



Roj: **STSJ CAT 4779/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:4779**

Id Cendoj: **08019330042022100218**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **04/05/2022**

Nº de Recurso: **1459/2020**

Nº de Resolución: **1595/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **JUAN ANTONIO TOSCANO ORTEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

**SECCIÓN CUARTA.**

**Procedimiento ordinario. Recurso de Sala número 1459/2020 (recurso de Sección número 544/2020).**

**Partes: Noemi, representada por el Procurador José María Argüelles Puig y defendida por el Letrado Manuel Allué Pastor, contra Ministerio de Política Territorial y Funciones Públicas, representado y defendido por el Abogado del Estado Oriol Forner Rovira; es parte codemandada Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A. Sociedad Unipersonal, representada por la Procuradora Marta Navarro Roset y defendida por la Letrada María del Carmen Risueño Villanueva.**

*En aplicación de la normativa española y europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.*

**Sentencia número 1595 de 2022.**

**Ilustrísimos/a Señores/a Magistrados/a:**

**Presidenta Núria Bassols Muntada.**

**José Manuel de Soler Bigas.**

**Juan Antonio Toscano Ortega.**

**Hugo Manuel Ortega Martín.**

En la ciudad de Barcelona, a 4 de mayo de dos mil veintidós.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado la presente sentencia en el recurso contencioso-administrativo número **1459/2020** (registrado en la Sección con el número 544/2020), interpuesto por Noemi, representada por el Procurador José María Argüelles Puig y defendida por el Letrado Manuel Allué Pastor, contra Ministerio de Política Territorial y Funciones Públicas, representado y defendido por el Abogado del Estado Oriol Forner Rovira; es parte codemandada Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A. Sociedad Unipersonal, representada por la Procuradora Marta Navarro Roset y defendida por la Letrada María del Carmen Risueño Villanueva.

Ha sido ponente Juan Antonio Toscano Ortega, Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución que se identifica en el fundamento de derecho primero.

**SEGUNDO.-** Acordada la incoación de los presentes autos, se les da el cauce procesal previsto por la Ley de esta jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, solicitan respectivamente la estimación y la desestimación del recurso, en los términos que aparecen en los mismos. Continuando el proceso su curso por los trámites que aparecen en autos, habiéndose practicado pruebas y formulado conclusiones por las partes, se señala día para deliberación y votación del fallo, lo que tiene lugar en la fecha señalada.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

### PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones y motivos.

#### 1.- Sobre el objeto del recurso.

A tenor del escrito de interposición del recurso, la actora lo dirige inicialmente contra la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso de alzada presentado en fecha 2 de marzo de 2020 contra la resolución dictada en fecha 31 de enero de 2020 por la Directora Provincial (por delegación del Director General de Muface), Servicio Provincial de Barcelona del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se acuerda "Desestimar la reclamación formulada por Manuel Allué Pastor en representación de Noemi, en aplicación de lo previsto en la cláusula 2.3.2.C) del Concierto vigente para 2018/2019 (BOE de 29/12/2017)". Posteriormente, por auto de 19 de enero de 2021 se acuerda la ampliación del recurso a la resolución expresa del recurso de alzada. Se trata de la resolución de 24 de noviembre de 2020 de la Ministra de Política Territorial y Función Pública, por la que se acuerda "Desestimar el recurso de alzada interpuesto por D<sup>a</sup>. Noemi, contra la Resolución de la Dirección del Servicio provincial de Muface de Barcelona de fecha 31 de enero de 2020, a que se refiere el encabezamiento". En sus dos últimos fundamentos de derecho se razona como sigue.

"SEXTO.- Revisado el expediente instruido al efecto se comprueba que si bien se cumple con el requisito exigido en la normativa citada de que en caso de pareja, no se tenga hijo común, ya que la mutualista tuvo un hijo con otra pareja, de la que se divorció, no obstante, de la documentación médica aportada al expediente no se acredita en la mutualista un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación, con independencia de la existencia o no de pareja, por lo que no cumplen los requisitos regulados en los arts. 5.3.8.1 y 5.3.8.2 en la Orden SSI/2015/2014, de 31 de octubre, por la que se modifica el Anexo 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.

Por tanto, al no acreditarse un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación, con independencia de la existencia o no de pareja, el citado tratamiento de fecundación in vitro, ni está incluido en la cantera común de servicios del SNS, a la que vincula la cantera de servicios del Concierto, cláusula 1.1.3 en relación con la cláusula 2.1.2, ni en la propia cartera de servicios del Concierto, cláusula 2.3.2.C.1) j).

Debe señalarse que la mutualista tuvo conocimiento de que en la Entidad ASISA no autorizaba el tratamiento de reproducción asistida humana en correo electrónico de 3 de abril de 2019, en el que figura "sentimos comunicarle que procedemos a anular la autorización del tratamiento solicitado", y se indicaba la necesidad de conocer la fecha de nacimiento de la pareja y la causas de esterilidad, antes de iniciarse el tratamiento, datos que no fueron aportados a la Entidad antes de dicho inicio, sino una vez realizado tratamiento. Asimismo, al no haberse derecho al citado tratamiento, no se tiene derecho a la cobertura de los medicamentos necesarios para el mismo, cuya cobertura corresponde a MUFACE, única y exclusivamente, cuando se tiene derecho al tratamiento, circunstancia que no concurre en el presente caso.

A su vez no se acreditan en el expediente las afirmaciones de la mutualista de que el facultativo que le trataba, cuando recibió el e-mail de la Entidad de 3 de abril de 2019 le respondió que no se preocupara, que tratamiento estaba autorizado ya que ellos disponían de los folantes y que lo único que tenía que asumir era la medicación, ni tampoco que la mutualista contactó con la Entidad ASISA, explicitan o que no disponía de ningún documento que explicitara el cambio de opinión de la Entidad, y que por la Entidad se le comentó que tratamiento estaba autorizado y que remitiría un correo electrónico explicitando la situación, lo cual efectuó si no tener a la fecha del presente escrito respuesta alguna.

*En dicho orden, tales afirmaciones no quedan acreditadas por sí mismas, debe probar quien reclama, art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .*

*Asimismo, el hecho de que el citado tratamiento, sin que exista un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación, con independencia de la existencia o no de pareja, sin estar incorporado a la cartera común de servicio del SNS, pueda estar siendo prestado en hospitales públicos de diversas Comunidades Autónomas, conlleva que esté incluida en la cantidad de servicios complementaria de dichas comunidades y financiadas por las mismas, tal y como previene el artículo 8 quinqués de la Ley 16/2003, de 28 de mayo , de cohesión y de calidad del SNS, y el artículo 11 del citado Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre .*

*Por tanto, dado que el Concierto, cláusulas 1.13 y 2.1.2, vincula a las Entidades al disponer y garantizar como mínimo, común de servicios de SNS, la inclusión de prestaciones sanitarias en las carteleras de servicio complementarias de algunas comunidades autónomas, que son financiadas por las mismas, no puede considerarse vinculante territorialmente para cartera de servicios propiedad de MUFACE, que es al igual que la cartera común de servicios del SNS de ámbito nacional, ya que en dicho caso entraría en colisión con el artículo 1.1 y Disposición Adicional Única del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre , así como con la redacción del artículo 8 de la citada Ley 16/2003 , y la Disposición Adicional 4º de esta misma Ley .*

*En consecuencia, y a la vista de cuanto antecede, debe concluirse que, al no acreditarse el requisito de diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación, con independencia de la existencia o no de pareja, el referido tratamiento de fecundación in vitro no está incluido en la cartelera común de servicios del SNS, ni en la cartera de servicios del vigente Concierto y, por tanto, en la cobertura del mismo, cláusula 1.1.3 en relación con la cláusula 2.1.2 y cláusula 2.1.3 considera que la resolución recurrida es conforme a derecho, en virtud de lo previsto en la normativa recogida los fundamentos anteriores.*

*Por tanto, se ratifica la resolución del Servicio Provincial de MUFACE en Barcelona, de fecha 31 de enero de 2020, por la que se le denegaba a la mutualista la financiación de dicha la medicación para la técnica de FIV, por ser conforme a derecho.*

*En todo caso, debe señalarse la separación entre "indicación terapéutica y financiación", por lo que si así lo considera el médico que sigue a la paciente, deberá recibir el tratamiento prescrito por el facultativo, lo que no implica que éste sea financiado con fondos públicos.*

*SEXTO.- Por tanto, se ratifica la resolución del Servicio Provincial de MUFACE en Barcelona, de fecha 31 de enero de 2020, por la que se le denegaba el visado de recetas solicitado".*

## **2.- Sobre las pretensiones y los motivos.**

### **2.1.- Parte actora.**

A través de su demanda la recurrente interesa de la Sala que " dicte sentencia por la que declare nulo desde el inicio y no conforme a derecho o anule desde este momento el acto administrativo que es objeto de este recurso, y, reconozca a la actora el derecho a que la demandada se haga cargo de la cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento de la Fecundación in vitro así como el tratamiento de esa fecundación denegada con todos los pronunciamientos inherentes". " Con expresa condena en costas a la demandada". Sin pasar por alto que el tratamiento fue inicialmente autorizado, en lo más esencial sostiene la defensa letrada de la actora que ésta, funcionaria docente y casada con persona de su mismo sexo, tiene derecho a que por parte de la demandada se sufraguen los gastos de reproducción asistida, con base en la aplicación de normativa y jurisprudencia, europea y nacional, y más específicamente por mor del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual.

### **2.2.- Partes demandadas.**

En su oposición formalizada en la contestación a la demanda, el Ministerio demandado a través del Abogado del Estado interesa de la Sala que dicte " sentencia por la que se desestime el presente recurso contencioso-administrativo". Se opone a los motivos del recurso, por conformidad a derecho de la resolución recurrida, la cual se pronuncia sobre la irrelevancia de la autorización inicial del tratamiento significando que no se produce discriminación alguna por razón de orientación sexual. A este respecto, los requisitos que exige la normativa aplicable son muy concretos y se dirigen a colectivos muy precisos, los cuales, por su circunstancias, se pretende proteger especialmente mediante la cobertura de tratamiento en cuestión. Por consiguiente un gran número de mujeres, con independencia de su orientación sexual, quedan excluidas de dicha cobertura, sin que ello implique que se está discriminando a los colectivos a los que pertenecen.

La codemandada Asisa, en contestación a la demanda, solicita de la Sala que " dicte sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta en virtud del contenido del presente escrito y todo ello con expresa condena

en costas a la parte actora dada su temeridad y mala fe". La Letrada de dicha parte fundamenta su oposición con arreglo a los motivos que ordena y rubrica como sigue. 1. " *Primero.- Negamos que el tratamiento de reproducción asistida y correspondiente medicación se ha cubierto por la compañía Asisa*". 2. " *Segundo.- Inexistencia del previo diagnóstico de esterilidad*". 3. " *Tercero.- Actuación correcta de Asisa denegando la autorización del tratamiento y medicación*". 4. " *Inexistencia de vulneración del principio de igualdad y de discriminación por razón de orientación sexual*". En relación con este último extremo, sostiene que lo pretendido por la actora con sus consideraciones es incluso un trato discriminatorio respecto a las parejas heterosexuales en las que no exista una esterilidad médica establecida. El criterio de cobertura atiende exclusivamente a causas médicas de la persona que va a recibir el tratamiento, lo que no se da en el caso y sobre lo que la actora ni siquiera aporta a la demanda causa médica alguna que le haga merecedora del referido tratamiento.

**SEGUNDO.- Resolución de la controversia. Con carácter general, la cuestión consistente en " determinar si los mutualistas de la MUFACE pueden ser beneficiarios de la cobertura de los gastos farmacéuticos derivados de un tratamiento de reproducción asistida mediante la técnica de la inseminación artificial en los supuestos en los que no concurra una causa biológica de esterilidad, o si, por el contrario, esos gastos tan solo se abonan en tales situaciones, con independencia del estado civil, sexo u orientación sexual de los pacientes". En el caso concreto de autos, la discriminación por orientación sexual.**

Se ha reproducido más arriba en parte la fundamentación jurídica de la resolución impugnada desestimatoria de recurso de alzada y confirmatoria de la resolución denegatoria de la reclamación en materia de asistencia sanitaria concertada; también se han expuesto las pretensiones ejercitadas en esta sede jurisdiccional por las partes y a modo de síntesis las alegaciones y los motivos que las sustentan. El debate de fondo que enfrenta a las partes viene a coincidir en lo más sustancial con la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que se identifica en el auto de 21 de octubre de 2021 de la Sección Primera (Admisión) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso de casación número 3781/2021, en cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" *Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia de 30 de octubre de 2020 de la Sala lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales núm. 540/2020 .*

*Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba determinar si los mutualistas de la MUFACE pueden ser beneficiarios de la cobertura de los gastos farmacéuticos derivados de un tratamiento de reproducción asistida mediante la técnica de la inseminación artificial en los supuestos en los que no concurra una causa biológica de esterilidad, o si, por el contrario, esos gastos tan solo se abonan en tales situaciones, con independencia del estado civil, sexo u orientación sexual de los pacientes.*

*Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: el artículo 14 de la Constitución española , el artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , sobre técnicas de reproducción humana asistida, y el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (en la redacción dada a sus anexos I, II y III por la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".*

En los " Hechos" primero al cuarto expresa:

" **PRIMERO.-** La representación procesal de D.ª María Teresa interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra las resoluciones desestimatorias por silencio administrativo de los recursos de alzada interpuestos contra los escritos/oficios que le fueron dirigidos por la Jefatura de la Oficina Delegada número 4 del Servicio Provincial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) en Madrid, de fechas 3 de abril y 5 de julio de 2019, por los que se desestiman las reclamaciones efectuadas por la misma en orden a la cobertura/ financiación de gastos sanitarios (farmacéuticos) en materia de tratamiento de reproducción asistida humana, mediante la técnica de inseminación artificial con semen de donante, por importes de 298,00 euros y 298,37 euros respectivamente (596,37 euros en total).

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia estima parcialmente el recurso, seguido por los trámites del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y concluye que materialmente concurre una situación de imposibilidad de conseguir el embarazo de forma natural, que considera constituye también, a estos efectos, una causa de esterilidad (la que comúnmente se viene a denominar "esterilidad primaria"), y no cabe entender que se ajuste a la letra y espíritu de la normativa aplicable que se pueda denegar la prestación a



la actora por el motivo que se ofreció a la misma en las resoluciones administrativas impugnadas, que no fue otro que la inexistencia de causa médica ginecológica que le impidiera una gestación por medio naturales.

Pone de manifiesto el órgano juzgador que sobre la cuestión controvertida existen criterios contradictorios entre distintos órganos jurisdiccionales.

Así, mientras que las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de abril de 2013 (recurso de suplicación 554/2013 ) y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 13 de septiembre de 2017 (recurso de suplicación 521/2017 ), pero también de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de setiembre de 2017 (recurso 321/2016 ), o del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid de 15 de septiembre de 2015 (recurso 672/2015 ), entienden que en casos sustancialmente idénticos o similares se produce una clara quiebra del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual y estado civil, en definitiva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución , otras sentencias, singularmente la dictada por la Sección Octava de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 31 de enero de 2019 (recurso 225/2017 ), se manifiestan en sentido contrario al considerar que los gastos derivados de un tratamiento de reproducción asistida humana se abonan en situaciones de "esterilidad", con independencia de la orientación sexual o estado civil de los pacientes, no impidiéndose el acceso a las técnicas de reproducción asistida a personas en la misma situación que la actora, sino que simplemente, y dado que la misma no presenta enfermedad alguna, lo que se resuelve es que tales gastos no pueden ser sufragados por el Sistema Nacional de Salud.

TERCERO.- Contra esta sentencia ha preparado recurso de casación el Abogado del Estado en la representación que le es propia, considerando infringidos el artículo 14 de la Constitución española, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, en particular su apartado 5.3.8.1.a).2º del Anexo 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 (en la redacción dada por la Orden SSI/2065/2014), en relación con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En síntesis, la tesis de la parte recurrente en casación es que la sentencia de instancia lleva a la conclusión de que cualquier mujer mutualista que lo desee, por su sola voluntad, tendría derecho a la cobertura sanitaria, sustituyendo el elemento terapéutico o clínico por un derecho de opción que considera ausente del régimen de protección público. Entiende que el derecho a la cobertura se basa en situaciones de esterilidad, al margen del estado civil o de la situación de los pacientes.

Refiere especialmente, al amparo del artículo 88.2.a) de la Ley 29/1998 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), la contradicción con la sentencia de la Sección Octava del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 31 de enero de 2019 , que como señala la propia sentencia de instancia mantiene un criterio distinto con respecto a la Sección Séptima.

La parte recurrente refiere asimismo otros supuestos de interés casacional, tales como los contenidos en los apartados c ) e i) del artículo 88.2 y el artículo 88.3.a) de la LJCA .

CUARTO.- Por auto de 10 de enero de 2020 se tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo, compareciendo el Abogado del Estado, como parte recurrente, y la representación procesal de D.ª María Teresa , como parte recurrida ".

Y en sus " Razonamientos Jurídicos" primero y segundo:

" PRIMERO.- Cumplidas las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA , la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión: si los mutualistas de la MUFACE pueden ser beneficiarios de la cobertura de los gastos farmacéuticos derivados de un tratamiento de reproducción asistida mediante la técnica de la inseminación artificial en los supuestos en los que no concorra una causa biológica de esterilidad, o si, por el contrario, esos gastos tan solo se abonan en tales situaciones, con independencia del estado civil, sexo u orientación sexual de los pacientes.

Se considera que concurre el supuesto de interés casacional del artículo 88.2, apartado a), LJCA , toda vez que se aprecia una contradicción entre el criterio sostenido por distintos órganos jurisdiccionales en torno a la interpretación de las mismas normas en relación con idéntica situación.

Las normas jurídicas que, en principio, deberían ser objeto de interpretación son las que siguen: el artículo 14 de la Constitución española, el artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción

humana asistida, y el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (en la redacción dada a sus anexos I, II y III por la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre).

*SEGUNDO.- Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la sentencia de 30 de octubre de 2020 de la Sala lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales núm. 540/2020.*

*Debemos precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la precisada en el razonamiento jurídico anterior. E identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las mencionadas igualmente en el anterior razonamiento, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.*

El referido auto de la Sección de Admisión se dicta con posterioridad al último escrito de conclusiones de las partes, de ahí la ausencia de referencia al mismo. Pero sí se ha dictado durante la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo una sentencia por esta Sala y Sección (no recogida en aquel auto de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) que resuelve un asunto sobre la cuestión ahora controvertida. Se trata de la sentencia número 100/2021, de 18 de enero, dictada por esta Sección Cuarta (Refuerzo) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso número 122/2019, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*" 1º Estimar la demanda, anular la resolución administrativa impugnada, declarar el derecho a la reproducción asistida de la demandante por Muface a través de Adeslas, al reintegro total de los gastos originados por el tratamiento privado en importe de 27487'86 euros, más otros que se pudieran generar por la misma causa y que se justifiquen debidamente.*

*2º Imponer las costas a la parte demandada en el importe máximo de mil euros".*

Dicha resolución judicial sostiene un criterio sobre idéntica controversia en lo esencial a la de autos al que ahora esta misma Sala y Sección no puede sino estar aquí como fundamento propio de esta resolución, entre otras razones, y sin desconocer la pendencia de resolución por el Tribunal Supremo de aquel recurso de casación número 3781/2021 (auto de 21 de octubre de 2021 de la Sección Primera de Admisión de su Sala Tercera), por la necesaria efectividad de los principios de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, que en caso contrario quedarían comprometidos y por cuya mayor efectividad debe siempre velar el órgano judicial y que entre otros extremos, demandan siempre de los órganos judiciales, con carácter general, igual solución jurisdiccional para casos procesalmente idénticos en lo esencial, en aras asimismo a la necesaria efectividad del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 2/2007, de 15 de enero, 147/2007, de 18 de junio, 31/2008, de 25 de febrero, y 3/2011, de 28 de febrero), no difiriendo el supuesto particular aquí enjuiciado del caso allí resuelto más que en relación a singularidades fácticas que en nada sustancial alteran las mismas conclusiones asimismo deducibles en esta sede impugnatoria respecto a la actuación aquí recurrida, máxime si se considera que por las partes aquí enfrentadas, con énfasis las demandadas, se significa que la controversia versa sobre una cuestión de índole estrictamente jurídica. Se reproducen seguidamente los fundamentos de derecho primero y segundo de la referida sentencia número 100/2021, de 18 de enero:

*" PRIMERO.- Es objeto de recurso la resolución dictada por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se deniega la cobertura de tratamiento de reproducción asistida.*

*En dicha resolución administrativa se exponen los antecedentes fácticos, que hacen referencia a la falta de requisitos para que se reconozca el derecho a la reproducción asistida en la solicitante. No se cumplen los requisitos del Concierto aplicable suscrito entre Muface y las Entidades de Asistencia Sanitaria para la prestación de asistencia sanitaria en los años 2016 y 2017. Se destaca la ausencia de diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación. Se remite a la normativa que considera aplicable, sin que en el presente caso exista la denunciada discriminación.*

*En la demanda, expuesto de forma breve, se denuncia la existencia de discriminación respecto de otras mujeres lesbianas, al no poder acreditar ninguna clase de esterilización femenina, a pesar de padecer una endometriosis. Se alega que el día 8 de septiembre de 2018 contrajo matrimonio con otra mujer. Se inició el tratamiento de reproducción asistida por vía privada cuyos gastos está abonando y reclama su reintegro en importe de 2.748 euros. Al ser mujer lesbiana es imposible intentar el coito sexual vía vaginal, por lo que es absolutamente imprescindible la aplicación de las técnicas de asistencia de reproducción por Muface a través de Adeslas, así*

como el abono de las cantidades abonadas en un centro hospitalario privado, al que tuvo que acudir debido a sus edad de 39 años. Se remite a la normativa aplicable, especialmente al Concierto que resulta aplicable, pues se trata de una persona con imposibilidad de conseguir la gestación de forma natural.

En la contestación a la demanda se razona la desestimación de la solicitud del derecho de la demandante a la cobertura de tratamiento de reproducción asistida, al no cumplirse los requisitos legalmente exigidos. Se remite a la legislación que considera aplicable, así como el Concierto de Muface. Se insiste en que no queda acreditado un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica en la demandante que impida conseguir una gestación.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos que constan en la demanda, escrito de oposición a la misma, en relación con lo que se dispone en la resolución administrativa impugnada, para llegar a la conclusión de que la acción jurisdiccional debe prosperar por los siguientes motivos.

Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. Ello implica que el órgano jurisdiccional tiene una doble limitación al decidir recursos de la naturaleza del ahora examinado. De un lado, las pretensiones formuladas por el demandante, de otro, los motivos alegados. No le es posible al órgano jurisdiccional decidir sobre motivos no planteados, ni acerca de pretensiones no formuladas. Por eso, es muy importante expresar, ya desde el inicio, cuales son los motivos alegados contra la disposición impugnada, pues si bien las pretensiones formuladas son de gran generalidad como puede comprobarse por su lectura, no sucede lo mismo con los motivos alegados que tiene un contenido mucho más específico. Es bien sabido que las simples alegaciones si no van acompañadas de la prueba correspondiente, o al menos, del razonamiento racional que pueda convencer al Tribunal de la realidad jurídica de cierta alegación o valoración, no produce efecto jurídico alguno.

En el mismo sentido, este Tribunal no sólo debe valorar lo que se expresa en la resolución administrativa, como se ha indicado anteriormente, sino también las alegaciones y razonamientos jurídicos del recurrente que deben ser valorados debidamente a efectos de resolver la controversia que le enfrenta con la Administración demandada, en relación con los principios constitucionales que garantiza la plena y efectiva relación jurídica del obligado tributario con la administración tributaria, con las garantías establecidas para ello y reconocidas por la jurisprudencia.

Al analizar las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en el presente caso, es evidente que nunca debió haber llegado a la vía jurisdiccional, sino que se debió haber resuelto de forma favorable en la primera solicitud de la demandante. Ello es así, por cuanto el Código Civil recoge una versión de los criterios interpretativos tradicionales savignyanos (gramatical, sistemático, lógico e histórico) y añade las denominadas interpretaciones sociológica (realidad del tiempo en que han de ser aplicadas las normas que se interpreten) y teleológicas (atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas en cuestión). De esta manera, como ha reiterado nuestra jurisprudencia (cfr. STS de 14 de abril de 2003), más que la exclusión del principio de libertad del intérprete, lo que incorpora el precepto es una fórmula orientativa de los criterios hermenéuticos utilizables que le hace de difícil invocación aislada para fundamentar un motivo de casación, como no sea para demostrar la errónea interpretación de la ley sustancial o precepto realmente aplicado por la sentencia de instancia. Lo procedente, por tanto, es la cita como infringida de la norma sustantiva que se considera mal interpretada sirviendo la referencia al artículo 3.1 Código Civil para manifestar que la parte demandada no ha utilizado el criterio hermenéutico correcto, ni se ha ajustado tampoco a la realidad que subyace en el fondo de la cuestión controvertida, como se expondrá a continuación.

En el presente caso, es imposible un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica, al tiempo que es aberrante la exigencia de la demandada de exigir una concepción por vía vaginal, al tratarse de un matrimonio, lo que obliga al preceptivo tratamiento de reproducción humana asistida. Además, el Concierto de Muface con las entidades colaboradoras debe interpretarse y entenderse en sus justos términos, sin que se deba llegar a resultados interpretativos que desnaturalizan por completo la finalidad de la reproducción asistida, como en el caso presente. Además, en la cláusula 2.3.2. c) de dicho Concierto claramente se exige el diagnóstico.

Se trata de una persona con imposibilidad de conseguir la gestación de forma natural, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 Ley 14/2006, pues en caso contrario, es obvio que se trataría de una discriminación injustificable, debido a la orientación sexual de la demandante. Así mismo, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 16.3 k) de la Ley 11/2014 que garantiza a las mujeres lesbianas la igualdad de acceso a las técnicas de reproducción asistida, ante la imposibilidad de que pueda conseguirse la gestación de forma natural.

Además, según se dispone en la cláusula 2.5.2.c) del Concierto aplicable, 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

*misimos. No existe, porque no puede existir ningún diagnóstico de esterilidad, en el presente caso, pues debido a la afectividad sexual de la demandante, ello no puede constituir un requisito, sino un impedimento arbitrario, pues la finalidad de la reproducción asistida, en un matrimonio como el de la recurrente, es ayudar precisamente a la gestación ante la imposibilidad física de conseguirla por vía natural, lo que resulta a todas luces imposible.*

*En consecuencia, damos por reproducidos los argumentos expuestos en la demanda, estimamos la pretensión ejercitada en la misma y anulamos la resolución administrativa impugnada, con imposición de costas a la Administración Pública demandada, en el importe máximo de mil euros, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al concurrir el criterio del vencimiento objetivo, habiendo dado lugar la denegación administrativa a un proceso que hubiese podido ser evitado".*

Por lo que en aplicación del mismo criterio, procede ahora también estimar el recurso contencioso-administrativo número **1459/2020** interpuesto por Noemi frente a la desestimación presunta, luego expresa de 24 de noviembre de 2020 del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 31 de enero de 2020 del Servicio Provincial de Barcelona de la Muface, por considerar que vulnera el derecho a la igualdad ( artículo 14 de la Constitución), resoluciones que se anulan y dejan sin efecto y se reconoce para la demandante el derecho de ser tratada dentro del sistema de reproducción humana asistida impartida por la compañía Asisa, compañía colaboradora de Muface, con todos los efectos legales inherentes a la anulación y el reconocimiento del derecho.

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

Conforme a los artículos 68.2 y 139.1 de la Ley 29/1998, reguladora de esta jurisdicción, modificado este último por la Ley 37/2011, las costas procesales se impondrán en la primera o única instancia a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones en la sentencia, salvo que el órgano judicial, razonándolo debidamente, aprecie la eventual concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición, sin que obste a ello, en su caso, la falta de solicitud expresa de condena en costas por las partes litigantes, toda vez que tal pronunciamiento sobre costas es siempre imperativo para el fallo judicial sin incurrir por ello en un vicio de incongruencia procesal " *ultra petita partium*" ( artículo 24.1 de la Constitución española y artículo 67.1 de la Ley 29/1998), al concernir tal declaración judicial a cuestión de naturaleza jurídico-procesal, conforme al propio tenor del artículo 68.2 de la Ley jurisdiccional y de la jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional ya sentada al respecto (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 12 de febrero de 1991; y por sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 53/2007, de 12 de marzo, y sentencia del Tribunal Constitucional número 24/2010, de 27 de abril). Se recoge así el principio del vencimiento mitigado que debe conducir aquí a la no imposición de las costas a las partes demandadas, habida cuenta de que la singularidad de la cuestión debatida veda estimar que se hallare totalmente ausente este caso de serias dudas de derecho, si se tiene en cuenta la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia identificada en el auto de 21 de octubre de 2021 de la Sección Primera (Admisión) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso de casación número 3781/2021, posterior al dictado de la sentencia número 100/2021, de 18 de enero, dictada por esta Sala y Sección en el recurso número 122/2019.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, y resolviendo dentro del límite de las pretensiones procesales deducidas por las partes en sus respectivas demanda y contestación a la demanda, en nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo y que nos confieren la Constitución y las leyes, se dicta el fallo siguiente.

### **FALLO.**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Cuarta, ha decidido:

**Estimar el recurso contencioso-administrativo número **1459/2020** interpuesto por Noemi frente a la desestimación presunta, luego expresa de 24 de noviembre de 2020 del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 31 de enero de 2020 del Servicio Provincial de Barcelona de la Muface, por considerar que vulnera el derecho a la igualdad ( artículo 14 de la Constitución ), resoluciones que se anulan y dejan sin efecto y se reconoce para la demandante el derecho de ser tratada dentro del sistema de reproducción humana asistida impartida por la compañía Asisa, compañía colaboradora de Muface, con todos los efectos legales inherentes a la anulación y el reconocimiento de derecho. Sin costas.**

Notifíquese a las partes la presente sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV



de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1 de dicha Ley 29/1998.

Y adviértase que en el Boletín Oficial del Estado número 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

*El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales en esta Sección concertada con el BANCO SANTANDER (Entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm. 0939-0000-85-0544-20, o bien mediante transferencia bancaria a la cuenta de consignaciones del Banco de Santander en cuyo caso será en la Cuenta núm. ES5500493569920005001274, indicando en el beneficiario el T.S.J. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4ª NIF: S- 2813600J, y en el apartado de observaciones se indiquen los siguientes dígitos 0939-0000-85-0544-20, en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.*

Luego que gane firmeza la presente, líbrese certificación de la misma y remítase, juntamente con el respectivo expediente administrativo, al órgano demandado, quien deberá llevar aquélla a puro y debido efecto, sirviéndose acusar el oportuno recibo.

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN .-** Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, estando la Sala celebrando audiencia pública el día **cuatro de mayo de 2022**, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, Doy fe.