

Expte.

DI-1332/2018-5

EXCMA. SRA. CONSEJERA DE SANIDAD
Via Universitاس, 36
50071 Zaragoza
Zaragoza

ASUNTO: Sugerencia relativa a exclusión del programa de Fecundación In Vitro (FIV).

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Ha tenido entrada en esta Institución una queja debida a los problemas que padeció una ciudadana para ser incluida en el programa de Fecundación In Vitro (en adelante FIV). En la misma la interesada relata que en julio de 2016, tras más de un año intentando quedarse embarazada, fue derivada desde el CME Inocencio Jiménez al servicio de ginecología del Hospital Universitario Lozano Blesa. Tras hacerle varias pruebas y encontrándose todos los parámetros dentro de la normalidad deciden realizarle un ciclo de IAC, sin obtener el resultado esperado. El 24 de octubre de 2017 la derivan al servicio de reproducción asistida del Hospital Universitario Miguel Servet. La primera cita es en febrero de 2018, indicándole la realización de más pruebas para después realizar el ciclo de FIV. En mayo de 2018 le informan que la reserva ovárica es baja y que es preciso valorar si le mantienen en el programa. La interesada solicitó que le repitiesen las pruebas y alegó que cuando llegó al servicio los valores eran óptimos, solicitando continuar en el programa.

Ante esta situación y la información recibida por un facultativo, que le indicó que “eso es así” y que en julio volviese para informarle sobre la decisión de mantenerla o no en el programa, la interesada decide acudir a una clínica privada (Quirón) que realiza este tratamiento. Tras realizar la estimulación en julio de 2018 le extraen 6 ovocitos y fecundan 4.

El 27 de julio de 2018 la interesada acude a la consulta del Hospital Universitario Miguel Servet y le informan que la excluyen del programa por su baja reserva ovárica. Con esa fecha presenta queja en el Servicio de Atención al Paciente, solicitando su mantenimiento en el programa, adjuntando el informe de la clínica Quirón. Ante la falta de respuesta, con fecha 11 de septiembre de 2018 presenta nueva queja en el mismo sentido.

Con fecha 12 de septiembre de 2018 le entregan informe médico de la Unidad de Reproducción, firmado por la Dra. xxx, en el cual se indica que “Dada la evidencia de baja reserva ovárica se informa a la paciente de que no cumple criterios de inclusión para realización de ciclo de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud (Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3. b) 1º ii).

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió un escrito a la Consejera de Sanidad del Gobierno de Aragón, recabando información acerca de la cuestión planteada en la queja y, en particular, de la posibilidad de mantener a la interesada en el programa de reproducción.

TERCERO.- La respuesta del Departamento de Sanidad hace constar, textualmente, lo siguiente:

“Las técnicas de reproducción humana asistida (RHA) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud vienen reguladas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que tiene por objeto, por una parte, regular la aplicación de aquellas técnicas de RHA acreditadas científicamente y clínicamente indicadas y, por otra, regular la aplicación de estas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes. Por último, esta Ley contempla igualmente la regulación de los supuestos y requisitos para la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

En el desarrollo reglamentario de la Ley 14/2006 se aprobó el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se reguló la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos 1, 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 La Ley 14/2006 establece en su artículo 6 que 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 y podrá serlo con independencia de su estado civil y orientación sexual.

En los centros autorizados para la realización de técnicas de RHA en el Servicio Aragonés de Salud, el estudio básico de esterilidad se realiza en todos los Sectores Sanitarios, de tal forma que se garantiza la accesibilidad de los pacientes con el fin de ocasionar las menores molestias. La relación de centros públicos autorizados en Aragón para las diferentes técnicas de RHA es la siguiente:

1. Hospital General San Jorge de Huesca: autorizado para la técnica de inseminación artificial y autorizado el laboratorio de semen para la capacitación espermática.

Realiza los ciclos de Inseminación Artificial del Cónyuge de su Sector. El resto de técnicas se derivan al Hospital Miguel Servet.

2. Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza: autorizado para las técnicas de inseminación artificial, fecundación in vitro, laboratorio de semen para la capacitación espermática, banco de embriones y recuperación de ovocitos.

3. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa de Zaragoza: autorizado para la técnica de inseminación artificial y autorizado el laboratorio de semen para la capacitación espermática. Realiza los ciclos de Inseminación Artificial del Cónyuge de los sectores de Calatayud y Zaragoza 3. El resto de técnicas se derivan al Hospital Miguel Servet.

La Orden SSI/2065/2014 establece los criterios generales de acceso a los diferentes tratamientos de RHA y, concretamente, en su apartado 5.3.8.2 define que éstos 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 las técnicas, que prevalecerán sobre los generales y así, establece que los tratamientos de RHA se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión:

1. *Mujeres mayores de 18 años y menores de 40 años y hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad.*

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

3. *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.*

El siguiente apartado de dicha Orden, el 5.3.8.3, recoge los criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA y, en concreto, para las técnicas de fecundación in vitro, que incluyen tanto la fecundación in vitro convencional o mediante técnicas de micromanipulación como las técnicas de tratamiento y conservación de gametos y preembriones derivados de las mismas.

Los criterios específicos para la fecundación in vitro con gametos propios son:

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

2. *Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.*

3. *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.

La paciente a la que se alude en su escrito ha sido visitada en el Hospital Universitario Miguel Servet que, de acuerdo con la legislación que hemos visto anteriormente, tiene un protocolo de aplicación de las técnicas de RHA que ha sido revisado recientemente, en mayo de este mismo año 2018.

De acuerdo con dicho protocolo será considerado criterio de exclusión "cualquier situación que afecte o dificulte el proceso reproductivo,

sometida a consideración de un Comité de Ética Asistencial u órgano similar (por ejemplo un Grupo de Asesoramiento compuesto por un facultativo de la Unidad de Reproducción, un facultativo de la Unidad de Medicina Materno-Fetal, un profesional con experiencia en la patología o proceso que causa la consulta, un miembro del Comité de Ética del hospital y un representante de la Dirección Médica).

En dicho protocolo se recogen igualmente los criterios específicos de inclusión para las diferentes técnicas que, como establece la norma, prevalecerán sobre los generales. Y en concreto para las técnicas de fecundación in vitro con gametos propios estos criterios son:

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

2. Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.

3. El 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.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la presencia de una "baja reserva ovárica", diagnosticada por la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario Miguel Servet, es motivo de exclusión de la técnica de fecundación in vitro".

CUARTO.- A la vista de la información recibida, esta Institución solicitó al Departamento de Sanidad una ampliación de información, para poder llegar a una decisión más fundamentada en cuanto al fondo del problema. En concreto, se solicitó información relativa a si los datos de reserva ovárica de la interesada al inicio del tratamiento de reproducción asistida (julio 2016) eran adecuados y la diferencia con los que en julio de 2018 motivaron la denegación de la realización del mismo. También se solicitó que se informase si el informe emitido por la Dra. xxx es la respuesta a las quejas presentadas por la interesada en el Servicio de Atención al Paciente con fechas 11 y 12 de septiembre de 2018.

QUINTO.- El Departamento de Sanidad remitió el siguiente informe:

“En relación a la ampliación de información relativa a la situación clínica de Dña. xxx, cabe señalar que con fecha 24 de octubre de 2017 el Dr. xxx emitió un informe clínico de consultas con el estudio realizado a la paciente, en el que no se hace referencia a la reserva ovárica en ese momento.

El día 4 de septiembre de 2018, en el informe clínico de la Dra. xxx sí aparece una referencia a la reserva ovárica de la paciente en los estudios realizados en abril de 2018, la cual condiciona el diagnóstico y la no inclusión en el ciclo de fecundación in vitro con gametos propios al no cumplir los criterios para ello.

SEXTO.- La interesada trasladó a esta Institución copia del escrito presentado con fecha 2 de octubre de 2018, dirigido a la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón, en el que manifiesta lo siguiente:

“Que formula recurso de alzada (o de reposición en caso que corresponda) contra la resolución del equipo médico de la Unidad de reproducción del Hospital Miguel Servet de Zaragoza, que me comunicaron de forma verbal el 27 de julio de 2018 y por escrito recibido el 12 de septiembre de 2018 y firmado por la Dra. xxx, Jefa de sección, por entender que dicha resolución es injusta y carente de motivación en base a lo siguiente: ...”.

La interesada expone los hechos y fundamentos de derecho que considera, y solicita:

“Por todo lo expuesto a esa Consejería SOLICITO que tenga por presentada en tiempo y forma este escrito, con las copias y documentos que se acompañan, y por interpuesto recurso de ALZADA contra la resolución de la Doctora xxx, jefa del equipo de reproducción del Hospital Miguel Servet de Zaragoza, por la que se me excluye del programa de fecundación in vitro (FIV), dejando sin efecto dicha resolución, y ser admitida de nuevo, y en lista preferente y urgente por motivos de edad y teniendo en cuenta los perjuicios causados, y que pudieran ser irreparables si se continua retrasando la resolución”.

A la vista de dicho escrito, esta Institución solicitó al Departamento de Sanidad información relativa sobre si se había dado respuesta al escrito presentado por la interesada con fecha 2 de octubre de 2018, dirigido a esa

Consejería, en el cual solicita ser admitida de nuevo en el programa de fecundación in vitro y en lista preferente y urgente, así como el contenido de la misma.

SÉPTIMO.- El Departamento de Sanidad, en contestación a esta solicitud de información, informó el pasado mes de marzo de 2019 lo siguiente:

“En relación a la solicitud de ampliación de información relativa a la queja arriba indicada, le comunicamos que, tras la revisión de todos los archivos y registros de los escritos recibidos en este Gabinete, no nos consta ninguno a nombre de xxx”.

OCTAVO.- La interesada ha presentado en esta Institución la Orden de 29 de abril de 2019 de la Consejera de Sanidad, por la que se inadmite el Recurso de Alzada interpuesto contra informe médico de la Sección de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Miguel Servet.

Visto el escrito calificado como recurso de alzada que ha sido presentado por Dña. xxx, con fecha 2 de octubre de 2018, contra el informe médico emitido por la Jefa de Sección de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Miguel Servet (en adelante, HUMS), de fecha 4 de septiembre de 2018, por el que le indica que no cumple los criterios de inclusión para la realización de ciclo de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud, según establece la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3. b) 10 u), de acuerdo con los siguientes:

ANTECEDENTES

Primero. - Del expediente administrativo facilitado por la Dirección General de Derechos y Garantías de los Usuarios se derivan los siguientes elementos fácticos:

Con fecha 4 de septiembre de 2018, la Jefa de Sección de la Unidad de Reproducción del HUMS emite informe médico de Dña. xxx a petición de la paciente, en el que se indica: "Dada la evidencia de baja reserva ovárica, se informa a la paciente de que no cumple criterios de inclusión para realización de ciclo de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud (Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre,

apartado 5.3.8.3. b) 1 u)".

Con fecha 2 de octubre de 2018, Dña. xxxx presenta escrito calificado como Recurso de alzada, en el que, sucintamente, constan las siguientes alegaciones:

- Tras un ciclo de IAC (inseminación artificial) en el Hospital Clínico Lozano Blesa sin resultado, fue derivada con su pareja, en octubre de 2017, al Servicio de reproducción del HUMS, siendo óptimas todas las pruebas realizadas hasta el momento.

- En febrero de 2018 continúan realizando pruebas y analíticas necesarias para FIV (fecundación in vitro) en el HUMS.

- En mayo de 2018 le comunican los resultados de los análisis y pruebas: los valores de reserva ovárica han descendido y tiene que reunirse el equipo médico para valorar si les excluyen del programa FIV. Intentan explicar al Doctor la posibilidad de repetir esos análisis, ya que, si ellos no consideran normal ese descenso de los valores en tan poco tiempo, deberían estudiarlo con más detenimiento, o en su caso, hacer uso de la lista de espera preferente que corresponde por criterios de lista de espera.

Ante estas circunstancias deciden acudir a la Clínica de Reproducción Asistida Quirón de Zaragoza, y tras someterse a una estimulación ovárica, le consiguen extraer 6 ovocitos.

- El 27 de julio de 2018 en consulta con la Jefa de Sección del Equipo de Reproducción del HUMS, les comunica verbalmente que les excluyen del programa FIV por "baja reserva ovárica". Reiteran su sugerencia de realizar otro análisis, o adelantar la lista de espera. Aportan información sobre sus actuaciones en la Clínica Quirón, no atendiendo a las alegaciones ni mostrando interés en los informes médicos, manteniendo que la decisión está tomada. Ese mismo día presentan queja-reclamación (Nº 1843/18) ante el Servicio de Atención al Usuario del HUMS, solicitando revisión del expediente, y ser incluidos de nuevo en el programa FIV, aportando informe de la Clínica Quirón.

- El día 11 de septiembre de 2018, en ausencia de respuesta, presentan nueva queja (Nº 2189/18).

- El día 12 de septiembre de 2018 le avisan telefónicamente para que recoja en el HUMS un informe médico firmado por la Jefa de Servicio, de

fecha 4 de septiembre de 2018, donde le comunica la exclusión del programa FIV por "baja reserva ovárica".

- *La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LRHA), en el artículo 3.2 autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo, siendo dos el número recomendado por todos los médicos.*

- *La Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3. b) iº u, establece como límite máximo de ciclos de tratamiento tres ciclos con estimulación ovárica, por lo que los resultados obtenidos en la Clínica Quirón y que también realiza la Sanidad Pública, ha sido la obtención de 6 ovocitos de muy buena calidad según los criterios médicos, en la primera vez que se somete a estimulación ovárica, que serían suficientes para realizar el máximo de ciclos establecidos por Ley.*

Si el equipo médico de reproducción del HUMS tenía indicios de que la reserva ovárica estaba disminuyendo a un ritmo no habitual al normal por la edad, por qué no se derivó a la lista de espera preferente, tal y como corresponde a los criterios de la lista de espera, o realizó más pruebas para determinar la causa, pudiendo esta decisión ser una falta de atención personalizada a las circunstancias personales de cada paciente, y que deben ser tenidas en cuenta por si han podido causar una negligencia médica.

Tras dos quejas-reclamaciones interpuestas en el Servicio de atención al paciente, se ha superado el plazo para recibir contestación a las reclamaciones planteadas, ni recibido información sobre los derechos que asisten, ni procedimiento para recurrir la decisión adoptada para hacer valer los derechos e intereses, creando indefensión ante una decisión normativa, además de unos perjuicios económicos y emocionales.

- *El recurso se fundamenta en documentos y hechos de valor esencial que evidencian el error de la resolución recurrida, el derecho efectivo a la protección de la salud con criterios de igualdad y equidad, que reconoce la Constitución Española de 1978 en su artículo 43; a una atención sanitaria de acuerdo a las necesidades individuales y a utilizar las vías de reclamación y recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.*

Con fecha 23 de octubre de 2018, el Servicio de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General Técnica solicita a la Dirección General de Derechos y Garantías de los Usuarios la remisión del preceptivo informe, el cual es

remitido con fecha 2 de noviembre de 2018.

Con fecha 11 de enero de 2019, el Servicio de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General Técnica solicita informe al Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa y al Hospital Universitario Miguel Servet, los cuales son recibidos con fecha 23 de enero de 2019 y 25 de enero de 2019, respectivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - En primer lugar, debemos determinar si el presente Recurso de alzada es la vía indicada por la Ley para encauzar las pretensiones de la reclamante.

Con fecha 27 de julio de 2018 la interesada presenta queja N° 1843118 ante el Servicio de Atención al Usuario del HUMS. El día 11 de septiembre de 2018, en ausencia de respuesta, presenta nueva queja (N° 2189118). A este respecto, la Ley 5/2013, de 20 de junio, de Calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, LCASP) establece:

Artículo 30. Definición. (...) 2. Tendrán la consideración de quejas aquellos escritos de los ciudadanos y las personas jurídicas que tengan por objeto poner de manifiesto las demoras, desatenciones u otras anomalías en el funcionamiento de los servicios prestados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. En ningún caso tendrán la consideración de quejas las denuncias que formulen los ciudadanos sobre posibles irregularidades o infracciones de la legalidad.

3. Las quejas no tienen naturaleza de recurso administrativo ni de reclamación, y su presentación no suspende los plazos establecidos para la interposición de un recurso administrativo.

4. Las denuncias, reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial administrativa, reclamaciones económico-administrativas, reclamaciones previas a la vía judicial, recursos administrativos y peticiones realizadas por los ciudadanos invocando expresamente el derecho de petición regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, se registrarán, por su normativa específica.

Así pues, no procedería admitir a trámite el presente Recurso de alzada, dado que no es el cauce legal establecido para la tramitación de una

queja.

Asimismo, indica la interesada que el motivo de presentación del presente Recurso es que dichas quejas no han sido respondidas. Sin embargo, según el informe de 2 de noviembre de 2018 del Servicio de Garantías en el Ejercicio de los Derechos de los Usuarios, dichas quejas fueron contestadas mediante el informe de fecha 4 de septiembre de 2018, emitido por la Jefa de Sección de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Miguel Servet que ahora se recurre. A este respecto, debemos examinar qué requisitos establece la LCASP para dar respuesta a las quejas de los ciudadanos:

Artículo 32. Contestación.

1. El responsable de la unidad u organismo competente sobre cuyo funcionamiento se haya formulado la sugerencia o queja dará contestación a la misma en el plazo de un mes. Si la queja se dirige a la unidad afectada, es ésta la que responde, con el acuerdo del órgano superior. Si se dirige al órgano superior sobre la unidad inferior, responde el primero, previo informe de la unidad afectada.

2. La contestación incluirá las actuaciones llevadas a cabo, así como las medidas correctoras adoptadas, en su caso, o la imposibilidad de adoptar medida alguna en relación con la sugerencia o queja presentada. La contestación de la queja o sugerencia deberá incluir también información sobre los derechos y deberes que asisten a quien se dirige a la Administración pública.

Examinado el informe de fecha 4 de septiembre de 2018, de la Jefa de Sección de Reproducción Asistida del HUMS, no se considera que constituya la respuesta que según la LCASP debe darse a una queja:

- Dado que la contestación es emitida por la unidad afectada por la queja, debería constar acuerdo del órgano superior, el cual no consta.*
- Tampoco incluye actuaciones llevadas a cabo, ni medidas correctoras adoptadas, o la imposibilidad de adoptar medida alguna en relación con la queja presentada. Tampoco incluye información sobre los derechos y deberes que asisten a quien se dirige a la Administración Pública.*

Tal y como consta en el recurso presentado, la interesada no ha considerado dicho informe como una contestación a su queja. A este respecto, la LCASP establece un cauce para estos casos:

3. Si, transcurrido el plazo reglamentariamente establecido, no se hubiese obtenido ninguna respuesta de la Administración pública, el ciudadano podrá dirigirse a la Inspección General de Servicios para informarse de los motivos de la falta de contestación y para que dicha inspección proponga, en su caso, a los órganos competentes la adopción de las medidas que considere oportunas.

Sin embargo, la interesada no ha acudido a dicha instancia administrativa expresamente establecida por la Ley para las quejas de los ciudadanos que no obtienen respuesta en plazo.

Así pues, como ya se ha indicado, no cabe aceptar la calificación del escrito presentado como Recurso de alzada, dado que el acto impugnado no posibilitaba tal recurso.

La decisión médica frente a la que se dirige el recurso no es estrictamente una actividad material o acto médico sino un informe emitido por un órgano médico (la Jefa de Sección de la Unidad de Reproducción del HUMS) en el que consta una decisión administrativa (exclusión de la realización de ciclos de fecundación *in vitro* con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud) basada en criterios médicos (evidencia de baja reserva ovárica), obedeciendo el mandato establecido en la legislación vigente en la materia (Orden S9/206512014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3. b) l' u).

Así pues, en virtud del artículo 88.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede inadmitir el presente escrito calificado por la interesada como recurso de alzada:

(...) podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento

No obstante, todo lo anterior, es oportuno señalar que no tienen fundamento las alegaciones de la interesada que indican que el informe recurrido es erróneo.

Para examinar esta cuestión debemos tener en cuenta, que, como ya se ha dicho, aunque la exclusión de la interesada del programa FIV/ICSI se trata de una decisión administrativa, en el fondo es una cuestión médica,

estricto juicio médico basado en parámetros objetivos (en este caso, baja reserva ovárica), cuya constatación corresponde al personal facultativo sanitario competente.

El precepto aplicable es el establecido en la Orden SS1/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos 1, 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 (en adelante, Orden SSI/2065/2014), en el que constan los criterios específicos de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, RHA). Para la fecundación in vitro se establecen los siguientes criterios específicos de acceso:

'5.3.8.3 Criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA. (...) 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."

Es decir, la ley establece unas razones médicas que determinan la no aplicación de los ciclos de tratamiento. El bajo recuento ovárico constituye una razón legal y por lo tanto válida, para motivar una baja en el correspondiente programa de fecundación in vitro y, consecuentemente, negar la continuidad del tratamiento, y la aplicación de los ciclos previstos en la cartera de servicios. Dicho bajo recuento ha sido constatado por el Equipo médico del HUMS y ante tal evidencia médica, deben aplicar los criterios legales vigentes.

De acuerdo con todo lo señalado, ha de afirmarse que la decisión de baja en el programa FIV/ICSI adoptada por el Servicio de Reproducción Asistida del HUMS, se ajusta a los criterios de accesibilidad y equidad que deben informar las concretas condiciones de acceso a las diferentes prestaciones sanitarias.

Segundo. - La interesada alega que, al no investigarse las causas de su baja reserva ovárica, se puede haber producido una negligencia médica, ya que podría padecer una patología no detectada. Sin embargo, dicha alegación carece totalmente de base. Por un lado, la interesada no aporta respaldo alguno a tal alegación. El informe médico de la Clínica Quirón tampoco indica en ningún momento que haya indicios de patología alguna.

Por otro lado, el equipo médico de reproducción del HUMS en ningún momento ha señalado la existencia de patología alguna:

a) En su informe de fecha 4-9-18 (folio 7) indica la realización de ecografía en abril de 2018 y la presencia de un solo folículo menor de 7 mms en ovario izquierdo, así como la ausencia de folículos en el ovario derecho.

b) El informe de fecha 22 de enero de 2019 de la Jefa de Sección de Reproducción Humana del HUMS, indica que la Orden SSI/2065/2014 de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos 1, II y III del Real Decreto 1030/2006, establece en su apartado 5.3.8.3 b) lii) como criterio específico para la realización de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud, la ausencia de evidencias de mala reserva ovárica. A este respecto, la sección de Reproducción Asistida del HUMS tiene establecido como criterio de ausencia de evidencia de mala reserva ovárica para la realización de fecundación in vitro en mayores de 38 años, cumplir como mínimo uno de los siguientes parámetros: FSH menor de 12 mUI/ml, hormona antimülleriana mayor de 0.4 ng/ml. o recuento de folículos antrales (RFA) mayor de 4. Sin embargo, la paciente en abril de 2018, en estudio previo a la realización de fecundación in vitro, presentaba: FSH de 32.70 mUI/ml, hormona antimülleriana de 0.13 ng/ml, y recuento de folículos antrales (RFA) de 1. Por lo tanto, no cumplía ninguno de los parámetros requeridos para realización de tratamiento.

La caída de fertilidad es un fenómeno natural, como otros de envejecimiento paulatino del ser humano, Connatural al ciclo de vida al que el mismo está sujeto. Como ya se ha comentado, un sistema nacional de salud debe equilibrar sus medios para alcanzar con eficacia sus fines.

A este respecto, es oportuno citar el voto particular de la STSJ del País Vasco de fecha 15/4/08:

*(...) no debe olvidarse que los tratamientos de infertilidad, como otras muchas de las prestaciones propias del sistema de salud público conllevan que su determinación en la carta de servicios no se encuentre opuesta a la **exigencia de criterios o requisitos para el acceso** a los tratamientos específicos que en consistencia común y uniforme de la*

sociedad científica suponen en sí una limitación de medios y resultados en conocimientos y presupuestos financieros que son base del conocimiento de cualquier sistema prestacional público, sin perjuicio de las innovaciones que la realidad de la sociedad científica nos presenta continuamente. (...)

De ahí que este discrepante conforme una realidad de prioridades donde la edad se convierte en un **importante factor limitador para la reproducción humana solo en lo puramente biológico** (folículos ováricos que contengan ovocitos susceptibles de madurar) pues la disminución de la fertilidad natural, que prepondera en una máxima estadística a partir de los 40 años, conllevará que los resultados desciendan en su eficacia vertiginosamente con un significativo riesgo de anomalías congénitas o tasas de aborto que todas las formaciones documentadas y periciales nos hacen saber con los resultados de las técnicas de reproducción asistida.

Tercero. - En cuanto a la supuesta indefensión y perjuicios causados por la nula respuesta a las quejas y alegaciones, ya se ha establecido en el Fundamento de derecho primero que no se ha producido tal indefensión.

Cuarto. - Por último, la interesada también invoca una infracción de su derecho efectivo a la protección de la salud con criterios de igualdad y equidad, reconocidos en el artículo 43 de la Constitución Española. Sin embargo, ante estas alegaciones debemos indicar que, antes al contrario, esta Administración, ha garantizado plenamente la protección de la salud de la interesada:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.4 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, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este real decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello (...)"

El acceso a una prestación sanitaria por parte de los usuarios del Sistema Nacional de Salud requiere, por lo tanto, una doble premisa: la inclusión de dicha prestación dentro de la cartera de servicios del Sistema, y la existencia de una indicación clínica y sanitaria, por parte del facultativo correspondiente, sobre la procedencia de aplicar un determinado tratamiento o tecnología para atender un problema de salud concreto de una persona.

El presente caso, tal y como reconoce la recurrente y consta en los Antecedentes de hecho, ha accedido a un tratamiento de IAC en el Hospital Clínico Lozano Blesa sin resultado, siendo posteriormente derivada con su

pareja al Servicio de Reproducción del HUMS. Es allí donde, estudiado su caso para la aplicación de técnicas FIV, el equipo médico determina que la interesada no reúne los requisitos médicos necesarios y por lo tanto procede darla de baja del programa FIV de ese Hospital.

Se trata de una decisión médica, adoptada por personal facultativo del Servicio de Reproducción Asistida del HUMS, que resulta acorde con la que se deriva de la aplicación de lo establecido en la Orden SSI/2065/2014, que valora la oportunidad y procedencia de dar de baja por criterios médicos a la recurrente al programa de fecundación in vitro aplicado en dicho Servicio.

El acceso a las prestaciones sanitarias establecidas ha de realizarse, lógicamente, con sujeción a los criterios objetivos marcados en la propia cartera de servicios.

La Ley, en su artículo 3, al regular las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, señala que "las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito".

Tal y como se ha indicado en el Fundamento de Derecho Segundo, la Orden SSI/2065/2014 establece el siguiente criterio de acceso específico:

5.3.8.3 Criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA. (...) 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: (...) li) Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.

Así pues, la ley aplicable es clara. En casos de mala reserva ovárica, no debe aplicarse el tratamiento FIV.

En virtud de todo ello, RESUELVO:

INADMITIR el escrito calificado como recurso de alzada presentado por Dña. xxxx, con fecha 2 de octubre de 2018, contra el informe médico

emitido por la Jefa de Sección de Reproducción Asistida del Hospital Miguel Servet, de fecha 4 de septiembre de 2018, por el que le indica que no cumple los criterios de inclusión para la realización de ciclo de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud, según establece la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3. b) 1º u).

La presente disposición pone fin a la vía administrativa y podrá ser impugnada ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zaragoza, en el plazo de DOS MESES contados a partir del día siguiente de la notificación de esta resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- En el expediente tramitado por esta Institución DI-744/2015-9, relativo a la exclusión del programa de FIV, consta un informe emitido el 21 de mayo de 2015 por el Servicio de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General Técnica del Departamento de Sanidad, y dirigido a la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud (N/REFER R-240/14), del que destacamos:

“...resulta incuestionable la necesidad de dictar un acto administrativo, por órgano competente para ello, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, en caso de baja o exclusión del Programa FIV”.

También consta otro emitido con fecha de 9 de septiembre de 2015 de la Secretaría General Técnica, que se remite a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, en los mismos términos que el citado de 21 de mayo.

El propio Departamento, en respuesta de fecha 8 de marzo de 2016 a la Sugerencia realizada por esta Institución en dicho Expediente, manifiesta expresamente:

"4. Aceptamos asimismo la sugerencia formulada a este Departamento para que proceda a la resolución del procedimiento de recurso R-240/14, por el que se solicita la revisión de baja en Programa FIV-ICSI seguido en el Hospital Universitario Miguel Servet, de conformidad con la **obligación que corresponde a la Administración de resolver de forma expresa todos los procedimientos administrativos**, según lo previsto en los correspondientes preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

SEGUNDA.- La actual regulación normativa referida a la obligación de resolver por parte de la administración se establece en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en concreto en su artículo 21:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento.

Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea".

TERCERA.- De la lectura de los fundamentos jurídicos de la Orden de 29 de abril de 2019 resultan relevantes, a juicio de esta Institución, los siguientes:

1º. Se advierte un error en la siguiente afirmación realizada por la administración sanitaria

:

“Asimismo, indica la interesada que el motivo de presentación del presente Recurso es que dichas quejas no han sido respondidas”.

Sin embargo, no son la falta de respuesta a sus quejas el motivo por el que la interesada interpone el recurso de alzada, sino la decisión administrativa que exclusión del programa FIV. De hecho cuando la interesada presenta el recurso de alzada literalmente manifiesta:

“Por todo lo expuesto a esa Consejería SOLICITO que tenga por presentada en tiempo y forma este escrito, con las copias y documentos que se acompañan, y por interpuesto recurso de ALZADA contra la resolución de la Doctora xxx, jefa del equipo de reproducción del Hospital Miguel Servet de Zaragoza, por la que se me excluye del programa de fecundación in vitro (FIV), dejando sin efecto dicha resolución, y ser admitida de nuevo, y en lista preferente y urgente por motivos de edad y teniendo en cuenta los perjuicios causados, y que pudieran ser irreparables si se continua retrasando la resolución”.

2º. En cuanto al carácter del informe emitido por la Jefe de Sección de Reproducción asistida del HUMS, se indica que a juicio de la Consejera de Sanidad no da respuesta a las quejas presentadas y que el trámite a seguir por la interesada debería haber sido la presentación de una queja ante la Inspección General de Servicios del Gobierno de Aragón, en virtud de lo establecido en la Ley 50/2013, de 20 de junio, de Calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante LCASP). Resulta llamativo que se reconozca la falta de respuesta a dos quejas presentadas en julio y septiembre de 2018 (es decir, hace más de 6 meses) y que no se proceda a su inmediata contestación.

3º. Además de estas consideraciones, reconoce la propia administración sanitaria que el acto que ha supuesto la exclusión de la interesada del programa FIV no es recurrible en alzada, pero no indica cuál es la forma que tiene la interesada de recurrir dicha decisión, que reconoce la administración es una *decisión administrativa*.

“...aunque la exclusión de la interesada del programa FIV/ICSI se trata de una decisión administrativa, en el fondo es una cuestión médica...”.

Por tanto se reconoce el carácter administrativo del acto, que califica como no recurrible.

4°. La resolución administrativa debería contener una motivación suficiente, máxime cuando se aportó ante la Administración un informe de la sanidad privada que, según afirma la ciudadana, está en línea con la posibilidad de someterse a un tratamiento como el que, a la postre, no ha podido acceder en el sistema sanitario público. En este sentido, recordar la línea jurisprudencial que se basa en la “pérdida de confianza de la sanidad pública” que pudiera suponer un reconocimiento al reembolso de los gastos sanitarios privados (STS 25 de junio de 2007).

5°. En resumen, la actuación de la administración ha colocado a la interesada en una posición de total indefensión:

- no se ha respondido a las quejas presentadas en julio y septiembre de 2018, siendo obligación de la administración la respuesta en el plazo de 1 mes.
- transcurridos más de 6 meses la administración reconoce de forma expresa la falta de respuesta a dichas quejas sin proceder a su respuesta ni a su tramitación.
- se ha emitido una decisión administrativa que deniega un tratamiento médico, sin motivación suficiente ni referencia a la información aportada por la ciudadana respecto al tratamiento en la asistencia sanitaria privada. Se establece que no es recurrible en alzada (ni reposición). Sin embargo, en un caso idéntico la propia administración reconoce la necesidad de dictar un acto administrativo en caso de baja o exclusión del Programa FIV.
- la dilación en todo este procedimiento afecta de forma importante a la oportunidad de acceso de la interesada a este tratamiento en el Sistema Nacional de Salud. La Sra. xxx tenía 36 años de edad cuando recurrió al sistema sanitario público para solventar su problema. Transcurridos dos años le informan que no pueden realizarle el tratamiento. Recordemos que uno de los criterios de inclusión para la realización de ciclo de fecundación in vitro con gametos propios en el Sistema Nacional de Salud es que la edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento sea inferior a 40 años (Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, apartado 5.3.8.3.b)1º i)).
-
-

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Departamento de Sanidad la siguiente **SUGERENCIA**:

Que en la forma y previos los trámites que ese Departamento considere más procedentes en derecho y acordes con las circunstancias concurrentes en este caso, proceda a revisar la solicitud y demás documentación obrante en el expediente de D^a xxx para acceder al programa de Fecundación In Vitro, accediendo a lo solicitado por la interesada (*admisión al programa, en lista preferente y urgente por motivos de edad y teniendo en cuenta los perjuicios causados, y que pudieran ser irreparables si se continua retrasando la resolución*) y en caso negativo se dicte un acto administrativo decisorio de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 3 de junio de 2019

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

LUGARTENIENTE DEL JUSTICIA

(P. A. Art. 39.2 Ley Reguladora del Justicia de Aragón)