mujer, no es posible la procreación natural de ambas.

Por ello creo que el tema no se plantea, como afirma la sentencia, en términos de legalidad ordinaria, sino en términos de interpretación de los preceptos a la luz del derecho de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual que proclama nuestra Constitución.

Si de conformidad con las normas aplicables al supuesto y conforme propugna la recurrente en una interpretación de las mismas acorde con el derecho que consagra el art. 14 CE, es deducible el reconocimiento del derecho, esta deberá ser la interpretación que se efectuó en el respeto a tal derecho constitucional.

Pues bien, creo que tal interpretación de la norma era posible en este supuesto y se desprendía del respeto a la no discriminación por razón de orientación sexual que consagra el texto constitucional.

Así conforme indica la parte recurrente, y también recoge la sentencia de la mayoría, ha de partirse de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que dispone:



" Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización... la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con *independencia de su estado civil y orientación sexual* ...".

Por su parte, la Resolución 4BO/38195/2015, de 14 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas por la que se publican los Conciertos suscritos con Entidades de seguro para la Asistencia Sanitaria de Beneficiarios durante los años 2016 y 2017, establece, regulando la cartera de servicios que la Atención especializada comprende la Reproducción humana asistida ((art. 2.3.7); y en ese mismo precepto dispone que

"... *Los tratamientos de reproducción asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural...* Se atenderán los tratamientos de reproducción asistida incluidos en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida que se realizaran con fin terapéutico, prevenido y en determinadas situaciones especiales, cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida... ".

Ahora bien, cuando concurren todas las circunstancias establecidas en la ley y en el Concierto, y lo que no se da es la esterilidad propiamente dicha o natural porque la mujer no es estéril, la única razón de no cubrir el importe de la técnica de reproducción estriba en entender que al tratarse de un matrimonio homosexual, la esterilidad no concurre en el sentido indicado por la norma. Pero ello implica hacer una interpretación del precepto que excluye a la recurrente de su cobertura únicamente por razón de su orientación sexual.

Por el contrario, entiendo que puede y debe hacerse otra lectura e interpretación de los preceptos aplicables que permita, en aras de la no discriminación por razón de la orientación sexual, entender que en esas situaciones especiales que menciona la norma se encuentran comprendidas aquella como la que nos ocupa en que la condición sexual de la pareja y de la beneficiaria impide la procreación de forma natural y que la descripción en el concierto de alguno de dichos supuestos no constituye una cláusula cerrada que no permita la inclusión de otros, como el que nos ocupa.

Una interpretación acorde con el art. 14 de la Constitución Española , que consagra el derecho de igualdad y la prohibición de la discriminación basada únicamente en el sexo de las personas (interpretación *ex Constitutione* de la ley a la que obliga también lo dispuesto en al art.5 de la LOPJ), permite mantener que la interpretación de la disposición puede y debe ser otra.

Debe ser aquella (si es posible, y, en este caso, lo es) que no discrimine por razón del sexo o de la orientación sexual de los componentes de dicha unión marital cualquiera que sea el sexo de sus miembros. El reconocimiento que se efectúa por el legislador para parejas heterosexuales en el que la beneficiaria de la prestación tiene imposibilidad natural o biológica diagnosticada para procrear o incluso lo tiene su pareja masculina, esterilidad médica o natural, siempre que se den los restantes requisitos exigidos en la norma, ha de interpretarse pues, de conformidad con el derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, de forma que no trate de forma diferente al que otorga la condición de beneficiario según su sexo u orientación sexual, siendo similares las restantes condiciones a las que el precepto anuda la concesión de dicha condición. Porque, además, y por otra parte, ninguna razón objetiva o independiente de tal orientación sexual puede encontrarse en dicha exclusión, ni guarda relación la misma con el derecho a la prestación sanitaria que, no ha de olvidarse, constituye el objeto de regulación en el precepto, siendo así que, el propio Texto Constitucional prevé en su art. 41 CE un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Es, en definitiva, el respeto al derecho que consagra el art. 14 CE como también al mismo derecho reconocido en el art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y en los arts. 20 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, normas todas ellas de obligada consideración a tenor del art. 10.2 de la Constitución Española , debió conducir en este caso a interpretar las normas aplicables de forma que comprendiesen dentro de su ámbito también el supuesto en que la condición homosexual de los componentes de la pareja determinaba la esterilidad de la actora e impedía la procreación natural de la pareja.

Por todo ello creo que se debería haber estimado el recurso con reconocimiento de la pretensión de la actora en los términos que he dejado indicados.

En Madrid, a diez de mayo de dos mil diecinueve

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano