

Instituto de Ciencias del Seguro

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DEL ASEGURADOR
DE ASISTENCIA SANITARIA**

Fernando Carbajo Cascón

FUNDACIÓN MAPFRE

FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2012, FUNDACIÓN MAPFRE
Paseo de Recoletos 23
28004 Madrid (España)

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro
publicaciones.ics@mapfre.com

ISBN: 978-84-9844-370-7
Depósito Legal: M-32192-2012

PRESENTACIÓN

Desde 1975, FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales, así como acciones destinadas a la mejora de las condiciones económicas y sociales de las personas y sectores menos favorecidos de la sociedad. En este marco, el Instituto de Ciencias del Seguro de FUNDACIÓN MAPFRE promueve y desarrolla actividades educativas y de investigación en los campos del seguro y de la gerencia de riesgos.

En el área educativa, su actuación abarca la formación académica de postgrado y especialización, desarrollada en colaboración con la Universidad Pontificia de Salamanca, así como cursos y seminarios para profesionales, impartidos en España e Iberoamérica. Estas tareas se extienden hacia otros ámbitos geográficos mediante la colaboración con instituciones españolas e internacionales, así como a través de un programa de formación a través de Internet.

El Instituto promueve ayudas a la investigación en las áreas científicas del riesgo y del seguro y mantiene un Centro de Documentación especializado en seguros y gerencia de riesgos, que da soporte a sus actividades.

Asimismo, el Instituto promueve y elabora informes periódicos y publica libros sobre el seguro y la gerencia de riesgos, con objeto de contribuir a un mejor conocimiento de dichas materias. En algunos casos estas obras sirven como referencia para quienes se inician en el estudio o la práctica del seguro, y en otros, como fuentes de información para profundizar en materias específicas.

Dentro de estas actividades se encuadra la publicación de este libro, resultado de la “Ayuda a la investigación Riesgo y Seguro” que FUNDACIÓN MAPFRE concedió a su autor Fernando Carbajo Cascón en la convocatoria de 2008. El trabajo fue tutorizado por Rafael Estévez.

Desde hace unos años, Internet es el medio por el que se desarrollan mayoritariamente nuestras actividades, ofreciendo a los usuarios de todo el mundo la posibilidad de acceder a las mismas de una manera rápida y eficaz mediante soportes Web de última generación a través de www.fundacionmapfre.com\cienciasdelseguro

Fernando Carbajo Cascón es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, con premio extraordinario de doctorado. También cursó estudios de doctorado en la Universidad de Salzburg (Austria).

Desde el año 2002 es Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca y desde 1999, Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca.

Es autor de numerosas publicaciones en distintos ámbitos del Derecho Mercantil, fundamentalmente en el campo del Derecho de Sociedades, del Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y del Derecho de la Distribución Comercial. Asimismo forma parte de diversos proyectos de investigación y es miembro integrante y colaborador de dos grupos de investigación reconocidos de la Universidad de Salamanca.

AGRADECIMIENTOS

A mi mujer, Ana, y a mis hijos, Álvaro y Candela, por las muchas horas perdidas en la elaboración de este libro y otros trabajos.

A mis padres, por su fuerza y alegría, fuente de longevidad.

A Fundación Mapfre, por la ayuda prestada para el desarrollo de esta investigación y el trato siempre amable y cordial de sus profesionales.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA	1
1.1 Antecedentes: de los igualatorios médicos a las entidades de asistencia médico-farmacéutica	4
1.2 Evolución de la asistencia médica en régimen de igualatorios colectivos a la gestión de los servicios sanitarios privados en régimen de seguro	10
1.3 Situación actual: el seguro de asistencia sanitaria en un entorno liberalizador o desregulador	15
1.4 Panorama de Derecho Comparado	35
1.4.1 Los seguros de salud en Francia	36
1.4.2 Los seguros de enfermedad en Italia	37
1.4.3 Los seguros de salud en Portugal	38
1.4.4 Los distintos tipos de seguros de enfermedad en Alemania	39
1.4.5 El modelo estadounidense del “Managed Health Care”.....	42
CAPÍTULO 2. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y ESTRUCTURA CONTRACUAL DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA. EN PARTICULAR, NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DEL ASEGURADOR	45
2.1 Aproximación al estudio tipológico del seguro de asistencia sanitaria	48
2.2. El seguro de asistencia sanitaria en el sistema de los seguros privados: ¿submodalidad del seguro de enfermedad o tipo autónomo de seguro asistencial?	55
2.3 Delimitación del riesgo y del interés asegurados en el seguro de asistencia sanitaria	69

2.3.1	Riesgo e interés en la estructura jurídica del contrato de seguro	69
2.3.2	Riesgo e interés en la estructura del contrato de seguro de asistencia sanitaria	77
2.4	Naturaleza y contenido de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria	93
2.4.1	Naturaleza de la prestación de asistencia sanitaria: ¿indemnización o prestación de servicios?	93
2.4.2	Contenido y alcance de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria	107
2.4.2.1.	Organización, gestión y provisión por el asegurador de servicios de asistencia sanitaria ... idóneos y de calidad para garantizar la libertad de elección y la correcta ejecución	113
A)	Contenido y alcance de la obligación de cobertura asistencial	114
B)	Implementación de la infraestructura organizativa para la provisión de servicios sanitarios por el asegurador. Aspectos contractuales	122
2.4.2.2.	Prestación material de servicios sanitarios por facultativos y centros incluidos en el cuadro asistencial del asegurador	129
A)	La prestación material de servicios sanitarios como obligación de medios. Consecuencias del incumplimiento	129
B)	El principio de no intervención de la entidad aseguradora en los criterios y decisiones médicas de los profesionales y centros sanitarios de su cuadro asistencial	134
CAPÍTULO 3. INCUMPLIMIENTO, CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA		139
3.1	Incumplimiento de la garantía de acceso a los servicios sanitarios comprometidos en la póliza. Consideraciones sobre la aplicación del régimen relativo a la mora del asegurador (arts. 18 y 20 LCS)	140

3.2. Cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios por los profesionales y centros sanitarios incluidos en el cuadro asistencial del asegurador ¿Garantiza el asegurador la correcta ejecución de los servicios sanitarios? La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria por errores y negligencias en la prestación de servicios sanitarios. (Planteamiento)	147
3.3 La responsabilidad por daños de los asegurados derivados de errores y negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales o centros no integrados en el cuadro asistencial del asegurador de asistencia sanitaria	153
3.4 La responsabilidad por errores o negligencias médicas cometidas por profesionales y centros sanitarios del cuadro asistencial del asegurador integrados en su propia estructura empresarial	156
3.4.1 Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno	157
3.4.2 Responsabilidad contractual por actos de los auxiliares	158
3.4.3 Responsabilidad objetiva de los servicios sanitarios	160
3.5 La responsabilidad por errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y establecimientos independientes incluidos en el cuadro asistencial del asegurador	161
3.5.1 Examen de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo	163
A) Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno	163
B) Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad contractual de la entidad aseguradora por la mala prestación del servicio por parte de los centros y profesionales concertados	168
C) Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad objetiva de los servicios sanitarios en aplicación de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios	171
D) Últimas sentencias. Consolidación de la doctrina jurisprudencial y opción preferente por el criterio de la responsabilidad contractual	173
3.5.2 La mora del asegurador ante el cumplimiento defectuoso de la prestación de servicios sanitarios por los centros y profesionales incluidos en su cuadro médico	180

CAPÍTULO 4. A MODO DE EPÍLOGO: RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA POR ERRORES O NEGLIGENCIAS DE SU CUADRO MÉDICO-HOSPITALARIO INDEPENDIENTE	185
4.1 Naturaleza, alcance y contenido de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria. Causalidad e imputación objetiva del daño causado por la asistencia sanitaria	185
4.2 Sobre la imputación de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno al asegurador de asistencia sanitaria	193
4.3 Sobre la imputación de responsabilidad contractual por hecho ajeno al asegurador de asistencia sanitaria	196
4.4 Consideraciones de análisis económico	205
4.5 Consideraciones finales	207
 Referencias bibliográficas	 211
 Colección <i>Cuadernos de la Fundación</i> Instituto de Ciencias del Seguro	 219

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

El art. 41 de la Constitución Española de 1978 (CE), aunque dispone con carácter general que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, reconoce a continuación que “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Con ello permite el desarrollo de la actividad aseguradora en el campo de la previsión complementaria a las prestaciones propias de la seguridad social (cobertura frente a accidentes, enfermedades, dependencia, planes de pensiones...). Esta previsión constitucional es común al resto de los países de nuestro entorno, pero en España se ha desarrollado un modelo propio y peculiar de asistencia sanitaria en régimen, primero, de igualatorio médico, y luego de seguro privado prácticamente paralelo al sistema público de asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria.

En la normativa española sobre seguros privados, dentro de la categoría o grupo de los seguros de personas se regulan, con muy poca precisión técnica y confusa sistemática, junto a los seguros de vida, los seguros de accidentes, enfermedad y asistencia sanitaria en el *Título III de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro* (LCS). En concreto, el seguro de asistencia sanitaria se perfila en nuestro ordenamiento jurídico vigente como una modalidad o tipo concreto de seguro dentro de la subcategoría de los llamados seguros de enfermedad o seguros médicos en el art. 105 LCS. Así se refleja también en la clasificación de ramos de seguros establecida por la normativa pública o institucional de ordenación de los seguros privados, contenida actualmente en el *Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* (TRLOSSP).

A efectos sistemáticos hoy día es habitual incluir los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria junto a los seguros de accidentes, dentro de una amplísima categoría alegal de seguros de salud, pues las compañías del ramo accidentes y enfermedad suelen ofrecer las diferentes prestaciones correspondientes a cada tipo concreto de seguro, así como pólizas de carácter mixto donde se entremezclan coberturas propias de los seguros de enfermedad, de los seguros de asistencia sanitaria e incluso de los seguros de accidentes, ya que las fronteras entre ambas coberturas pueden ser inciertas

según los casos. Las que también operan en el ramo vida, ofrecen habitualmente pólizas mixtas de vida, enfermedad, asistencia sanitaria y accidentes.

El riesgo cubierto en los seguros de accidentes son las consecuencias derivadas de un accidente sufrido por el asegurado, mientras que el riesgo cubierto por los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria son las consecuencias derivadas de una enfermedad del asegurado, entendida como alteración del estado de salud normal u ordinario; no obstante, los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria cubren generalmente también las alteraciones en el estado de salud provocadas por un accidente. Dicho de otra forma, la alteración del estado de salud puede ser interna (por un evento natural del asegurado) o externa (por un accidente corporal sufrido por el asegurado). Por el contrario, los seguros de accidentes no cubren las consecuencias de una enfermedad; aunque, en ocasiones, el accidente puede venir provocado por una enfermedad (por ejemplo un infarto de miocardio). Las coberturas mixtas se pueden deber al interés del asegurado en obtener prestaciones distintas en caso de accidente, sobre todo por lo que se refiere a una cobertura inmediata (pues en los seguros de enfermedad son habituales los periodos de cadencia), y la obtención de cantidades superiores en concepto de rentas o capitales por los periodos de convalecencia o estados de invalidez temporal o definitiva consecuencia del accidente.

Frente a la práctica aseguradora de otros países de nuestro entorno geográfico y jurídico más próximo, donde el seguro de asistencia sanitaria prácticamente no existe, mientras que está fuertemente implantado en el tejido social y económico el seguro de enfermedad con prestaciones del asegurador en forma de sumas y reembolso de gastos médicos y farmacéuticos, en España ha predominado el seguro de asistencia sanitaria, por medio del cual una entidad aseguradora ofrece servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria al asegurado, sea a través de centros y personal propios del asegurador o sea recurriendo a la prestación de servicios concertados con profesionales y centros hospitalarios independientes.

De hecho, en España la asistencia sanitaria ofrecida por entidades privadas ha constituido tradicionalmente un complemento de la sanidad pública para amplios sectores de la población. Esta tendencia se vio incrementada en el último tercio del Siglo XX y principios del Siglo XXI, impulsada -como veremos a continuación- por diversos factores; entre ellos los endémicos retrasos, la creciente masificación y los problemas económicos del sistema público de salud, la tolerancia de los profesionales de la medicina y sus asociaciones para prestar servicios privados a través de entidades aseguradoras, así como los mayores niveles de renta de la población media que busca -en la mayoría de los casos- la alternativa privada en régimen de seguro que ofrece una asistencia rápida y personalizada, aunque en situaciones concretas pueda resultar inferior en prestaciones o en calidad.

Más aún, la sanidad privada ofrecida mediante la cobertura del seguro de asistencia sanitaria se emplea en muchas ocasiones, no como un mero complemento a la sanidad pública (seguro complementario), sino como una auténtica alternativa o régimen sustitutivo para mutualistas de entidades de previsión social (seguro sustitutivo), las cuales permiten elegir entre la asistencia sanitaria pública y la asistencia sanitaria privada ofrecida por compañías de seguros de salud concertadas. Así sucede particularmente con el colectivo de los funcionarios públicos, a través de la Mutualidad General de Funcionarios del Estado (MUFACE).

Los ciudadanos valoran especialmente la rapidez asistencial (sobre todo en enfermedades menores) evitando largas listas de espera y la posibilidad de elegir entre varios facultativos y centros (con la consiguiente personalización que ello conlleva en el trato al paciente por parte de los médicos, además de mayores comodidades en los ingresos hospitalarios)...Y todo ello a cambio de una contraprestación económica (prima) razonable, que les permite tener acceso inmediato a un número importante de servicios sanitarios de calidad sin tener que abonar el precio de mercado de los mismos. Así, frente al seguro de enfermedad, que exige un desembolso previo de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios por parte del asegurado (servicios que no todos los ciudadanos se pueden permitir pagar a su precio de mercado, incluso aunque luego sean reembolsables por las entidades aseguradoras), el seguro de asistencia sanitaria ofrece una asistencia sanitaria más o menos completa (en función de la prima abonada por el asegurado), rápida y de calidad, sin tener que realizar un desembolso previo y a un precio muy inferior al precio real o de mercado de esas prestaciones sanitarias. El ciudadano intercambia una prestación fija periódica por la posibilidad de acceso rápido a la asistencia sanitaria ofrecida por la empresa aseguradora.

Esta particular característica del sistema de salud español, muy diferente del resto de países de nuestro entorno más próximo, tiene una explicación histórica muy clara: la evolución de las tradicionales igualas médicas individuales; primero hacia las entidades o igualatorios de asistencia sanitaria en forma de sociedad mercantil o asociación, que se reconvirtieron más tarde -por imperativo legal- en compañías de seguros.

La asistencia sanitaria privada -en régimen de igualatorio médico y luego de seguro de asistencia sanitaria- está sumamente arraigada en el tejido social español, como complemento o alternativa del -primero tardío, luego deficiente y más tarde ineficiente- sistema público de salud; circunstancia ésta que sirve para explicar la posterior regulación de los seguros de salud, y en particular del muy peculiar seguro de asistencia sanitaria en la LCS.

Como veremos a lo largo de este trabajo, el origen y evolución histórica de la asistencia sanitaria privada -de los igualatorios médicos a las entidades de seguro de asistencia sanitaria- influye en la posterior regulación del seguro de asistencia sanitaria dentro del ordenamiento español de seguros por la LCS; y también en las resoluciones judiciales que abordan problemas concretos de

régimen jurídico huérfanos de regulación en la normativa sobre seguros. De ahí la importancia de conocer los antecedentes históricos para interpretar correctamente la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria como subtipo o modalidad del seguro de enfermedad en el art. 105 LCS. Y también para comprender el porqué del problema planteado en la práctica aseguradora española que es objeto de nuestro estudio: **la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los errores o negligencias cometidos por los profesionales y centros incluidos en sus cuadros médicos en perjuicio de sus asegurados**. Problema, por cierto, que tiene mucho que ver con los orígenes y la evolución de este particular tipo de seguro en España, influyendo también de manera decisiva el análisis histórico en las soluciones adoptadas por los Tribunales españoles.

1.1. Antecedentes: de los igualatorios médicos a las entidades de asistencia médico-farmacéutica

El origen o antecedente histórico de los actuales seguros de asistencia sanitaria se sitúa en las “iguales médicas” del Siglo XIX y principios del Siglo XX, por las que un profesional de la medicina y, más tarde, un conjunto de profesionales agrupados en una entidad, ofrecían asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica regular a cambio de una cuota periódica conocida como “igualada”.

Los médicos y los igualatorios médicos ofrecían la prestación directa de servicios de medicina y cirugía, así como -de manera complementaria- el suministro de fármacos a los suscriptores o “igualados” y a sus familiares, concertándose dicha relación por medio de un contrato de arrendamiento de servicios; de servicios sanitarios entendidos en sentido amplio.

Los igualatorios médico-quirúrgico-farmacéuticos se constituyeron a principios del Siglo XX como agrupaciones de profesionales de la medicina que ofrecían servicios sanitarios a sus suscriptores por medio de una entidad de asistencia sanitaria. Por condicionamientos propios de la época, se rechazó el carácter mercantil de estas entidades de profesionales de la medicina. La vida y la salud no se concebían como bienes económicos en sentido jurídico ni, por tanto, podían ser objeto de cambio. Y ello porque las profesiones de medicina y farmacia, reguladas en cuanto a su capacidad técnica y ejercicio por leyes y reglamentos especiales, quedaban excluidas del principio general de libre ejercicio del comercio; y además porque la prestación de servicios sanitarios quedaba muy alejada del concepto tradicional de acto de comercio o acto mercantil, que pensaba en la mediación entre productor y consumidor para facilitar la circulación de bienes. Por eso no se permitía a las entidades de asistencia sanitaria que practicaban la igualada colectiva adoptar la forma jurídica de sociedades mercantiles, de manera que ejercían su actividad en forma de

sociedades civiles y de asociaciones o cooperativas (en función de si tenían o no ánimo de lucro)¹.

Así pues, en esta primera época las entidades de asistencia sanitaria respondían al modelo primario de prestación colectiva de asistencia sanitaria por parte de los profesionales agrupados en el igualatorio al grupo o colectivo de personas que, como suscriptores, formaban parte de dicho igualatorio. Quedaba descartada de antemano la aplicación a estas operaciones de iguala colectiva de la normativa sobre seguros privados, contenida por aquel entonces en los arts. 1791 y ss. CC y en la *Ley de 14 de mayo de 1908 de Registro e Inspección de Empresas de Seguros y su Reglamento de desarrollo 2 de febrero de 1912*², por la que se sometía por primera vez la actividad aseguradora a la vigilancia y control de la Administración. En consecuencia, sólo resultaban aplicables a estas entidades de asistencia médico-farmacéuticas o igualatorios médicos las normas del Código Civil sobre sociedades civiles (arts. 1665 y ss. CC, para disciplinar las relaciones entre los profesionales agrupados en la entidad) y sobre el contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 y ss. CC, para regular las relaciones entre el igualatorio y los igualados)³.

La *Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de febrero de 1915* plasma perfectamente esta consideración no mercantil y, en particular, no asegurativa de las primeras entidades de asistencia sanitaria en forma de igualatorios médicos, señalando que el objeto de su actividad consiste únicamente en la prestación de servicios sanitarios en régimen de arrendamiento de servicios; en ningún caso, la del seguro.

Consideraba el Alto Tribunal en la referida Sentencia⁴ que *“los reglamentos o estatutos de los llamados igualatorios que consignan mutuos derechos y obligaciones, revelan con toda claridad que su principal objeto responde a la prestación de servicios médicos y al suministro de productos farmacéuticos a los igualados o suscriptores y a sus familiares siquiera realicen además otros actos como el de darles ciertos socorros en caso de enfermedad y costear el entierro, figurando al frente de la mayoría de aquellos médicos o farmacéuticos*

¹ Cfr., Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 1 de agosto de 1922. Vid. M^a del Carmen NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria. Intervención y Liberalización*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho Público “García Oviedo”, Madrid-Barcelona, 1999, pgs. 21-23.

² El art. 10 de este Reglamento de 1912 disponía que las compañías, sociedades y asociaciones de seguros no podían ejercer otra industria que la que constituyese su objeto social, ni dedicarse a especulación alguna que no tuviese por fin directo la inversión de los fondos sociales, no incluyéndose entre las actividades propias del seguro la prestación de servicios sanitarios.

³ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 22 y 26 y ss.

⁴ La doctrina de esta primera sentencia de 27 de febrero de 1915 fue reiterada en otras resoluciones posteriores; cfr., *SSTS de 18 de octubre de 1915, 15 de enero de 1916 y 18 de enero de 1918*.

que en unión de otros asisten a la clientela, y el contrato que se origina en la expresada prestación, nota característica de los igualatorios, no es otro que el de arrendamiento de servicios, toda vez que el principal concertado se refiere a la asistencia médica y como complemento de ella el suministro de medicamentos para cada uno de los enfermos...(..)

(...) no desnaturaliza aquel concepto jurídico de contrato la circunstancia de que pueden ser varios los médicos o farmacéuticos que secundando la acción y dirección de uno de ellos realizan la mencionada prestación, no sólo porque la pluralidad de tales facultativos responda a la conveniencia de especializar los servicios médicos, sino a causa de necesidad notoria, singularmente en las grandes poblaciones, de que varios alternen en la prestación del servicio siquiera no puedan ser siempre y en todo caso los mismos que asistan o evacuen las consultas, y claro es que con ello queda dicho que si tales igualatorios no fueren regidos o dirigidos por médicos y farmacéuticos, la intervención de tercera persona no facultativa concertando la asistencia de esta índole, ello representaría como consecuencia indeclinable la asistencia de otra industria o contrato, y que ya no podría tratarse del de arrendamiento de servicios, pues faltarían las características del mismo que establece el artículo 1544 del Código Civil, aunque tampoco proceda su calificación como de seguro (...)

(...) La iguala médica, encaminada a satisfacer una necesidad prevista, cuando ello surja, no puede equipararse, bajo ningún concepto, al contrato de seguro, definido por el artículo 438 del Código de Comercio, ni ser comprendido entre los que menciona la ley de 1908, porque ni la previsión se engendra en orden al caso fortuito ni la inspira el propósito de obtener una cantidad de dinero mediante la acumulación de cuotas, para atender la subsistencia individual o como ayuda al propio fin que supla o acreciente los productos del trabajo, sino que encamina a algo que en cierto modo o sentido puede considerarse como primordial en cuanto tiende a mantener vivo el organismo humano y a conservar al individuo en aptitud física para realizar su trabajo; y ello no es ni puede ser contrato de seguro, ni llamar a asegurador al facultativo que presta servicio peculiar de su profesión y nada asegura, ni asegurado al enfermo, porque su dolencia sea atendida científicamente sin otro resultado cierto que la asistencia de ella”.

En definitiva, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Registro e Inspección de Empresas de Seguros, de 2 de febrero de 1912, el Tribunal Supremo descarta la calificación de los servicios médicos prestados por los igualatorios como operaciones de seguro, atendiendo así a las consideraciones sociológicas de la época, a las que repugnaba la mera idea de que la vida y la salud pudieran ser objeto de comercio. Por eso se excluía radicalmente la posibilidad de que interviniera una tercera persona o entidad “no facultativa” en la organización de la prestación de servicios sanitarios. La asistencia sanitaria debía ser prestada individual o colectivamente -a través de igualatorios en forma de sociedades civiles, asociaciones o cooperativas- por profesionales de

la medicina o la farmacia en régimen de arrendamiento de servicios⁵. Además, la prestación de servicios sanitarios no coincidía con el concepto de seguro contenido en el Código de Comercio, que incluía solamente los seguros de daños sobre cosas con función indemnizatoria y el seguro de vida como seguro de capitalización o ahorro, aunque el art. 438 Ccom. señalaba que podría ser asimismo objeto del contrato de seguro mercantil cualquiera otra clase de riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales...

Fueron, por tanto, fundamentalmente consideraciones ideológicas que alejaban la medicina de las actividades comerciales, las que justificaron la exclusión de las actividades de los igualatorios del campo del seguro en esta primera época. Aunque materialmente ya se podía apreciar una evidente proximidad entre las actividades asistenciales de los igualatorios médicos y las actividades propias de las entidades de seguros. De hecho, el art. 11 del Reglamento de 2 de febrero de 1912 disponía que la prohibición para las compañías aseguradoras de ejercer actividades diferentes de las del seguro, no impedirá que, cuando contraigan en virtud de sus contratos la responsabilidad de pagar indemnizaciones en caso de enfermedad o muerte de sus asegurados, *establezcan a su costa servicios facultativos que procuren la más pronta y completa curación de los mismos en caso de enfermedad*; de manera que se admitía el ofrecimiento de prestaciones de servicios sanitarios como actividades complementarias del seguro de enfermedad, pero no en régimen de seguro, sino de arrendamiento de servicios complementarios al seguro de sumas en que consiste en esencia el seguro de enfermedad⁶. En sentido contrario, las entidades de asistencia sanitaria en forma de igualatorio médico - cuya actividad quedaba sujeta al régimen simple de arrendamiento de servicios- se consideraban sometidas a las normas públicas o de intervención de los seguros privados introducidas por la Ley de 14 de mayo de 1908, cuando, de manera complementaria o adicional, *ofrecieran a sus igualados indemnizaciones o sumas en metálico por causa de enfermedad o para hacer frente a los gastos de entierro*⁷.

Se producía así un solapamiento entre las actividades propias del seguro de enfermedad y la prestación de servicios de asistencia sanitaria; tanto por las compañías de seguros que ofrecían servicios de asistencia sanitaria, como por las entidades de asistencia sanitaria (igualatorios) que brindaban adicionalmente seguros de enfermedad o de decesos. Solapamiento que

⁵ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 26-30. Vid. también, ampliamente, en Miquel MARTÍN CASALS, Jordi RIBOT IGUALADA y Josep SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos de SEAIDA, noviembre de 2006, pgs. 7-9. Las ideas clave de este trabajo se pueden encontrar también en el trabajo de Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas*, Revista Española de Seguros, RES, nº 128, 2006, pgs. 803 y ss.

⁶ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 22 y 27.

⁷ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 28.

anunciaba ya el posterior reconocimiento de los servicios de asistencia sanitaria como actividades u operaciones de seguro propiamente dichas. Y es que, realmente, en la prestación de servicios sanitarios a cambio de una prima o cuota periódica, concurren los elementos de incertidumbre o azar propios del riesgo en el carácter fortuito o aleatorio de la enfermedad, cuya concreción o siniestro produce una necesidad pecuniaria que justifica la prestación indemnizatoria del asegurador. El carácter aleatorio de la relación jurídica está presente, en tanto en cuanto se abona esa cuota sin conocer siquiera si será necesario o en qué momento puede ser necesario recurrir a los servicios sanitarios ofrecidos por la entidad; y sin conocer si el coste de la asistencia médico-quirúrgica-farmacéutica será superior o inferior al montante de las cuotas periódicas satisfechas por el cliente o igualado⁸.

Esa proximidad material entre la asistencia sanitaria prestada por los igualatorios médicos y las operaciones típicas de los seguros -que sirvió a la doctrina para entrever en la asistencia sanitaria una prestación en especie del seguro de enfermedad⁹-, se dejó sentir en la normativa posterior de supervisión de las entidades de asistencia sanitaria¹⁰.

La primera regulación intervencionista de las entidades de asistencia sanitaria en forma de igualatorios médicos, tuvo lugar por medio de la *Real Orden de 31 de marzo de 1925 por la que se crea la Comisaría Sanitaria*, dependiente de la Dirección General de Sanidad en el Ministerio de la Gobernación. El objetivo era garantizar una correcta prestación de los servicios de asistencia sanitaria ofrecidos y prestados por estas entidades, supervisando la organización de tales servicios y la retribución del personal facultativo. La supervisión y control de estas entidades tenía su razón de ser, en primer lugar, por la importancia de los bienes en juego (la vida y la salud), y en segundo lugar, por la notable implantación de estas entidades en forma de igualatorio médico en el tejido social español, hasta el punto de que se vieron como un complemento asistencial paralelo al incipiente seguro obligatorio de enfermedad.

Se ha señalado que con esta reglamentación se empezaron a sentar las bases para la posterior y tardía configuración de la actividad desarrollada por las entidades como operación genuina de seguro¹¹. *El Reglamento de la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica, aprobado por la Orden de 12 de abril de 1941*, dio un paso más en esa dirección, permitiendo la constitución de sociedades mercantiles para el desarrollo de las actividades de prestación de servicios de asistencia médico-farmacéutica a cambio de una cuota, sin

⁸ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 28 y 31.

⁹ Cfr., Álvaro LÓPEZ NÚÑEZ, *Lecciones elementales de Previsión*, Madrid, 1913, pgs. 99 y ss.

¹⁰ Vid. nuevamente NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 28; y también MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 10.

¹¹ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 31 y ss.

necesidad de tener que desarrollar al mismo tiempo operaciones propias del seguro de enfermedad¹². Posteriormente, la *Ley de Mutualidades de Previsión Social, de 6 de diciembre de 1941*, se ocupó de regular las organizaciones dedicadas a la previsión del seguro social de carácter privado, y el art. 12 del Reglamento de desarrollo de 1943 incluyó dentro de esas organizaciones a las mutualidades e igualatorios que tuviesen por objeto el seguro de enfermedad, tanto si lo practicaban combinado con el de defunción como si consistía en facilitar a los beneficiarios subsidios económicos o asistencia facultativa, cualquiera que fuese su extensión o consistiera en ambas clases de prestaciones¹³.

En definitiva, en la normativa de control y supervisión de los igualatorios médicos, concebidos como entidades de asistencia sanitaria, se aprecia ya la proximidad en el tratamiento de estas entidades con las compañías de seguros; aunque la intervención se limitaba a garantizar al adecuado tratamiento médico y farmacéutico a los igualados y controlar las relaciones entre los igualatorios y sus facultativos, pero sin incluir medidas de intervención y supervisión financiera propias del sector asegurador¹⁴. Se ha apuntado, en este sentido, que el interés público por salvaguardar los derechos de los suscriptores de igualas colectivas se explica desde la exclusión de estas entidades de asistencia sanitaria del sector de los seguros por parte de la Ley de 14 de mayo de 1908, lo que motivó la creación de un organismo de intervención *ad hoc* que ejerciera funciones de supervisión dentro de la Dirección General de Sanidad para suplir en el sector de la asistencia sanitaria la labor realizada por la Inspección de Seguros en sectores próximos como los seguros de enfermedad¹⁵; todo lo cual demostraría que “*en la mens legislatoris anidaba la implícita consideración de la actividad como operación de seguro*” y que las normas públicas de intervención de las entidades de asistencia sanitaria “*se inscribieron en el contexto de las medidas preparatorias para la implantación del seguro de enfermedad...*”¹⁶.

¹² Como se ha visto, hasta esa fecha la doctrina emanada de la DGRN de 1 de agosto de 1922 rechazaba la posibilidad de que las entidades de asistencia sanitaria en forma de igualatorios médicos adoptaran formas jurídico-mercantiles, aunque sí que se admitía que las compañías de seguros de enfermedad en forma de sociedad anónima o mutua ofrecieran también a sus asegurados servicios de asistencia sanitaria.

¹³ Para NÚÑEZ LOZANO, se reconocía así implícitamente que la actividad realizada por las entidades de asistencia sanitaria constituía una operación de seguro. Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 50.

¹⁴ Vid. el panorama normativo completo de la época en NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 30-55.

¹⁵ No puede olvidarse que se permitía a las compañías de seguros de enfermedad prestar servicios de asistencia sanitaria con carácter complementario, así como a las entidades de asistencia sanitaria en forma de iguala colectiva ofrecer adicionalmente coberturas de sumas para caso de enfermedad y gastos de entierro.

¹⁶ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 97 y 99.

1.2. Evolución: de la asistencia médica en régimen de igualatorios colectivos a la gestión de los servicios sanitarios privados en régimen de seguro

El salto definitivo de las actividades de asistencia sanitaria al sector asegurador se produjo como consecuencia de la expansión y alto grado de implantación de los igualatorios colectivos en todo el país, motivada a su vez por la deficiente situación de la sanidad pública¹⁷. Se ha dicho al respecto que una de las causas que explican la singularidad y expansión del seguro sanitario privado en España es la tardía aparición histórica y lenta expansión social de la Seguridad Social¹⁸.

Realmente, el fenómeno de los igualatorios médicos y su arraigo en la sociedad española sirve, de un lado, para explicar la lenta organización del sistema público de salud, y de otro, para aclarar el carácter complementario -y en ocasiones alternativo- que la sanidad privada en forma de seguro de asistencia sanitaria tiene respecto al régimen general de Seguridad Social. El retraso en la implantación del régimen de Seguridad Social en nuestro país se debió, en medida no desdeñable, a la extensión de los igualatorios médicos por todo el territorio nacional, que permitía acceder a la asistencia sanitaria a amplias capas de la población. Partiendo de esa realidad, la creciente intervención y supervisión pública de las entidades de asistencia sanitaria con la finalidad de garantizar la correcta prestación de servicios sanitarios a millares de ciudadanos, fue paralela a la progresiva implantación del seguro obligatorio de enfermedad. De modo que el tejido asistencial privado representado por las entidades privadas de asistencia sanitaria ejerció primero como sustitutivo y luego como complemento al sistema público de salud, máxime cuando, por un parte, éstas podían ofrecer servicios de diagnóstico y tratamiento que el seguro obligatorio de enfermedad no podía proporcionar a todos los ciudadanos, ya que estaban excluidos del mismo aquellos cuyos ingresos o rentas superaran unos niveles mínimos predeterminados, y por otra parte, el Estado necesitaba -y aún lo sigue necesitando- recurrir a los centros e instalaciones de las entidades de asistencia sanitaria privada, mediante la celebración de conciertos, para poder atender sus obligaciones con el conjunto de los ciudadanos¹⁹.

Estas circunstancias motivaron, a partir de la década de 1950, un considerable crecimiento en el número de entidades privadas -lucrativas y no lucrativas- que ofrecían servicios de asistencia médico-quirúrgica y farmacéutica. Y esa

¹⁷ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 10.

¹⁸ Javier HERNÁNDEZ PASCUAL, *Mercado y regulación administrativa en el seguro sanitario privado*, en AA.VV., "Reforma sanitaria e incentivos", IX Jornadas de Economía de la Salud, Barcelona, 1990, pgs. 156-157.

¹⁹ Vid. ampliamente, una vez más, en NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 99 y ss.

expansión provocó, a su vez, la definitiva adscripción de estas actividades al campo de los seguros privados, una vez reafirmada la percepción -implícita en muchas ocasiones en la regulación pública de las entidades de asistencia sanitaria en el primer tercio del Siglo XX- de que estas entidades de asistencia sanitaria realizaban una importante labor complementaria al sistema público de salud en la prestación de servicios médicos a la población.

La *Ley de 16 de diciembre de 1954, de Ordenación de los Seguros Privados*, que derogó la Ley de 14 de mayo de 1908, incluyó la prestación de servicios de asistencia médico-farmacéutica dentro de las actividades susceptibles de ser objeto de la actividad aseguradora. Se sancionó así por primera vez en nuestro país el ramo de asistencia sanitaria dentro de la práctica aseguradora, introduciendo una peculiaridad propia del ordenamiento español de seguros, frente a otros de nuestro entorno, que continúa hasta nuestros días. De tal forma, las sociedades anónimas y las mutuas de seguros pudieron, a partir de esa fecha, ofrecer y practicar seguros de asistencia sanitaria conjunta o separadamente del seguro de enfermedad propiamente dicho, sometiéndose a la autorización previa concedida por el Ministerio de Hacienda y al estricto régimen de intervención de la Administración común para todas las compañías de seguros, aplicándose también normativa propia o específica para las entidades de asistencia sanitaria por razón de su actividad propiamente asistencial en materia sanitaria²⁰.

Esa normativa especial de las entidades de asistencia sanitaria comenzó con la *Orden de 7 de mayo de 1957 del Ministerio de la Gobernación, por la que se aprobó el Reglamento de la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica*, aplicándose por igual a las entidades de seguros de asistencia sanitaria y a las entidades no aseguradoras de asistencia sanitaria²¹. Esta Orden Ministerial de 1957, junto a la posterior y complementaria *Orden de Presidencia de 20 de marzo de 1959*, constituyeron durante muchos años la reglamentación básica de las entidades de asistencia sanitaria²², estableciendo las reglas para coordinar las relaciones entre el sector de los seguros y de la previsión social en general y el sector de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria en

²⁰ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 56.

²¹ El art. 3 de la Orden de 1957 incluye entre las entidades de asistencia sanitaria a las compañías aseguradoras (sociedades anónimas y mutuas de seguros), las mutualidades de previsión social y, en general, los servicios asistenciales organizados por empresas, mercantiles o industriales, o por Organismos oficiales o Corporaciones a favor de sus empleados, obreros, funcionarios y sus familiares, así como todas aquellas asociaciones o servicios que de una manera expresa quedan exceptuadas de las disposiciones de las Leyes de 6 de diciembre de 1941 y 16 de diciembre de 1954; esto es, del Reglamento de la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica que permitió la constitución de sociedades mercantiles para prestar servicios de asistencia sanitaria y de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados que incluyó tales servicios como un ramo específico del seguro que podía ser explotado por sociedades anónimas y mutuas de seguros.

²² Esta Orden Ministerial, completada con la Orden de 20 de marzo de 1959, estuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995.

particular, y delimitando las competencias de las autoridades de supervisión en materia de seguros (la Inspección de Seguros) y las de las autoridades de control de las entidades de asistencia sanitaria (la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica).

Desde la perspectiva aseguradora, mediante la Orden de 20 de marzo de 1959, se distinguieron con claridad las coberturas aseguradoras para los riesgos de enfermedad, de asistencia sanitaria o de ambos conjuntamente; a saber: a) la entrega de un subsidio diario en metálico al asegurado, por los días de duración de la enfermedad; b) la entrega al asegurado o a sus beneficiarios de un subsidio único e independiente de los del apartado anterior, en los casos de parto, intervención quirúrgica, invalidez total o permanente o defunción; c) la prestación de servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos e internamientos en clínicas y hospitales²³.

En el terreno de la operativa asistencial, el Reglamento aprobado por la Orden de 7 de mayo de 1957 procedió a la clasificación de los servicios prestados por las entidades de asistencia sanitaria, distinguiendo a tales fines en su art. 12 entre servicios completos o limitados prestados con médicos y centros propios de la entidad y servicios completos o limitados prestados con libre elección de facultativos y centros por el asegurado. En estos últimos, *“...las entidades aseguradoras no tendrán establecido cuadro facultativo propio, pudiendo tener acceso al ejercicio profesional en las mismas cuantos facultativos lo deseen, para lo cual, en cada Colegio provincial respectivo, se confeccionará la correspondiente lista, en las que figuren inscritos todos los colegiados que estén dispuestos a prestar este tipo de asistencia colectiva, de acuerdo con el concierto estipulado entre las propias entidades y los Colegios profesionales”*.

Así, con la nueva reglamentación, los servicios de asistencia sanitaria podían ser prestados directamente por facultativos integrados en igualatorios médicos (independientemente de su forma jurídica concreta), o bien por sociedades y mutuas de seguros, por mutualidades de previsión social o cualesquiera otras organizaciones de carácter asociativo o cooperativo; ya por medio de personal facultativo propio en régimen laboral (médicos propios), o ya recurriendo a facultativos ajenos a la entidad concertados previamente con ésta mediante un contrato de arrendamiento de servicios. Aunque era ya evidente la tendencia a desplazar la prestación de la asistencia sanitaria casi en exclusiva hacia el sector asegurador.

Tiempo después la *Orden de 14 de enero de 1964* completó el panorama normativo, regulando las relaciones contractuales civiles de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria con el personal médico no vinculado por relación laboral, por medio de la cual se instauró el sistema de pago por acto

²³ Además, en el plano supervisor de los seguros privados, la misma Orden de 20 de marzo de 1959 obligó a las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria a constituir reservas técnicas de riesgos en la forma y cuantía establecidas por la normativa sobre seguros, además de constituir otra reserva independiente para indemnizaciones y siniestros pendientes de liquidación o pago, incluyendo el coste aproximado de los servicios asistenciales.

médico a los facultativos ajenos a la entidad, junto al más tradicional pago capitativo o tanto fijo por asegurado familiar e individual propio de las antiguas entidades de asistencia sanitaria en forma de igualatorios médicos²⁴.

La conversión de las entidades de asistencia sanitaria en compañías aseguradoras les forzó a someter todos sus cálculos a la técnica actuarial, lo que obligó a ajustar el cuántum de las primas al coste de los elementos materiales utilizados para la prestación de los servicios y a las retribuciones legalmente fijadas de los facultativos. En el marco de intervención propio de la época, se fijaron las primas mínimas que las entidades de asistencia sanitaria debían percibir de sus afiliados, en función del tipo de póliza suscrito en cada caso, por medio de la *Orden del Ministerio de Gobernación de 8 de mayo de 1964*, en la que, además, se consagra el modelo de servicios de asistencia por libre elección de facultativos, que son “*los prestados por entidades que carecen de cuadro facultativo propio y que ofrecen a sus afiliados la libre elección de facultativos y a éstos el pago de honorarios por acto profesional*” (apartado IV); y contempla también la posibilidad de que las pólizas no garanticen la cobertura de la totalidad de los honorarios facultativos, debiendo contribuir el usuario al pago de los mismos mediante el abono de un ticket en todas y cada una de las asistencias facultativas.

Más tarde, la *Orden de 8 de abril de 1969* abundó en la supervisión de las entidades de asistencia sanitaria en cuanto empresas de seguros, en particular en lo relativo al procedimiento a seguir para la aprobación del contenido de las pólizas de seguros y en las tarifas, incluyendo la modalidad de participación del asegurado en el coste de los servicios que utilice, definiendo sobre nuevas bases la intervención de las autoridades de seguros y las sanitarias sobre tales entidades, partiendo del carácter principal de la normativa sobre seguros - reafirmando así la condición de empresas aseguradoras de las entidades de asistencia sanitaria- al que se suma, como normativa complementaria la de intervención sanitaria. Luego, la *Orden de 10 abril de 1969* reguló con detalle las pólizas de asistencia sanitaria, estableciendo unas condiciones generales uniformes para los contratos de seguro, restringiendo así la libertad de contratación por razones de interés público relacionados con el bien jurídico implicado en las actividades de asistencia sanitaria (la salud y la propia vida)²⁵.

²⁴ Vid. al respecto, NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 58 y ss. También Ricardo De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *“La Responsabilidad Civil y su problemática actual”*, Dykinson, Madrid, 2008, pgs. 137-139.

²⁵ La *STS de 6 de abril de 1979* avaló la intervención pública en la redacción de las condiciones generales tipo de las pólizas de asistencia sanitaria, al entender que en esta modalidad de seguro concurrían razones de interés público para regular el condicionado de las pólizas sustrayéndolo a la voluntad de los contratantes, por lo que debían prevalecer las condiciones fijadas reglamentariamente sobre las condiciones particulares pactadas entre las partes en el contrato de seguro.

La normativa reglamentaria expuesta en las anteriores líneas no hizo sino reflejar normativamente el nuevo modelo de asistencia sanitaria privada perfeccionado en la España de los años 50 y 60 del Siglo XX, fruto de la evolución de los antiguos igualatorios hacia un modelo comercial asegurativo. La asistencia sanitaria se subsume gradualmente en el sector asegurador, ofreciendo a sus asegurados dos formas o modalidades de prestación de servicios asistenciales: la asistencia en centros y con facultativos propios de la entidad y -en la mayoría de los casos- la asistencia en centros y con facultativos ajenos a la entidad en régimen de libre elección por el asegurado y pago del acto médico por parte de la entidad aseguradora. Ambas modalidades coexisten en la práctica aseguradora de los años siguientes y se mantienen en la actualidad, ofreciéndose incluso conjuntamente al asegurado la posibilidad de acudir a personal propio del asegurador o a personal ajeno concertado con aquel mediante contratos de arrendamiento de servicios a favor de terceros, así como de recurrir a centros clínicos y hospitalarios propios del asegurador o a centros concertados ajenos a su estructura empresarial.

La normativa reglamentaria identificaba como obligación del asegurador, la prestación al asegurado de los servicios médicos detallados en la póliza. En concreto, la anteriormente citada Orden de 10 de abril de 1969 por la que se establecieron las condiciones generales uniformes para las pólizas de asistencia sanitaria, señalaba en su art. 2º.1 que: *“En virtud de la póliza de Seguro de Asistencia Sanitaria, la Entidad aseguradora se compromete a prestar al asegurado los servicios que se detallan en las condiciones particulares (médico-quirúrgicos, farmacéuticos o internamiento en clínicas y centros asistenciales), de acuerdo con las tarifas de primas que hayan sido aprobados a dicha entidad (...) En ningún caso podrán concederse indemnizaciones optativas en metálico en sustitución de la prestación de servicio de asistencia sanitaria”*.

Así pues, la descripción de las actividades de asistencia sanitaria prestadas tradicionalmente por los igualatorios médicos se trasladó al lenguaje asegurador, señalando la obligación del asegurador de prestar servicios de asistencia sanitaria, sin distinguir entre las diferentes modalidades o formas en que la entidad aseguradora lleva a cabo esa actividad en la práctica. Es obvio, en este sentido, que la entidad aseguradora se obliga a prestar directamente los servicios sanitarios descritos en la póliza cuando utiliza sus propios facultativos y centros. Sin embargo, no queda claro cuál es el alcance real de la obligación que asume el asegurador cuando éste “presta” (o pone a disposición) los servicios de asistencia sanitaria a sus asegurados mediante facultativos y centros ajenos a su organización o estructura empresarial en régimen de libre elección y asumiendo el coste de los mismos de forma íntegra o compartida con el usuario. En todo caso, de la normativa de intervención, tanto de las autoridades de inspección de seguros como de las autoridades de supervisión sanitaria, parece desprenderse la consideración de que la entidad aseguradora de asistencia sanitaria se hace responsable en todo caso de la correcta prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos comprometidos en la póliza concertada con el asegurado. Esta consideración

neutra de la actividad aseguradora en el ramo de asistencia sanitaria influyó decisivamente más tarde en la redacción del art. 105 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a pesar de que ésta se dicta ya en un marco de liberalización de la intervención sanitaria, causando años más tarde -por la falta de precisión en la descripción de las operaciones de seguro propias de este ramo y en el régimen jurídico aplicable- graves problemas de interpretación sobre el alcance real de la obligación asumida por el asegurador en cada caso.

1.3. Situación actual: el seguro de asistencia sanitaria en un entorno liberalizador o desregulador

En los años 70 del Siglo XX comenzó a cuestionarse el estricto modelo de intervención administrativa de los seguros privados establecido a partir de la Ley de Ordenación y Supervisión de 1954; más férreo aún en el campo de los seguros de asistencia sanitaria, donde -como hemos visto- confluyen la intervención o supervisión de las autoridades aseguradoras y la intervención o control de las autoridades sanitarias, por razón de su actividad, al estar en juego la salud de los ciudadanos, y partiendo de que la salud constituye un bien en sí mismo considerado, de interés general, que merece una atención específica por parte de la Administración²⁶.

La *Ley 50/1980 de Contrato de Seguro* (LCS) cambió el paradigma regulador o intervencionista, por un nuevo paradigma liberalizador o, más correctamente, desregulador, sustituyendo el control *ex ante* de la Administración -que llega a fijar, incluso, las condiciones generales de las pólizas de seguro y el *quántum* de las primas- por un más moderno control *ex post*, en la línea de los países integrados en la Comunidad Económica Europea. Así, las distintas modalidades de seguro pasan a regirse por la LCS, cuyos preceptos -declarati- tienen carácter imperativo, salvo que se disponga otra cosa, resultando no obstante válidas y de aplicación preferente a los preceptos legales las cláusulas contractuales que resulten más beneficiosas para el asegurado (art. 2 LCS). Y se abandona el control *a priori* de los clausulados de las pólizas de seguro por el autocontrol o autorregulación de las propias empresas aseguradoras y el control *a posteriori* de la Administración, disponiendo al efecto que las condiciones generales en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados y que las condiciones generales y particulares deberán redactarse de forma clara y precisa, destacándose especialmente las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán aceptarse específicamente por escrito, quedando sometidos los clausulados contractuales a la vigilancia de la Administración pública en los términos previstos en la Ley y al control de los Tribunales de Justicia, de modo que si fuera declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales, la Administración competente obligará a todos

²⁶ Vid. el nuevo panorama normativo en NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 66 y ss. y 122 y ss.

los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas (art. 3 LCS).

El carácter imperativo de las normas sobre contratos de seguro, junto a la reserva que supone la aplicación de cláusulas más beneficiosas para el asegurado, sustituye la intervención pública en el control de las condiciones generales de los contratos. La supervisión administrativa continúa, no obstante, mediante el control de solvencia de las entidades aseguradoras, pues sólo así puede garantizarse la correcta ejecución de las coberturas comprometidas por los aseguradores y la consiguiente satisfacción de los intereses de los asegurados.

Fuera de la supervisión técnica y financiera, con la promulgación de la LCS de 1980, que disciplina reglas generales aplicables a todos los contratos de seguro y normas específicas para modalidades típicas de seguro, deja de ser necesario regular tipos concretos de seguro mediante disposiciones reglamentarias de orden administrativo²⁷. El seguro de asistencia sanitaria queda también incluido en ese clima liberalizador, aunque la *Resolución de la Dirección General de Seguros de 13 de abril de 1981* adaptó las condiciones generales de las pólizas de asistencia sanitaria a la LCS²⁸, si bien -a diferencia de las condiciones generales previstas en la Orden de 10 de abril de 1969, que constituían derecho imperativo- introdujo el carácter voluntario de las nuevas condiciones generales, siendo su único objetivo facilitar a las aseguradoras la adaptación de los contratos de seguro de asistencia sanitaria a la nueva normativa sobre contrato de seguro introducida con la LCS 1980²⁹. Asimismo, el art. 105 LCS, tras definir el seguro de asistencia sanitaria como aquel por el que el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, señala expresamente en su inciso final que *“la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”*.

Seguramente, el legislador de 1980 estaba pensando en la reglamentación de carácter sanitario acorde con la peculiar naturaleza de la cobertura asistencial ofrecida por el asegurador en este tipo de seguros, influido claramente por el régimen jurídico de intervención mixta asegurativa-sanitaria establecido para las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria desde la Ley de Ordenación y Supervisión de 1954. Más aún, la distinción que el legislador hizo en el art. 105 LCS entre seguro de enfermedad y seguro de asistencia sanitaria, se

²⁷ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 67, con cita bibliográfica sobre el impacto de la LCS 1980 en el panorama asegurador de nuestro país.

²⁸ Favorablemente informadas por el Ministerio de trabajo, Sanidad y Seguridad Social (Dirección General de Planificación Sanitaria), conforme establecía la -todavía vigente en esa fecha- Orden de Presidencia del Gobierno de 8 de abril de 1969.

²⁹ En esta Resolución se dispone que en la cláusula 15, relativa a la forma de prestar los servicios de asistencia sanitaria por las entidades, éstas podrán utilizar el mismo texto de las pólizas con las que venían operando hasta esa fecha, aprobadas en su día por la Orden Ministerial de 10 de abril de 1969.

fundó seguramente en la arraigada implantación de la asistencia sanitaria como forma específica de seguro en nuestro país y en la intención de seguir sometiendo la actividad de las empresas de seguros en este campo a la supervisión de las autoridades de seguros y sanitarias mediante una reglamentación específica que definiera las condiciones de ejercicio de los servicios sanitarios³⁰. En relación con esta previsión de desarrollo reglamentario, atípica o excepcional en el entorno liberalizador o desregulador establecido por la LCS, señala la doctrina que: *“Con esta remisión al reglamento no sólo se exceptuaba la reserva de Ley, sino que simultáneamente se reconocía que, a diferencia de lo que sucede con la regulación que la LCS proporciona a los demás seguros, la del de asistencia sanitaria requiere de otras precisiones adicionales, que la protección del asegurado aquí demanda otras cautelas añadidas a las de la Ley y que ésta, en definitiva, no es suficiente”*³¹.

Sin embargo, desde la aprobación de la LCS no se ha producido el desarrollo reglamentario previsto en art. 105 *in fine* LCS, ni en el ámbito asegurador ni en el ámbito sanitario; sin perjuicio de algunas disposiciones aisladas relativas a las prestaciones asistenciales contenidas en la posterior legislación administrativa de ordenación y supervisión del sector asegurador.

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado (LOSP), reconocía en su art. 10.2 el seguro de asistencia sanitaria dentro del ramo de prestación de servicios (Grupo IV), al margen de los seguros de accidentes y enfermedad (Grupo III). La LOSP 1984, que ratifica el cambio de modelo de control del sector, basado en la libertad y responsabilidad de las entidades aseguradoras en el establecimiento de los condicionados de sus pólizas y en un control *a posteriori* de la solvencia exigida a las entidades para el correcto desarrollo de sus actividades, no incluyó ninguna previsión especial para las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria ni tampoco derogó expresamente las anteriores reglamentaciones administrativas sanitarias aplicables a estas entidades y a su actividad. Aunque al liberalizar por medio de su art. 23 el régimen de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas³², muchas de las antiguas Órdenes Ministeriales relativas al control de pólizas de asistencia sanitaria quedaban implícitamente derogadas, entre ellas la Orden del Ministerio de Gobernación de 8 de mayo de 1964 y las Órdenes de 8 y 10

³⁰ Así fue sugerido en su día por el maestro Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, en Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO (Coords.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XXIV, Vol. 3º, EDESA, Madrid, 1989, pg. 512.

³¹ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 69.

³² Art. 23.4: *“Los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas no precisarán aprobación administrativa previa, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda antes de su utilización en la forma y con la antelación que reglamentariamente se establezca”*.

abril de 1969³³. Asimismo, la LOSP 1984 atribuyó las funciones de vigilancia y supervisión de la actividad aseguradora al Ministerio de Economía y Hacienda, sin hacer referencia alguna a la reglamentación y supervisión sanitaria de las entidades de asistencia sanitaria³⁴.

Tampoco añadió nada en relación con el seguro de asistencia sanitaria el *Reglamento de Ordenación del Seguro Privado aprobado por el Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto*. Más tarde, la *Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1987*, que desarrolla determinados preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, procedió en su art. 3 a la clasificación por ramos de los seguros distintos al seguro de vida³⁵, incluyendo en el ramo 19 al seguro de asistencia sanitaria como un seguro de prestación de servicios de asistencia sanitaria, diferenciado del seguro de enfermedad (ramo 2), y junto a otros seguros asistenciales o de prestación de servicios, como el de defensa jurídica (ramo 17), el de asistencia en viaje (ramo 18), el de decesos (ramo 20) y cualquier otro seguro que comprenda otras prestaciones de servicios distintos de los previstos en los ramos 17, 18, 19 y 20 (ramo 21)³⁶; pero sin aportar nada al régimen jurídico específico del seguro de asistencia sanitaria.

Sin embargo, la posterior *Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de Seguros Privados*, añadió un apartado 4 en el art. 4 LOSP 1984, indicando que sin perjuicio del sometimiento a la LOSP, las entidades que operen en el ramo de asistencia sanitaria estarán sujetas en cuanto a su actividad de atención sanitaria, “*caso de que la realicen directamente*”, a lo dispuesto en la legislación sanitaria correspondiente. Seguramente, con esta regla no se quería hacer referencia a la Orden Ministerial de 1957 que aprobó el Reglamento de la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica, que continuaba en vigor en esa

³³ La derogación formal se produjo con la Disposición Derogatoria, letra A) nº 8 y 9 del *Reglamento de Ordenación del Seguro Privado aprobado por el Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto*.

³⁴ Para NÚÑEZ LOZANO, esto provocó que la ordenación sanitaria de las entidades de asistencia sanitaria quedase petrificada y sin ulterior posibilidad de reforma y adaptación por iniciativa de las autoridades sanitarias. Vid. *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 70-71.

³⁵ Reproduciendo la clasificación comunitaria sobre ramos de seguros no vida contenida en el Anexo de la Primera Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio, sobre el acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y su ejercicio, al que se añadió luego el ramo 18, relativo al seguro de asistencia turística, por la Segunda Directiva no vida 84/641/CEE, de 10 de diciembre.

³⁶ Nótese que el legislador español incluyó en un primer momento tres ramos asistenciales no previstos en la normativa comunitaria y, entre ellos, el ramo de asistencia sanitaria, desconocido en otros países del entorno comunitario europeo.

fecha³⁷, pues no tendría sentido excluir a las entidades aseguradoras que presten servicios de asistencia sanitaria con centros y facultativos ajenos concertados de la reglamentación básica de toda entidad de asistencia sanitaria vigente aún en esa fecha. Más bien se estaría pensando en que las entidades de asistencia sanitaria que presten la cobertura de asistencia con sus propios medios (centros y facultativos propios), deberán respetar lo dispuesto en la legislación sanitaria en relación con las condiciones de los establecimientos, servicios y transporte sanitarios de su titularidad³⁸. De modo que el art. 4.4 LOSP 1984, introducido por la Ley 21/1990, estaría distinguiendo entre la prestación de servicios sanitarios directamente por la empresa aseguradora (a través de centros y facultativos propios integrados en su estructura empresarial) y la prestación de servicios sanitarios a través de centros y facultativos ajenos (concertados con la empresa aseguradora mediante contratos de servicios), únicamente a los efectos de considerar que las empresas sanitarias propiamente dichas de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria deberán cumplir las obligaciones y someterse al régimen de supervisión previsto por la legislación sanitaria. Del mismo modo, habrá que entender también que si las entidades aseguradoras ofrecen la prestación de asistencia sanitaria mediante servicios ajenos concertados en régimen de libre elección del asegurado, corresponderá a cada uno de los centros y facultativos que prestan realmente el servicio sanitario por cuenta de la aseguradora la responsabilidad de satisfacer las obligaciones y exigencias establecidas en las disposiciones sanitarias³⁹.

Por último, la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* (LOSSP; actualmente, *Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 20 de octubre, TRLOSSP*) y su *Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre* (ROSSP), se ocupan de regular la actividad de las empresas aseguradoras con la finalidad principal de controlar los aspectos financieros y actuariales, así como el cumplimiento de las normas sobre contrato de seguro, aunque contienen también algunas normas específicas relativas al seguro de asistencia sanitaria, previa derogación de la normativa anterior aplicable a las entidades de asistencia sanitaria en relación con el control de su actividad y de las relaciones con su personal facultativo⁴⁰.

³⁷ Fue derogado, así como las Órdenes ministeriales posteriores que lo habían modificado y otros reglamentos relativos a las entidades de asistencia sanitaria, sus relaciones con los facultativos que prestan los servicios y su actividad, por la Disposición Derogatoria Única de la LOSSP 1995 (apartados 25, 29, 32, 35, 36, 37 y 43).

³⁸ Así lo entiende NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 72.

³⁹ Otra cuestión, que se planteará más adelante, es si esta disposición aislada de la LOSP 1984 puede servir para interpretar el alcance material de la obligación del asegurador de asistencia sanitaria a la luz del art. 105 LCS.

⁴⁰ Vid. la Disposición Derogatoria Única de la LOSSP 1995, apartados 25, 29, 32, 35, 36, 37 y 43.

La LOSSP 1995 incluye en su art. 13 b) los seguros de asistencia (incluyendo el de asistencia sanitaria) junto a los seguros de accidentes, enfermedad, defensa jurídica y decesos, a los fines de fijar un capital social mínimo de 350 millones de pesetas a las entidades aseguradoras de esos ramos, reduciendo a la mitad esa exigencia de capital social para las entidades que únicamente practiquen el seguro de asistencia sanitaria y limiten su actividad a un ámbito territorial con menos de dos millones de habitantes. En la misma línea, la Disposición Adicional primera LOSSP, que establece la clasificación de los riesgos por ramos, incluye por primera vez la asistencia sanitaria en el ramo 2 junto al seguro de enfermedad, señalando que las prestaciones pueden ser a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos, incardinando luego la asistencia en el ramo 18, fundamentalmente para la asistencia a personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o lugar de residencia permanente (asistencia turística o en viaje). Se modifica así la clasificación de ramos de seguro introducida por la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987, antes mencionada, integrando el ramo de asistencia sanitaria (antes ramo 19) en el actual ramo 2 (enfermedad) y pasando el ramo de decesos (antes 20) al actual ramo 19, desapareciendo al anterior ramo 21 relativo a otras prestaciones de servicios. Cfr., Disposición transitoria segunda LOSSP 1995.

Sin embargo, aunque formalmente la LOSSP integrase el seguro de asistencia sanitaria en el ramo de seguros de enfermedad (y así permanece en el art. 6 TRLOSSP 2004), puede decirse que, materialmente, se presume un carácter autónomo o relativamente autónomo al ramo de asistencia sanitaria como reconocimiento al carácter peculiar de la cobertura o prestación propia de este tipo de seguro. Así, el art. 6.2 ROSSP 1998, dispone que en el ramo 2 del seguro distinto del seguro de vida (enfermedad), la autorización podrá concederse de modo independiente para los riesgos en los que exclusivamente se otorguen prestaciones pecuniarias o exclusivamente se preste el servicio de asistencia sanitaria; sin excluir por tanto que la misma empresa aseguradora pueda realizar simultáneamente actividades relativas a ambos riesgos⁴¹.

Asimismo, el posterior TRLOSSP 2004 dispone en su art. 6.2 B) apartado d), relativo a los riesgos complementarios al ramo de vida, que las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir como riesgos complementarios los comprendidos en el ramo de accidentes y en el ramo de

⁴¹ El art. 6.1 c) TRLOSSP 2004 permite que una empresa aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos, podrá, asimismo, cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización para dichos riesgos, cuando éstos estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubre el riesgo principal, siempre que para la autorización en el ramo al que pertenezca el riesgo accesorio no se requieran mayores garantías financieras previas que para el principal....De modo que el asegurador que actúe en el ramo de enfermedad podrá también cubrir riesgos de asistencia sanitaria y viceversa...Y sin perjuicio de las garantías no financieras que la Ley pueda exigir de manera específica para los ramos asistenciales o de prestación de servicios (asistencia sanitaria y, ahora, tras la Ley 41/2007, asistencia por dependencia).

enfermedad siempre que, “cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, que éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria o prestaciones de asistencia por dependencia”⁴². De lo cual se colige que el legislador enfoca de manera muy diferente los seguros de enfermedad de cobertura de rentas o sumas y los seguros de enfermedad de cobertura asistencial (sea sanitaria o sea de dependencia)⁴³.

En consecuencia, la peculiar cobertura ofrecida por el asegurador en los seguros de asistencia sanitaria y la importancia de los bienes tutelados, han llevado al legislador a reconocer las diferencias existentes entre los seguros de enfermedad en sentido estricto (de sumas o de reembolso de gastos) y los seguros de prestación de servicios de asistencia médica y quirúrgica, impidiendo que actúen como riesgos complementarios con los seguros de vida y exigiendo un control adicional de los medios técnicos predispuestos por la entidad aseguradora para prestar la asistencia sanitaria comprometida. Este control adicional, además, aunque indirectamente, ya estaba previsto en la normativa comunitaria, en tanto en cuanto las previsiones de control y supervisión referidas para el ramo 18, relativo a la asistencia turística o en viaje (introducido por la Segunda Directiva no vida 84/641/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1984), pueden ser aplicables por analogía a otras prestaciones asistenciales diferentes⁴⁴, incluida por tanto la asistencia sanitaria⁴⁵.

⁴² Redacción dada por la *Disposición final segunda, apartado 3 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, que regula -entre otras cosas- el seguro de dependencia, en línea con la modificación que se hace en la misma Disposición final segunda en su apartado 1 del art. 6.1 a) LOSSP 1995, que incluye la dependencia junto a la asistencia sanitaria dentro del ramo 2 de enfermedad.

Esta agrupación sistemática se debe al gran paralelismo que guarda el nuevo seguro de dependencia, en su modalidad de asistencia a la dependencia, con el seguro de asistencia sanitaria. Cfr., Abel B. VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008, pg. 38.

⁴³ En esta misma línea, cuando el art. 11 LOSSP, relativo al objeto social, permite, en su apartado 2, que las empresas que operen en el ramo de vida puedan realizar también, previa autorización administrativa, operaciones en los ramos de accidentes y enfermedad, sin someterse a las limitaciones y requisitos exigibles a la cobertura de riesgos complementarios, y, en su apartado 3, que las empresas autorizadas para actuar en los ramos de accidentes y enfermedad, puedan operar también en el ramo vida si obtienen la oportuna autorización administrativa, quedarían excluidas en todo caso las actividades de asistencia sanitaria y asistencia por dependencia, que sólo serían complementarias con los ramos de accidentes y enfermedad en sentido estricto como seguros de sumas y de reembolso de gastos asistenciales.

⁴⁴ El ramo 18 (Asistencia) contempla prioritariamente la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente (sic), pero comprende también “*la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro*”.

⁴⁵ Cfr., NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 249 y ss.

La mencionada Segunda Directiva no vida 84/641/CEE, después de incluir el ramo 18, de asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente (art. 14), señala a continuación que cada Estado miembro podrá someter, en su territorio, al régimen de la Directiva las actividades de asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, equiparando tales actividades asistenciales al régimen previsto para el ramo 18 (art. 15). En particular, en el capítulo de control de las entidades aseguradoras, la Directiva dispone que los Estados miembros podrán someter a las entidades que ofrezcan prestaciones asistenciales al control de los medios directos o indirectos de personal y material incluida la calificación de los equipos médicos y la calidad de los aparatos de que dispongan para hacer frente a los compromisos del ramo 18 (cfr., art. 8.3 de la Primera Directiva no vida 73/239/CEE en la redacción dada por el art. 6 de la Tercera Directiva no vida 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992); así como al control de los medios técnicos de que dispongan las empresas para llevar a cabo las operaciones de asistencia que se hayan comprometido a efectuar, siempre que la legislación del Estado miembro de origen disponga de dicho control (cfr., art. 13 de la Primera Directiva no vida 73/239/CEE en la redacción dada por el art. 9 de la Tercera Directiva no vida 92/49/CEE).

Así, las autoridades comunitarias fueron conscientes de la necesidad de someter a un control y supervisión de calidad a las entidades aseguradoras que ofrezcan prestaciones asistenciales que incluyan prestaciones de asistencia sanitaria, ya sea dentro de servicios de asistencia turística o en viaje, o ya en cualquier otra prestación asistencial. Por eso, como apunta la mejor doctrina, *“sobre esta base no resulta difícil avanzar un paso más y entender que, si cabe someter a control sanitario a las empresas que operan en el ramo 18, con más razón aún en el ramo de enfermedad en su modalidad de asistencia sanitaria”*, aun cuando se trate de una modalidad de seguro marginal en el contexto de otros países europeos⁴⁶. Y puede decirse que el legislador español, a pesar de la acusada confusión conceptual que ha supuesto la inclusión del seguro de asistencia sanitaria dentro del ramo de enfermedad, en el que se prevén prestaciones a tanto alzado, de reparación y mixta de ambas, ha tenido en cuenta las peculiaridades de la prestación de asistencia sanitaria sometiendo dicha actividad a un control adicional al puramente patrimonial, financiero y actuarial.

En esa línea de distinción entre el seguro de enfermedad en sentido estricto y el seguro de asistencia sanitaria, el art. 12 LOSSP 1995, relativo al programa de actividades de las entidades aseguradoras⁴⁷, establecía en su apartado 2

⁴⁶ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 252.

⁴⁷ Según dispone el apartado 1 de este art. 12 LOSSP 1995, el programa de actividades deberá contener indicaciones o justificaciones relativas, al menos, a la naturaleza de los riesgos o compromisos que la entidad aseguradora se propone cubrir; a los principios rectores y ámbito geográfico de su actuación; a la estructura de la organización, incluyendo los sistemas de comercialización; a los medios destinados a cubrir las exigencias patrimoniales, financieras y de solvencia y a *prestar la asistencia que, en su caso, se comprometa*. Además, contendrá la

que la Dirección General de Seguros comprobará los medios técnicos de que dispongan las entidades aseguradoras que pretendan operar en el ramo de enfermedad, otorgando prestaciones de asistencia sanitaria, para llevar a cabo las operaciones que se hayan comprometido a efectuar y solicitará de las autoridades sanitarias un informe sobre la adecuación de los medios y del funcionamiento previsto de los mismos a las prestaciones que pretenda otorgar y a la legislación sanitaria correspondiente. Esa comprobación de la idoneidad de los medios técnicos de las entidades de asistencia sanitaria se producirá al tiempo del otorgamiento de la autorización administrativa para operar en ese ramo; a tales fines se establecía que el Ministerio de Economía y Hacienda y las autoridades sanitarias establecerán la necesaria coordinación para dar cumplimiento a esta disposición.

El ROSSP 1998 contiene también algunas normas relativas al seguro de asistencia sanitaria. Según el art. 3.2 ROSSP el servicio de asistencia sanitaria estará sujeto a lo dispuesto en la legislación sanitaria correspondiente, sin perjuicio del sometimiento de las entidades aseguradoras que cubran tal riesgo a la Ley 30/1995 y a este Reglamento. En el art. 25.1 ROSSP se indica que en los ramos de enfermedad, de defensa jurídica, de asistencia y de decesos, en los que la entidad aseguradora se propone garantizar la prestación de una asistencia (seguros asistenciales), el programa de actividades deberá contener, además de lo previsto en el artículo 12 de la Ley y en el artículo 24 de este Reglamento, "*indicaciones y justificaciones relativas a la capacidad para prestar los servicios a los que se comprometa en los contratos*"; exigiéndose la presentación de una serie de documentos: a) Memoria explicativa de la infraestructura de la entidad, en la que se detallen los medios materiales y organizativos con que cuenta para la prestación a realizar; deberá detallarse, igualmente, si los medios a emplear son propiedad de la entidad o de un tercero que no tenga la consideración de asegurador, acompañando copia del acuerdo en virtud del cual actúe; b) Contrato de reaseguro de prestación de servicios con una entidad aseguradora debidamente autorizada para operar en el Espacio Económico Europeo y que haya justificado ante la Dirección General de Seguros o ante la autoridad de control de su domicilio social si éste radica en el Espacio Económico Europeo, la capacidad para prestar los servicios. A continuación, el apartado 2 del mismo art. 25 ROSSP dispone que, en el ramo de enfermedad, cuando se otorguen prestaciones de asistencia sanitaria, será preceptivo el informe favorable de las autoridades sanitarias, a que se refiere el artículo 12.2 ROSSP, el cual se emitirá por el Ministerio de Sanidad y Consumo o autoridad autonómica competente, siendo cursada la solicitud en todo caso

justificación de las previsiones que plantee y de la adecuación a éstas de los medios y recursos disponibles. (La cursiva es mía).

Finaliza este precepto indicando que reglamentariamente podrán desarrollarse las exigencias contenidas adecuadas a cada uno de los ramos de seguro; lo cual puede tener especial relevancia para una mejor definición y control *a priori* de los medios necesarios para las coberturas asistenciales propias del seguro de asistencia sanitaria, dependencia, asistencia turística, defensa jurídica o decesos. En concreto, la previsión de desarrollo reglamentario de las exigencias relativas a los seguros de asistencia, enlaza con la previsión del art. 105 *in fine* LCS en relación con la regulación del seguro de asistencia sanitaria.

por la Dirección General de Seguros al Ministerio citado, a fin de asegurar la necesaria coordinación con la autoridad sanitaria informante.

El vigente art. 12.2 TRLOSSP 2004, en redacción otorgada por la Ley 13/2007, de 2 de julio, establece que *“la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones comprobará los medios técnicos de que disponen las entidades aseguradoras que pretendan operar en aquellos ramos en los que la entidad se compromete a la prestación de un servicio”*. Así pues, se elimina del texto legal toda referencia concreta a la prestación de asistencia sanitaria y, en particular, a la forma en que debe llevarse a cabo ese control de medios técnicos y a la coordinación entre el Ministerio de Economía y Hacienda y las autoridades sanitarias. Pero se mantienen esas previsiones de control *a priori* de medios técnicos en materia de asistencia sanitaria en el art. 25 ROSSP.

No parece, sin embargo, que el informe de adecuación o idoneidad vaya más allá del examen de los centros o instalaciones, de las consultas y clínicas médicas y de los medios de transporte de enfermos, sean propios del asegurador o concertados con terceros. Esto es, no parece que el informe pueda entrar a valorar si la cobertura asistencial ofrecida por el asegurador es más o menos amplia, de mayor o menor calidad, etc.

Asimismo, el art. 71.2 LOSSP ⁴⁸ relativo al control de las entidades aseguradoras por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, junto al control financiero⁴⁹ y al control de estatutos, pólizas y tarifas de primas establecido en el art. 25 LOSSP, establece que el control financiero consistirá, en particular, en la comprobación, para el conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnica, así como de los activos que representan; añadiendo en su párrafo segundo que, *“cuando se trate de entidades aseguradoras que satisfagan prestaciones en especie, el control se extenderá también a los medios técnicos de que dispongan las aseguradoras para llevar a cabo las operaciones que se hayan comprometido a efectuar”*, incluyendo así, implícitamente, entre ellas a las entidades de asistencia sanitaria. Lo que no dice la LOSSP, ni tampoco el ROSSP 1998, es cómo se llevará a cabo ese control de medios técnicos predispuestos por las aseguradoras para llevar a cabo las prestaciones en especie comprometidas. Dado que hablamos de un control *a posteriori* de esos medios técnicos, en el caso concreto de los servicios de asistencia sanitaria lo más lógico es recurrir a una aplicación analógica de lo dispuesto para el control *a priori* de medios técnicos en el art. 12.2 LOSSP, que otorga la competencia de supervisión a la

⁴⁸ El art. 70.1 LOSSP dispone con carácter general que el Ministerio de Economía y Hacienda velará por el funcionamiento y desarrollo ordenado del mercado de seguros, mediante el fomento de la actividad aseguradora, la transparencia, el respeto y la adecuación de sus instituciones, así como la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora.

⁴⁹ Vid. también arts. 47.1 (provisión del seguro de enfermedad), 61.5 (cuantía mínima del margen de solvencia), 80 (bases técnicas en seguros de enfermedad de acuerdo con tablas de morbilidad que definan el riesgo en función del sexo y la edad), 81.1, 4º (revocación de la autorización por causas financieras) del ROSSP 1998.

Dirección General de Seguros para ejercer ese control en el momento de la autorización inicial o de ampliación de ramos aseguradores. Además, el propio art. 71.4 TRLOSSP dispone que para ejercer el control de los medios técnicos de asistencia sanitaria, las empresas aseguradoras deben suministrar a la Dirección General de Seguros la documentación e información que sean necesarias, ya mediante su presentación periódica o ya mediante la atención de requerimientos individualizados dirigidos por dicha Dirección General⁵⁰. Asimismo, parece lógico que, de acuerdo con lo previsto con carácter general en el art. 3.2 ROSSP (el servicio de asistencia sanitaria estará sujeto a lo dispuesto en la legislación sanitaria correspondiente) y en la misma línea prevista para el control del programa de actividades en el art. 25.2 ROSSP, a efectos de llevar a cabo el control *a posteriori* de los medios técnicos sanitarios de los aseguradores de asistencia sanitaria, la Dirección General de Seguros solicite a las autoridades sanitarias competentes el informe de idoneidad sobre los medios técnicos sanitarios predispuestos por el asegurador.

Finalmente, la Disposición adicional octava TRLOSSP 2004 (que reproduce sustancialmente lo dispuesto anteriormente en la Disposición Transitoria segunda LOSSP 1995), indica que las autorizaciones concedidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 en los ramos de enfermedad o asistencia sanitaria que preveía la Orden de 7 de septiembre de 1987, tendrán la consideración de autorización que comprende sólo una parte de los riesgos incluidos en un ramo a los efectos de lo dispuesto en los arts. 5.3 y 5.7 TRLOSSP, y las disposiciones reglamentarias que se dicten para regular el ramo de enfermedad únicamente serán aplicables a la cobertura de los riesgos de asistencia sanitaria incluidos en el ramo de enfermedad cuando así se disponga expresamente.

Puede apreciarse, en definitiva, cómo en el entorno liberalizador en que se dictan la LCS 1980 y la LOSSP 1995 (actualmente, TRLOSSP 2004), el ramo de asistencia sanitaria se somete a los mismos controles que el resto de las actividades aseguradoras y además a algunos controles adicionales, relacionados con la idoneidad de los medios materiales y organizativos disponibles para llevar a cabo las prestaciones asistenciales sanitarias comprometidas⁵¹. Este factor no hace sino reflejar que en la *mens legislatoris*

⁵⁰ Vid. NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 200-201. Concluye la citada autora que difícilmente podrá la Dirección General de Seguros controlar de modo eficaz y satisfactorio el desarrollo técnico de la asistencia sanitaria, tan lejano a sus funciones de supervisión aseguradora propiamente dicha.

⁵¹ Se echa de menos, sin embargo, una obligación de rendir cuentas anualmente de los medios de que dispongan para cumplir los compromisos asistenciales, prevista en el art. 19.1 de la Primera Directiva no vida 73/239/CEE, en la redacción dada por el art. 11 de la Segunda Directiva no vida 84/641/CEE, para las entidades aseguradoras que operen en el ramo 18: asistencia en viaje o cualquier otra prestación de asistencia a personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, lo cual puede incluir perfectamente la asistencia sanitaria. Como apunta NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 201, el art. 20 LOSSP (art. 20 TRLOSSP 2004), alude a la formulación de cuentas anuales, pero guarda silencio en lo concerniente al control anual de los medios empleados por las entidades para la prestación de servicios de asistencia del tipo que sean.

se distingue claramente entre las prestaciones del seguro de enfermedad tradicional y las peculiares prestaciones del seguro de asistencia sanitaria; y que, por razón de esas especiales prestaciones asistenciales o de servicios que caracterizan al seguro de asistencia sanitaria, éste exige controles adicionales *a priori* y *a posteriori* sobre los medios técnicos predispuestos por el asegurador para la efectiva prestación de servicios sanitarios, así como un desarrollo reglamentario específico de algunos aspectos de su régimen jurídico, que, aunque previsto en el art. 105 LCS, no ha llegado a producirse. Antes bien, desde la aprobación de la LCS 1980 y, sobre todo, con la promulgación de la LOSSP 1995, se ha producido la derogación de la normativa reglamentaria que históricamente había venido regulando distintos aspectos básicos de este tipo de seguro.

Destaca, por encima de todo, la liberalización del régimen de las pólizas de seguros de asistencia sanitaria, sometiendo este ramo asegurador a las disposiciones generales (arts. 2, 3, 5, 8 LCS) y a un control aleatorio de la administración competente que no parece demasiado eficaz (arts. 24 y 25 LOSSP). También la indefinición de las obligaciones del asegurador, ya que la peculiar prestación asistencial sanitaria no casa bien con las disposiciones generales de la Ley de Contrato de Seguro, que toman como referencia general la prestación indemnizatoria propia de los seguros de daños (arts. 18, 19 y 20 LCS). Asimismo, resulta llamativo que no exista una regulación básica de las relaciones entre las compañías aseguradoras y los facultativos vinculados a ellas mediante contratos de arrendamiento de servicios, máxime cuando la provisión de asistencia sanitaria por entidades de seguros se hace generalmente recurriendo a centros y profesionales ajenos a su estructura empresarial, los cuales, desde una perspectiva puramente económica, actúan como agentes del asegurador en la prestación de la cobertura asistencial comprometida con los asegurados. En general, se echa en falta sobremana un régimen particular de protección del asegurado, tanto en la génesis del contrato de seguro como durante todo el periodo de vigencia del mismo, que tenga en cuenta las características particulares de este tipo de seguro a la vista de los intereses en juego (preservar la salud y la propia vida; que actúan como valores de referencia en la construcción del contrato de seguro de asistencia sanitaria) y de la peculiar prestación en especie (servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios) comprometida por el asegurador⁵².

El legislador de 1980 parecía plenamente consciente de la necesidad de crear un régimen jurídico especial para el seguro de asistencia sanitaria. Por eso se limitó prácticamente a enunciar o definir someramente el seguro de asistencia junto al seguro de enfermedad en el art. 105 LCS, remitiéndose a un desarrollo reglamentario de los límites y condiciones en que debía desarrollarse la

⁵² Véanse las consideraciones de NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 200.

Infra, II.3 y 4, al hilo de la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria, abordaremos con detalle las cuestiones del riesgo y el interés en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, así como la naturaleza y alcance de la obligación del asegurador.

organización y la ejecución de los servicios de asistencia sanitaria⁵³. Desarrollo reglamentario que, probablemente, debería compaginar aspectos contractuales con los de intervención administrativa en el campo de los seguros y en el terreno sanitario, pero que nunca se ha llevado a cabo, debido seguramente a los vientos de liberalización del sector asegurador procedentes de la Europa comunitaria, que rechazan cualquier control *a priori* de las pólizas de seguros para garantizar la libre competencia a nivel comunitario (libre prestación de servicios y derecho de establecimiento) entre las empresas aseguradoras.

La expansión del proceso liberalizador al ramo de asistencia sanitaria fue celebrado por algún sector de la doctrina, que defendía la necesidad de considerar el seguro de asistencia sanitaria única y exclusivamente como una actividad aseguradora, alejada por tanto de cualquier intervención sanitaria⁵⁴.

Sin embargo, para otro destacado sector, la intervención sanitaria estaría plenamente justificada, habida cuenta del objeto del seguro de asistencia sanitaria, el cual gira en torno a bienes jurídicos que merecen una tutela especial (la vida y la salud), muy diferentes a los de los otros ramos del seguro, y que justifican un tratamiento diferenciado tanto en la celebración del contrato como durante toda la vigencia del mismo⁵⁵.

En mi opinión, a pesar del condicionamiento que supone el entorno liberalizador en que entró el derecho español de seguros con la promulgación de la LCS 1980 y el ingreso en las Comunidades Europeas, el legislador español parecía muy consciente en esa época de la necesidad de completar el régimen del seguro de asistencia sanitaria, como demuestra la mención del desarrollo reglamentario específico en el art. 105 LCS y las disposiciones administrativas de control y supervisión introducidas por la LOSSP 1995 y ROSSP 1998. Aunque el control de los medios técnicos provistos por el asegurador para la prestación de servicios de asistencia sanitaria (cfr., arts. 12.2 y 71.2 TRLOSSP y arts. 3.2 y 25.2 ROSSP), se antoja excesivamente vago e impreciso si se compara con la importancia de los intereses en juego (la salud y la vida de los asegurados). Por ejemplo, no se indica si el control de medios técnicos se refiere solamente a los medios técnicos (centros, instalaciones y personal facultativo) propios del asegurador o también a los medios externos concertados por el asegurador⁵⁶, ni tampoco se indica cuál es

⁵³ Cfr., SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., pg. 507. También, NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pg. 198-199.

⁵⁴ Vid. Manuel GUERRERO DE CASTRO, *El seguro de asistencia sanitaria y sus principales problemas*, en Hacienda Pública Española, nº 98, 1986, pg. 217.

⁵⁵ Así, NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 195 y ss.

⁵⁶ En principio, si la Ley no distingue pudiendo hacerlo (cfr., art. 4.4. LOSSP 1984, introducido por la Ley 21/1990), el control de medios técnicos debe abarcar los medios propios del asegurador y los medios ajenos concertados.

el alcance -estrictamente técnico o material- de ese control que, como antes indicamos, corresponde a la Dirección General de Seguros⁵⁷.

Parece que el control administrativo de los medios técnicos ordenados por el asegurador de asistencia sanitaria para llevar a cabo la cobertura asistencial comprometida con sus asegurados, aunque cuente con la participación de las autoridades sanitarias, no irá más allá de la emisión de un informe sobre la idoneidad técnica (en el sentido de que cumplan con los criterios generales exigidos por la legislación sanitaria) de los medios propios y ajenos predispuestos por el asegurador para ofrecer asistencia sanitaria a sus asegurados, sin entrar a valorar la idoneidad o alcance material del cuadro médico, clínico y hospitalario organizado por el asegurador, esto es, la suficiencia o insuficiencia de los centros, facultativos y equipos técnicos de diagnóstico y tratamiento disponibles, así como la adecuación de los equipos técnicos al estado de la técnica de cada momento. En este sentido, un sector de la doctrina preocupado por la suficiencia y calidad de las prestaciones asistenciales y no sólo por la solvencia de la empresa aseguradora, denuncia que en el sector de asistencia sanitaria, la aseguradora puede tener cubiertas sus provisiones técnicas, el margen de solvencia y el fondo de garantía y, sin embargo, disponer de un cuadro médico insuficiente o mantener unas instalaciones y equipos obsoletos o limitados, lo cual, al no ser objeto de control material por parte de las Autoridades, irá en detrimento de los intereses de los asegurados, a los cuales no sólo les interesa la solvencia de la entidad, *“sino también y muy principalmente que cuando llegue el siniestro y requieran de la atención sanitaria que les es debida, ésta se les preste en condiciones satisfactorias”*⁵⁸.

No debería ser así, cuando el art. 8.3 de la Primera Directiva no vida 73/239/CEE, en la redacción dada por el art. 6 de la Tercera Directiva no vida 92/49/CEE, establece que los Estados miembros podrán someter a las entidades que ofrezcan prestaciones de asistencia turística o cualesquiera otras prestaciones asistenciales a personas que se encuentren en situaciones de dificultad al control de los medios directos o indirectos de personal y material incluida la calificación de los equipos médicos y la calidad de los aparatos de que dispongan para hacer frente a sus compromisos. Esto es, la normativa comunitaria habilita al legislador nacional para establecer controles de suficiencia o calificación profesional de los equipos médicos propios o concertados y de la calidad de los medios materiales o técnicos disponibles para prestar servicios de asistencia médico-quirúrgica, sea en el terreno de la asistencia turística o sea en cualquier otro terreno asistencial que incluya prestaciones de servicios sanitarios.

⁵⁷ Para NÚÑEZ LOZANO (*Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 200-201), difícilmente podrá la Dirección General de Seguros controlar de modo eficaz y satisfactorio el desarrollo técnico de la asistencia sanitaria, tan lejano a sus funciones de supervisión aseguradora propiamente dicha.

⁵⁸ Nuevamente, NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 204-205.

Realmente, la falta del desarrollo reglamentario específico previsto en el art. 105 LCS se debe, muy posiblemente, a una decisión consciente del legislador, que optó por separar nítidamente la actividad aseguradora (entendida, en el terreno de los seguros asistenciales, en la organización de los medios humanos y materiales necesarios para proveer la prestación de los servicios comprometidos a los asegurados) de la actividad asistencial propiamente dicha (la ejecución material de los servicios comprometidos por la entidad aseguradora, sea por la propia entidad a través de su estructura empresarial o sea por terceros concertados previamente para la prestación de esos servicios), creando un lazo débil de conexión entre ambos aspectos en sede de control y supervisión de las autoridades de seguros por razones de operatividad mínima o razonable y de protección del asegurado, pero no de control exhaustivo de la suficiencia de prestaciones y cuadro médicos, adecuación técnica y calidad de los servicios sanitarios organizados por el asegurador, cuya configuración formal debe quedar al juego de la oferta y la demanda plasmado en el contrato de seguro, correspondiendo las competencias de control sanitario material a las autoridades sanitarias competentes⁵⁹.

La liberalización del sector asegurador ha supuesto, en el campo del seguro de asistencia sanitaria, la consolidación del modelo asegurativo propiamente dicho, alejándose del modelo histórico o primigenio de los igualatorios médicos en los que organización, gestión y prestación material de servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos se aglutinaban en la misma entidad de asistencia sanitaria⁶⁰. Esto significa que la actividad del asegurador se centra en la organización y gestión de los medios técnicos -humanos y materiales- necesarios para ofrecer y proveer servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria a sus asegurados, y en la obtención y administración de los recursos económicos necesarios para garantizar el mantenimiento de esa estructura asistencial, pero sin intervenir en la actividad asistencial propiamente dicha, esto es, en la suficiencia del cuadro médico y hospitalario y en la ejecución puntual de los servicios sanitarios, produciéndose así una disociación o separación funcional entre la gestión-financiación de la cobertura de asistencia sanitaria y la prestación material de tales servicios de asistencia sanitaria⁶¹.

⁵⁹ *"Falta, pues, una tipificación concreta de situaciones de naturaleza estrictamente sanitaria que permitan la adopción de medidas de control especial". NÚÑEZ LOZANO, Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria, cit., pg. 206.*

⁶⁰ Los propios médicos agrupados en el igualatorio colectivo se ocupaban personalmente de la gestión y de la prestación de servicios sanitarios, aunque poco a poco fue profesionalizándose la gestión de la prestación de servicios, recurriendo a profesionales ajenos a la organización en régimen de contratos laborales o de servicios, hasta llegar al modelo asegurativo donde el asegurador se ocupa principalmente de crear y gestionar de forma centralizada la estructura asistencial con medios propios o ajenos a su estructura empresarial.

⁶¹ Vid. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 10-11.

Entonces, lo que caracteriza al modelo asegurativo de prestación de asistencia sanitaria es la organización y gestión unitaria y centralizada de servicios sanitarios de acuerdo con el principio de mutualidad, distribuyendo el coste global estimado de los servicios sanitarios -tanto los de organización como los de prestación material- entre todos los asegurados mediante la aplicación de leyes estadísticas y técnicas actuariales en la fijación de las primas. De tal forma se consigue una reducción sustancial en el coste individual de los servicios sanitarios prestados a los asegurados, repartiendo el coste global entre las primas de un número importante de asegurados, quienes, por su parte, consiguen diluir patrimonialmente el coste real de la asistencia sanitaria mediante el pago de una prima periódica que abonan al asegurador aunque no hagan un uso efectivo de tales servicios, apareciendo así el factor “*aleas*” propio del contrato de seguro. También contribuye notablemente a la reducción del coste de la asistencia sanitaria proporcionada por las entidades aseguradoras, el hecho de que el considerable número de asegurados agregados en la organización permite a las entidades negociar precios reducidos -muy inferiores a los precios de mercado o precios habituales de la sanidad privada- con los facultativos y centros clínicos y hospitalarios concertados⁶².

De modo que, precisamente porque la actividad principal de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria no es prestar los servicios de asistencia sanitaria (aunque también realizan prestaciones de servicios con medios propios: clínicas, hospitales y facultativos asalariados), sino organizar financiera y materialmente la prestación de tales servicios a sus asegurados a cambio de una prima, esa actividad se somete al control riguroso de las entidades aseguradoras por parte de la Dirección General de Seguros en sus aspectos patrimoniales, financieros, estatutarios, contractuales y actuariales; al que se suma un control de los medios técnicos organizados por las aseguradoras para llevar a cabo prestaciones de servicios.

Corresponde, pues, a las Autoridades de seguros realizar un control cuantitativo de las entidades de seguros, supervisando la adecuación de los estados financieros de la entidad (solventía, provisiones técnicas, activos patrimoniales) al conjunto de operaciones asistenciales comprometidas frente a los asegurados. Y con carácter adicional llevar a cabo también un control cualitativo de los medios técnicos organizados por la entidad aseguradora para prestar los servicios de asistencia, ya se trate de medios propios o ya sean medios ajenos a su estructura concertados previamente para prestar servicios sanitarios a sus asegurados. De este modo, se pretende supervisar la relación entre los medios técnicos disponibles y la situación patrimonial, de solventía y financiera de la entidad necesaria para mantener esos medios técnicos y garantizar así la efectiva prestación de los servicios comprometidos. Pero quedan fuera de las competencias de las Autoridades de supervisión de seguros el control sanitario material de los medios humanos y materiales

⁶² Cfr., MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 14-15.

organizados por el asegurador, el cual corresponde a las autoridades sanitarias competentes. No obstante, parece que el legislador no quiere romper puentes de forma absoluta entre la organización o provisión de asistencia sanitaria en régimen asegurativo y la prestación efectiva de servicios sanitarios (probablemente por la necesidad de garantizar al asegurado la correcta prestación de los servicios objeto de la cobertura, más aún cuando dichos servicios recaen sobre la salud de los asegurados), por lo que perfila una coordinación entre las autoridades de seguros y las autoridades sanitarias para el control de los medios técnicos necesarios para la prestación de la cobertura asistencial (cfr., arts. 12.2 y 71.2 TRLOSSP y art. 25.2 ROSSP). Aunque, realmente, este control de medios técnicos no garantiza la suficiencia y adecuación técnica de los medios organizados por el asegurador para prestar una asistencia sanitaria de calidad a los asegurados.

Frente a la concepción estrictamente asegurativa de la actividad desarrollada por las entidades de seguros de asistencia sanitaria, patrocinada por parte de nuestra mejor doctrina⁶³, otro sector doctrinal considera que la naturaleza de la actividad aseguradora de asistencia sanitaria y de las mismas entidades aseguradoras es más compleja que el mero agregado y organización de medios materiales y personales para prestar servicios sanitarios, y señala que muchos de los aspectos relacionados con la organización y la efectiva prestación de servicios de asistencia sanitaria (como el contenido de las pólizas de seguro, la suficiencia y calidad de los medios técnicos y humanos predispuestos por el asegurador y las relaciones entre la entidad aseguradora y los facultativos ajenos a su estructura empresarial) repercuten en la protección del derecho a la salud de los asegurados reconocido en la Constitución (arts. 41 y 43 CE), lo cual exige una reglamentación específica del seguro de asistencia sanitaria (de acuerdo con lo previsto en el art. 105 LCS) para garantizar una cobertura asistencial adecuada⁶⁴. No conviene ignorar que el singular desarrollo del seguro de asistencia sanitaria en nuestro país, frente al seguro tradicional de enfermedad como seguro de sumas y reembolso de

⁶³ Cfr., GUERRERO DE CASTRO, *El seguro de asistencia sanitaria y sus principales problemas*, cit., pgs. 218 y ss.; Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pgs. 2160-2161; 4ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2010, pgs. 2702-2703; MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 11.

⁶⁴ NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 210-211, citando expresamente la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 113/1989, de 22 de junio, según la cual los valores constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 CE "...obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales". Acción normativa que alcanzaría también a la regulación sobre seguros privados de asistencia sanitaria, los cuales, por estar ampliamente asentados en la Sociedad española y por la importancia del bien primordial tutelado (la salud), justifican una intervención pública que garantice un nivel de cobertura adecuado. Vid. nuevamente NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 217 y ss.

gastos asentado en los países de nuestro entorno, se debe no tanto a una decisión propiamente asegurativa de los ciudadanos (es decir, optar libremente por uno u otro modelo de seguro de enfermedad), sino más bien a razones sociales relacionadas con la infraestructura sanitaria de nuestro país (el descontento de los ciudadanos respecto al funcionamiento de la Sanidad pública, no tanto por su calidad como por la masificación y el retraso en la asistencia)⁶⁵. En este sentido, puede decirse que la asistencia sanitaria privada ofrecida por entidades aseguradoras forma parte, de manera natural, de la infraestructura sanitaria española, recurriendo a ella un número importante de la población, por lo que la prestación efectiva de los servicios sanitarios en condiciones de suficiencia y adecuación técnica se presenta como una cuestión de interés social.

La *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, además de establecer el marco legal para el desarrollo del Sistema Nacional de Salud, entendido como el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, “*contiene también normas aplicables a todo el sistema sanitario español, no sólo a la sanidad pública, en la medida en que, por imperativo del artículo 43.2 de la Constitución, incumbe también a los poderes públicos ejercer un control sobre la sanidad privada, en relación con las actividades de información, salud pública, formación e investigación y en materia de garantías de seguridad y de calidad*” (Exposición de Motivos, II)⁶⁶. Resulta de especial relevancia el Capítulo I de la Ley, relativo a las garantías de las prestaciones sanitarias (definidas como garantías de seguridad, calidad, accesibilidad, movilidad y tiempo en el acceso a las prestaciones), el cual se hace extensivo a la totalidad del sistema sanitario español, incluidos, por tanto, los centros y servicios privados (Exposición de Motivos III). Asimismo, el Capítulo VI de la Ley establece y

⁶⁵ Marisol RODRÍGUEZ apunta al respecto que, *a priori*, cuanto mayor es la capacidad económica del individuo mayores posibilidades tiene para eludir los problemas y deficiencias de la medicina pública, implicando desigualdades de hecho en el acceso a unos servicios sanitarios que deberían ser iguales para todos. Sin embargo, tras realizar un estudio de mercado, destaca que no se establece un predominio absoluto del efecto renta en la contratación de seguros privados de asistencia sanitaria, lo cual refleja que existe un rechazo de la medicina pública en nuestro país que sirve para superar el efecto disuasorio que pudiera tener el precio de la medicina privada, lo cual -dice- puede ahondar más en las desigualdades en el acceso a los servicios sanitarios. Cfr., *El gasto sanitario privado en España: su naturaleza y su efecto sobre la equidad del sistema*, en AA.VV., “*Salud y Equidad*”, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, pgs. 285 y ss.

⁶⁶ El art. 6 de la Ley 16/2003 establece que: “*De acuerdo con el artículo 43.2 de la Constitución, el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las comunidades autónomas, en el ámbito de las competencias que les corresponden, ejercerán un control de las entidades sanitarias no integradas en el Sistema Nacional de Salud, en relación con las actividades de salud pública y en materia de garantías de información, seguridad y calidad, y requerirán de ellas la información necesaria para el conocimiento de su estructura y funcionamiento...*”. La Disposición adicional tercera añade que: “*El ejercicio de las acciones a las que se refiere el artículo 6 de esta ley se entiende sin perjuicio de las que correspondan a las demás administraciones públicas competentes, en virtud de los conciertos celebrados al amparo de su legislación específica para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas*”.

desarrolla el principio de que la mejora de la calidad del sistema sanitario en su conjunto debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias públicas y privadas, concretándose en normas de calidad y seguridad, indicadores y guías de práctica clínica y registros de buenas prácticas y de acontecimientos adversos, que estarán a disposición de las Administraciones públicas y de los centros sanitarios públicos y privados con la finalidad de contribuir a la mejora de la calidad de los servicios que prestan a los pacientes, encomendándose asimismo al Ministerio de Sanidad y Consumo el fomento de la auditoría externa periódica de los centros y servicios sanitarios, en garantía de su seguridad y de la calidad de dichos servicios (Exposición de Motivos VII)⁶⁷.

Así, en último término, el control de calidad de los centros y establecimientos sanitarios privados, incluidos todos aquellos organizados y gestionados por las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria (independientemente de si son de su titularidad o se trata de centros ajenos a su infraestructura empresarial), corresponderá a las autoridades sanitarias estatales o autonómicas competentes, al margen y sin relación alguna con la normativa sobre supervisión de seguros. Ello servirá para garantizar la calidad de los servicios sanitarios ofrecidos por centros, clínicas y hospitales privados, pero seguirá faltando un examen de adecuación y suficiencia de los medios humanos y materiales organizados y ofrecidos por cada entidad aseguradora de asistencia sanitaria a sus asegurados, que quedará así al libre juego de la autonomía de la voluntad.

Resulta cuanto menos curioso que no se establezca una reglamentación específica que regule el complejo funcionamiento de las entidades de asistencia sanitaria y se ocupe de garantizar un nivel de servicios personales y materiales razonable en términos cuantitativos y cualitativos, de manera que se garantice la mejor asistencia posible al asegurado y que, sin embargo, ese control esté presente de alguna manera en los Convenios que periódicamente concierta la Mutualidad de Funcionarios Generales del Estado con algunas entidades aseguradoras para la prestación de servicios de asistencia sanitaria a los mutualistas que deseen optar por la medicina privada en lugar de por la Sanidad pública⁶⁸. La pregunta es fácil: ¿Por qué no trasladar los principios de esta regulación de la asistencia sanitaria prestada por entidades de salud a los mutualistas de MUFACE a una reglamentación general, cumpliendo así con el mandato del art. 105 LCS?

⁶⁷ El art. 59 Ley 16/2003 dispone que: “La mejora de la calidad en el sistema sanitario debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias tanto públicas como privadas”. El art. 62.2 señala que: “El Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las comunidades autónomas fomentarán la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad de los centros y servicios sanitarios mediante autorías por parte de instituciones públicas o empresas privadas que garanticen una evaluación independiente”.

⁶⁸ Véase, a modo de ejemplo, la *Resolución de 15 de diciembre de 2009, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publican los conciertos suscritos por la misma para la prestación de asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2010 y 2011* (BOE, núm. 313, del martes 29 de diciembre de 2009).

En suma, el debate de fondo planteado en torno a la liberalización de la actividad aseguradora de asistencia sanitaria se centra, en último término, en si la pretendida disociación entre los aspectos organizativos de la provisión asistencial y la prestación material de los servicios sanitarios es posible en términos absolutos en las entidades de asistencia sanitaria, habida cuenta de sus antecedentes y evolución históricos así como del elevado grado de implantación social en nuestro país como complemento e incluso alternativa al sistema público de salud.

La respuesta que se aporte a esta cuestión nuclear puede servir, en el terreno político-legislativo, para trazar o no el camino a la regulación más detallada del concepto y régimen jurídico del seguro de asistencia sanitaria, así como de procedimientos administrativos para controlar de manera eficaz la idoneidad, suficiencia y adecuación técnica de los medios personales y materiales predispuestos por las entidades aseguradoras, a fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud de los asegurados (art. 43 CE) mediante una asistencia sanitaria privada de calidad y satisfactoria; ello, una vez que la propia Constitución admite la posibilidad de contratar libremente asistencia y prestaciones complementarias al servicio público y universal de la seguridad social (art. 41 CE), máxime cuando el asegurado merece también una tutela especial por parte de los poderes públicos en tanto que consumidor o usuario de servicios de salud (art. 51 CE)⁶⁹.

Asimismo, la postura adoptada en relación con la naturaleza de la actividad desplegada por las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria determinará la posición que se adopte en relación con importantes cuestiones prácticas planteadas habitualmente en el ramo de asistencia sanitaria: la naturaleza y el alcance real de la prestación asistencial comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria; y, en relación con lo anterior, la existencia o no de responsabilidad del asegurador por los daños y perjuicios sufridos por los asegurados como consecuencia de una defectuosa o mala praxis médica por parte de los profesionales y centros que ejecutan los servicios de asistencia.

El debate y las cuestiones prácticas planteadas exigen un cuidado análisis preliminar de la compleja naturaleza jurídica y estructura contractual del seguro de asistencia sanitaria y, como elemento fundamental del mismo, de la verdadera naturaleza y alcance de la cobertura comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria, auténtico caballo de batalla en la interpretación del seguro de asistencia sanitaria como triste consecuencia de su falta de concreción legal; para lo cual resulta absolutamente imprescindible profundizar en los conceptos básicos de riesgo e interés aplicados a los denominados seguros asistenciales o de prestación de servicios y, en particular, al seguro de asistencia sanitaria.

Pero al hilo de estos aspectos fundamentales, también es preciso preguntarse, de *lege ferenda*, si una mayor concreción del régimen jurídico del seguro de

⁶⁹ Cfr., NÚÑEZ LOZANO, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria*, cit., pgs. 242-248.

asistencia sanitaria y en particular de la prestación debida por el asegurador, así como un control más férreo de las prestaciones sanitarias organizadas por el asegurador, podrían servir precisamente para delimitar el ámbito de responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria en caso de una mala praxis de los centros y facultativos que ejecutan materialmente los servicios sanitarios, contribuyendo así a la seguridad jurídica en un problema que ha sido y sigue siendo objeto de reiteradas controversias en los últimos años y que puede llegar a condicionar el desarrollo mismo de este ramo del seguro en el futuro inmediato.

Antes de entrar en los aspectos materiales del seguro de asistencia sanitaria y de la problemática objeto de nuestro análisis, es conveniente realizar un somero recorrido de derecho comparado para comprobar cómo se regulan los derechos de salud en los países de nuestro entorno más próximo.

1.4. Panorama de Derecho comparado

Aunque en los principales países europeos existe un régimen de Seguridad Social universal, a lo largo del Siglo XX se ha ido manifestando también una tendencia creciente a la contratación de seguros privados de salud con carácter complementario o alternativo al seguro social público. Como venimos diciendo insistentemente, el seguro de asistencia sanitaria, de añeja y estable tradición en España, no ha tenido el mismo reconocimiento social ni legal en otros países de nuestro entorno más próximo, en los que prima, por el contrario, el seguro de enfermedad en sentido estricto, como seguro de reembolso de gastos de asistencia sanitaria y de rentas o sumas por días de hospitalización o de convalecencia.

Las legislaciones en materia de seguros de Francia, Italia, Portugal o Alemania no contemplan como tipo específico y autónomo de seguro el de asistencia sanitaria, limitándose al tradicional seguro de enfermedad en su modalidad de reembolso de gastos y de rentas o sumas. Sin embargo, aunque en la práctica aseguradora predomina claramente este seguro tradicional de enfermedad, partiendo del principio de autonomía de la voluntad las aseguradoras ofrecen también coberturas de asistencia sanitaria propiamente dicha, con carácter autónomo o mixto complementario (seguros de reembolso de gastos o de sumas y de asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria). Así, el hecho de que la legislación no contemple expresamente modelos de asistencia sanitaria similares al español no significa que los prohíba, de modo que en la práctica del sector no será extraño encontrar seguros de salud en los que el asegurador no se limite al reembolso de gastos sanitarios y abono de sumas por enfermedad, ofreciendo también con carácter alternativo o complementario listas o catálogos de centros y profesionales a los que puede acudir el asegurado para recibir el tratamiento adecuado a su dolencia y asumiendo directamente el pago de tales servicios asistenciales.

1.4.1. Los seguros de salud en Francia

En el ordenamiento francés, el “*Code des Assurances*” de 1976 no se ocupa de los seguros de personas en general ni de los seguros de enfermedad en particular en las disposiciones relativas al contrato de seguro (cfr., Livre I, arts. L.100-1 y ss.). Sin embargo, en la parte del Código consagrada al control de las operaciones de las empresas de seguros (Livre III), el art. L.310-1 señala indirectamente como ramos posibles de los seguros de personas, el seguro de vida, los seguros de nupcialidad y natalidad, los seguros de accidentes y los seguros de enfermedad.

En Francia se conciben tradicionalmente los seguros de accidentes y de enfermedad (“*assurance-maladie*”) como una segunda categoría de los seguros de personas (tras el seguro de vida), por entender que cubren riesgos relacionados con la integridad de la persona humana, de manera que el asegurador estará obligado a intervenir en caso de producirse un evento fortuito sobre la persona asegurada: el daño corporal o mental resultante de una enfermedad o de un accidente y que entrañe gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios; la incapacidad para trabajar que se traduzca en pérdidas de salarios y oportunidades laborales o incluso la posibilidad misma de volver a trabajar⁷⁰.

Ante el silencio legal, la doctrina científica francesa señala que el seguro de enfermedad tiene por objeto habitual garantizar o proteger al asegurado frente a las consecuencias económicas negativas que puede experimentar su patrimonio en caso de sufrir una enfermedad. De modo que el seguro de enfermedad cubre habitualmente el reembolso de gastos médicos y hospitalarios, aunque también puede cubrir, en forma de sumas o rentas, las consecuencias económicas de una incapacidad temporal, de una invalidez e incluso del posible deceso en que pudiera derivar una enfermedad. Sin embargo, la práctica aseguradora francesa admite también seguros de asistencia sanitaria para cubrir riesgos de enfermedad.

Efectivamente, en los seguros privados de salud (“*assurances de santé privées*”) ofrecidos por las compañías aseguradoras galas, se distingue normalmente, entre seguros de accidentes (“*assurance d’accidents*”), que protegen al asegurado frente a los riesgos de sufrir lesiones por causas violentas externas que le puedan producir una invalidez temporal o permanente e incluso la muerte, obligándose el asegurador a abonar la cantidad (en forma de suma o renta) que figure en la póliza por cada día de invalidez o en caso de invalidez permanente o fallecimiento, así como los gastos de asistencia sanitaria que pudieran derivarse; seguros de enfermedad (“*assurance-maladie*”), donde la empresa aseguradora se obliga a pagar unas cantidades determinadas de dinero correspondientes a los gastos médicos abonados previamente por el asegurado para el tratamiento de su enfermedad y, en su caso, unas rentas o capitales para cubrir posibles convalecencias e

⁷⁰ Vid. por todos, Jean BIGOT, *Chapitre Préliminaire*, en Jean BIGOT (Dir.), “*Les Assurances des Personnes*”, T. 4, L.G.D.J, Paris, 2007, pgs. 2 y ss.

incapacidades temporales; y seguros de asistencia sanitaria (“*assurance d’assistance sanitaire*”), en los que el asegurado puede elegir los centros y profesionales médicos que necesite para el tratamiento de su enfermedad dentro de la lista o cuadro ofrecida por la empresa aseguradora⁷¹.

La doctrina indica, en este sentido, que no debe confundirse el seguro de enfermedad con las prestaciones de asistencia por el asegurador (contempladas en el art. L.310-1,3º del “*Code des Assurances*”), incluso en el caso de que ésta pueda pactarse con motivo de accidentes o de enfermedades en las que sea víctima el asegurado. Se apunta al respecto que la garantía de asistencia no se limita a los riesgos de accidentes o de enfermedad propiamente dichos, y que los seguros asistenciales son realmente seguros de daños en los que el asegurador ejecuta sus prestaciones en forma de prestaciones *in natura*; obligaciones de hacer en función de las necesidades manifestadas por el asegurado, frente a las obligaciones de dar o pagar una cantidad (en forma de reembolso de gastos o de abono de sumas o rentas) características de los seguros de accidentes y de enfermedad⁷².

Se está reconociendo implícitamente, en definitiva, que el riesgo de enfermedad puede cubrirse por el seguro tradicional de enfermedad (“*assurance-maladie*”) o por el seguro de asistencia sanitaria (“*assurance d’assistance sanitaire*”). El aspecto más relevante a destacar ahora es que el seguro de asistencia sanitaria cubre también el riesgo de enfermedad, pero lo hace mediante una cobertura de prestación de servicios médicos incardinada en el más general ramo de seguros asistenciales, distinta por tanto del ramo de seguros de enfermedad en sentido estricto. Es decir, en el seguro de asistencia sanitaria estaríamos en realidad ante un seguro de asistencia asociado al riesgo de enfermedad, si bien doctrinalmente se quiere reconducir a los seguros de daños en la modalidad de indemnización en especie o *in natura*.

1.4.2. Los seguros de enfermedad en Italia

El ordenamiento jurídico italiano contempla la figura del seguro de enfermedad (“*assicurazioni malattia*”), en el art. 2.3º del “*Codice delle Assicurazioni Private*”, aprobado por el Decreto Legge Nº 209 de 7 settembre 2005, clasificándolo dentro de los ramos de seguros de daños, en el que se identifican como prestaciones propias del asegurador el reembolso de gastos de hospitalización y de asistencia médica, así como la entrega de sumas por días de hospitalización o convalecencia, con motivo de enfermedades o de accidentes;

⁷¹ Los tres tipos de seguros son compatibles entre sí, pudiendo ser objeto de contratos diferentes con la misma o distintas compañías, o bien combinarse en una misma póliza. Vid. al respecto la información ofrecida en el sitio http://infoconsumo.es/infocon/frances/Informa/Sanidad/Privados/f_tipos.htm (última visita, 10 de junio de 2011).

⁷² Cfr., Jean BIGOT, *Les assurances de personnes non vie. Notions Générales*, en Jean BIGOT (Dir.), “*Les Assurances des Personnes*”, cit., pgs. 500-506.

aunque en la práctica también se aprecia la tendencia a ofrecer servicios médicos a través de clínicas o centros concertados con el asegurador, de manera que en el contrato se pacta la sustitución de la prestación de pago o reembolso de gastos médicos por una prestación de servicios⁷³.

Esa sustitución contractual de la obligación del asegurador implica más bien una sustitución del seguro de enfermedad *stricto sensu* por un seguro de asistencia de servicios médicos y hospitalarios, regulado en abstracto o con carácter general en el art. 175 del “*Codice delle Assicurazioni Private*” de 2005, por medio del cual la empresa aseguradora se obliga, a cambio de una prima, a suministrar al asegurado la prestación de ayuda inmediata dentro de los límites del contrato para el caso de que se encuentre en una situación de dificultad tras la verificación de un evento fortuito (que en este caso sería la enfermedad), pudiendo consistir la ayuda en una prestación en dinero o en una prestación *in natura* (en este caso asistencia médica o sanitaria), utilizando para ello personal y medios del propio asegurador o de terceros.

1.4.3. Los seguros de salud en Portugal

El ordenamiento portugués de seguros ha sido modificado por la “*Lei do Contrato do Seguro*” aprobada por el Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de abril, en vigor desde el 1 de enero de 2009. La nueva Ley regula el “*Seguro de Saúde*” en la Sección Segunda, Capítulo III del Título III dedicado al “*Seguro de Pessoas*”. El art. 213º aporta una lacónica y genérica definición del “*seguro de saúde*”, describiéndolo como aquel en el que el asegurador cubre los riesgos relacionados con la prestación de cuidados de salud.

Según la doctrina, tras la genérica definición del seguro de salud en la nueva legislación portuguesa se esconde una remisión a lo pactado por las partes en el contrato, dejando así un amplio margen de actuación a las empresas aseguradoras en la oferta de seguros de salud⁷⁴. Por lo general, en el seguro de salud el asegurador cubrirá los riesgos relacionados con la prestación de cuidados de salud, incluyendo -en función de lo pactado en la póliza- los gastos resultantes de tratamientos específicos como la ayuda al parto. Se entiende por lo general que el seguro de salud comprende el seguro de enfermedad en sentido clásico (como “*seguro de doença*” o enfermedad, entendido como alteración involuntaria del estado de salud) como seguro de reembolso de gastos médicos.

Aunque, en realidad, los amplios términos en que se define el “*seguro de saúde*” en la nueva legislación portuguesa sirven para dar cobijo tanto a los

⁷³ Vid. Alberto POLOTTI Di ZUMAGLIA, *L'assicurazione privata contro le malattie*, en Guido ALPA, “*Le Assicurazioni Private*”, T. III, UTET, Torino, 2006, pgs. 3011-3014

⁷⁴ Vid. José ALVES de BRITO, *Seguro de Saúde*, en AA.VV., “*Lei do Contrato de Seguro Anotada*”, Almedina, Coimbra, 2009, pg. 527.

tradicionales seguros de reembolso de gastos médicos como a los seguros de asistencia médico-sanitaria en la red de prestadores organizada por el asegurador, pues en ambos casos el asegurador cubre los riesgos relacionados *con la prestación de cuidados de salud*; sean prestados por instituciones y profesionales incluidos en la red de asistencia organizada por el asegurador, o sean prestados por centros y profesionales externos escogidos libremente por el asegurado.

En la práctica las compañías aseguradoras del ramo salud ofrecen seguros de reembolso de gastos médicos, seguros de asistencia médica en la red de prestadores organizada por el asegurador y seguros mixtos. Los más frecuentes son seguros que garantizan prestaciones médico-asistenciales hospitalarias y ambulatorias y prestaciones indemnizatorias. Se definen como “*Prestações Convencionadas*” los pagos directos por parte de la empresa aseguradora de los gastos médicos (“*despesas médicas*”) resultantes de la asistencia al asegurado por parte de los centros y profesionales incluidos en la red concertada de prestadores organizada por aquella. Por “*Prestações Indemnizatorias*” se entienden los reembolsos efectuados por el asegurador con motivo de los gastos médicos abonados por el asegurado a centros y profesionales ajenos a la red de prestadores concertados⁷⁵.

1.4.4. Los distintos tipos de seguros de enfermedad en Alemania

En Alemania, tras la reforma de la legislación sobre contrato de seguro (“*Versicherungsvertragsgesetz*”) por medio de la “*Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*”, de 23 de noviembre de 2007, se regula con detalle el seguro privado de enfermedad (“*private Krankenversicherung*”), el cual se concibe -en el sentido más tradicional de los seguros de enfermedad- como un seguro de los costes o gastos médicos derivados de la enfermedad.

Las distintas modalidades de seguros de enfermedad se recogen en el párrafo 192 de la vigente “*Versicherungsvertragsgesetz*”, distinguiendo en función de la prestación contractual asumida por el asegurador en cada caso (“*Vertragstypische Leistungen des Versicherers*”):

⁷⁵ En la Cláusula Primera de las Condiciones Generales de la empresa “Saúde Prime” se definen las “*Prestações Convencionadas*” como: “*Comparticipações nas despesas médicas efectuadas pelas Pessoas Seguras na Rede de Prestadores. Estas participações traduzem-se em pagamentos efectuadas directamente aos Prestadores e fazem-se nos termos do estipulado nestas Condições Gerais e nas Condições Especiais e Particulares do Contrato do Seguro*”. Asimismo se definen las “*Prestações Indemnizatorias*” como: “*Comparticipações nas despesas médicas efectuadas pelas Pessoas Seguras fora da Rede de Prestadores. Estas participações traduzem-se em reembolsos efectuados aos Aderentes, depois dos mesmosterem efectuado pagamentos directamente aos Prestadores e fazem-se nos termos do estipulado nestas Condições Gerais e nas Condições Especiais e Particulares do Contrato do Seguro*”.

- a) El apartado 1 del parágrafo 192 VVG define el *seguro de costes de enfermedad* (“*Krankheitskostenversicherung*”), por el que el asegurador se obliga a cubrir total o parcialmente los gastos necesarios para el tratamiento médico derivado de una enfermedad o un accidente, incluidas otras prestaciones como el embarazo, alumbramiento o reconocimientos preventivos para el diagnóstico precoz de enfermedades.

Se configura así como un seguro de daños, donde el riesgo asegurado es la pérdida patrimonial que para el asegurado supone el tener que afrontar los gastos de asistencia médica y hospitalaria derivados de una enfermedad. La nueva Ley indica -recogiendo doctrina del Supremo Tribunal Federal (BGH)- que el asegurador no estará obligado a abonar los gastos médicos cuando éstos resulten ser llamativamente desproporcionados con las prestaciones recibidas por el asegurado.

Pero lo más relevante de la reforma de 2007 es el reconocimiento legal de los contratos de seguro de enfermedad “*managed care*” o seguros de organización de prestaciones y costes (“*Leistungs- und Kostensteuerung*”), aproximándose al modelo estadounidense de seguros privados de enfermedad del “*Health Maintenance Organisation*” (HMO). Así, el apartado 3 del parágrafo 192 VVG indica que en estos contratos, junto a la prestación típica de costear los gastos de enfermedad, el asegurador puede obligarse también a una serie de prestaciones adicionales de servicios, entre las que cuenta asesorar al asegurado sobre las prestaciones o servicios y el centro o profesional adecuados para el tratamiento de su enfermedad o dolencia (asesoramiento que, en la práctica, se reduce a la provisión u oferta de un catálogo o lista de prestaciones posibles y de centros o profesionales a los que pueda acceder el asegurado), sobre la autorización para abonar las remuneraciones de los prestadores de servicios médicos o asistenciales o sobre el rechazo o negativa a abonar remuneraciones injustificadas, el apoyo al asegurado en las reclamaciones con motivo de prestaciones defectuosas de asistencia médica y de sus posibles consecuencias (cuestiones de responsabilidad médica), así como a liquidar directamente el coste de las prestaciones médicas a los centros o profesionales que hayan atendido al asegurado previo acuerdo -se entiende- con los centros y profesionales encargados de prestar la asistencia.

Señala la doctrina que el reconocimiento legal de modelos contractuales de gestión privada de la salud (“*managed care*” / “*Leistungsmanagement*”) permitirá a las empresas de seguros controlar la evolución de los costes en la prestación de servicios de salud a fin de poder financiar a largo plazo una medicina de calidad, en particular celebrando contratos con los centros y profesionales de la salud para fijar tarifas y controles de calidad en la prestación de sus servicios asistenciales a los asegurados⁷⁶.

⁷⁶ Vid. SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER, *Vorbemerkungen zu den Paragraphs. 102 bis 208 VVG*, en “*Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*”, 2008, Rdn. 10-11. También ROGLER *Krankenversicherung*, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (Hrsg.), “*Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*”, Nomos Verlag, München, 2009, pgs. 852-854.

De tal forma, el asegurador no tendrá que limitarse ya a la mera función de rembolsar los gastos de enfermedad presentados por el asegurado, sino que podrá desarrollar nuevos modelos y métodos para organizar y dirigir las prestaciones y el coste de las prestaciones asistenciales sin mermar por ello la calidad de las mismas⁷⁷. En estos modelos, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7 del parágrafo 192 VVG, del pago de los servicios médicos prestados al asegurado responden solidariamente el propio asegurado y el asegurador que se hubiera comprometido contractualmente a abonar directamente tales servicios. De manera que el prestador del servicio médico podrá reclamar el pago bien al asegurador o bien al asegurado (que luego podrá reclamar el reembolso al asegurador).

- b) En el *seguro de pagos por hospitalización* (“*Krankenhaustagegeldversicherung*”) contemplado en el apartado 4 del parágrafo 192 VVG, se obliga el asegurador a abonar una suma determinada por los días que el asegurado deba permanecer en una clínica u hospital para recibir tratamiento por una enfermedad o accidente. Se trata, por tanto, de un seguro de sumas que no se limita a cubrir los costes concretos de la estancia en el hospital o clínica, sino también otros costes abstractos asociados indirectamente a esa estancia hospitalaria, como pueden ser los costes de viaje y estancia de familiares o los costes de una persona de apoyo durante la estancia en el hospital.
- c) El *seguro de pagos por enfermedad* (“*Krankentagegeldversicherung*”) regulado en el apartado 5 del parágrafo 192 VVG, el asegurador se obliga a abonar al asegurado la cantidad prevista en el contrato por cada día para compensar la pérdida de ingresos derivados de bajas por enfermedad o accidentes. Tiene un carácter netamente salarial.
- d) El *seguro de asistencia a la dependencia* (“*Pflegekrankenversicherung*”), previsto en el apartado 6 el parágrafo 192 VVG, por medio del cual, en caso de necesidad de asistencia del asegurado, el asegurador se obliga dentro de los límites del contrato a rembolsar los gastos necesarios para su cuidado (“*Pflegekostenversicherung*”) o a abonar la suma o renta acordada en el contrato (“*Pflege tagegeldversicherung*”). En el primer caso se trata de un seguro de daños similar al “*Krankenkostenversicherung*” y en el segundo un seguro de sumas equiparable al “*Krankentagegeldversicherung*”. Se entiende por dependencia (“*Pflegebedürftigkeit*”) la necesidad de ayuda que durante un tiempo prolongado tienen aquellas personas que no pueden realizar sus tareas u obligaciones habituales como consecuencia de una enfermedad corporal o psíquica.

Vemos, en definitiva, que la moderna legislación alemana sobre el contrato de seguro sigue apreciando el seguro de enfermedad, en sus distintas manifestaciones, como un seguro de reembolso de gastos sanitarios y como un

⁷⁷ Vid. Helmut MÜLLER, *Private Krankenversicherung*, en BECKMANN/MATUSCHKE-BECKMANN, “*Versicherungsrechtshandbuch*”, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pg. 2701.

seguro de sumas por los días de enfermedad, hospitalización o dependencia. No obstante, en el caso concreto del seguro de costes de enfermedad, aunque sigue anclándose fundamentalmente en el principio de reembolso de gastos, la reforma de la VVG de 2007 permite a las empresas aseguradoras del sector enfermedad desarrollar modelos próximos al “*managed care*” o gestión de las prestaciones sanitarias (“*Leistungsmanagement*”), sentando así las bases legislativas para sustituir el modelo tradicional del mero reembolso de gastos de enfermedad por un modelo en el que el asegurador organiza los servicios de asistencia médico-sanitaria con centros y profesionales y asume directamente el pago de los servicios médicos y hospitalarios necesarios para el tratamiento de la enfermedad del asegurado, sea mediante declaraciones expresas asumiendo el pago de la prestación o mediante sistemas de tarjeta asistencial⁷⁸. De esta manera, en la práctica los aseguradores del sector pueden organizar modelos próximos al seguro de asistencia sanitaria español, basados en un catálogo de prestaciones ofrecidas por centros clínicos y hospitalarios y por profesionales concertados previamente con el asegurador, que negociará servicios de calidad y tarifas básicas para los asegurados; aunque la referencia del legislador alemán parece ser el modelo estadounidense del “*Health Maintenance Organisation*”, donde la empresa aseguradora tiene un mayor control de las prestaciones médico-sanitarias adecuadas para tratar la enfermedad del asegurado y, con ello, un mayor control sobre los profesionales que integran su cuadro médico.

1.4.5. El modelo estadounidense del “*Managed Health Care*”

En los Estados Unidos de América puede encontrarse una experiencia similar a la del seguro de asistencia sanitaria en España. Dado que los EE.UU carecen de un sistema público de salud que preste servicios universales, tradicionalmente el acceso a la medicina se hacía acudiendo a la consulta privada de profesionales y clínicas y abonando los servicios a medida que eran prestados (“*fee-for-service basis*”). Tras la Gran Depresión provocada por la crisis económica de 1929 y ante la falta de recursos para costear la medicina privada, fueron apareciendo entidades que ofrecían la prestación de servicios médicos a cambio de una prima periódica, de manera similar a los igualatorios médicos en España. Esta práctica, conocida como “*prepaid group practice*”, fue acogida progresivamente por empresarios que ofrecían planes de atención médica a los empleados, previa concertación con clínicas y profesionales de la medicina. Más tarde, los hospitales comenzaron a ofrecer planes similares (llamados “*Blue Cross Plans*”) para garantizarse un flujo constante de recursos que les permitiera continuar con su actividad y, a la vista del éxito de la iniciativa, grupos de profesionales de la medicina crearon planes similares bajo la denominación de “*Blue Shields Plans*”. Al mismo tiempo, las empresas de seguros comenzaron a ofrecer seguros de enfermedad bajo la modalidad de reembolso de gastos médicos y hospitalarios (“*indemnity coverage*”) abonados

⁷⁸ Vid. por todos, MÜLLER, *Private Krankenversicherung*, en BECKMANN/MATUSCHKE-BECKMANN, “*Versicherungsrechtshandbuch*”, 2ª ed., cit., pg. 2698.

previamente por los asegurados; pero, a la vista del éxito de los sistemas de prepago ofrecidos por hospitales y grupos de profesionales de la medicina, poco a poco comenzaron a ofrecer seguros de enfermedad en la modalidad de servicios médicos o asistenciales de prepago (“*prepaid health care*”) concertando esos servicios con hospitales, clínicas y profesionales ajenos a la entidad aseguradora.

Los sistemas o planes de prepago en servicios de salud fueron rebautizados posteriormente, en la década de 1970, como “*Health Maintenance Organisations*” (HMO), cuyo negocio consiste en organizar el acceso de sus clientes a las prestaciones sanitarias que vayan necesitando a lo largo del tiempo, abonando el precio convenido con las clínicas, hospitales y profesionales de la medicina que actúan como proveedores materiales de esos servicios médicos. Con el paso del tiempo la organización de servicios médicos cambió de modelo, pasando las compañías de HMO a un modelo conocido como “*managed health care*” que implica no la mera organización y pago de servicios médicos, sino una gestión más férrea por parte de la entidad, que interviene en la prestación de servicios médicos a cada cliente o paciente con la intención de racionalizar los costes y hacer más eficiente la prestación del servicio médico. Para ello las “*Managed Care Organisations*” (MCOs) se arrogan contractualmente facultades de organización en el acceso a las prestaciones médicas y de supervisión o control de la actividad médica y hospitalaria a la hora de adoptar decisiones sobre el tratamiento más adecuado para cada cliente⁷⁹.

Entre las técnicas de gestión que caracterizan el “*managed health care*” destacan: la asignación de un médico de cabecera que actúa como filtro o control previo indispensable para valorar el estado del asegurado y autorizar, en su caso, la atención por especialistas o la práctica de determinadas pruebas; el establecimiento de protocolos de actuación comunes a todos los centros y profesionales concertados, con la intención de racionalizar la gestión mediante criterios uniformes en la prestación de los servicios médicos; crear sistemas de atención a distancia al asegurado, para evitar en lo posible que acuda a los servicios del cuadro médico y hospitalario; la implementación de sistemas de autorización previa para determinadas pruebas médicas prescritas por los facultativos, valorando su procedencia en términos de coste/beneficio a la vista del estado de salud que presente el paciente; generar incentivos económicos para el médico de cabecera y para los especialistas, incrementando sus retribuciones con parte del ahorro que supone evitar prescribir tratamientos o pruebas innecesarios⁸⁰.

⁷⁹ Entre la numerosa literatura norteamericana que se ocupa del “*managed health care*”, destacan, entre otros, Peter R. KONGSTVEDT, *Essentials of Managed Health Care*, 5th ed., Jones & Bartlett Publishers, 2007; y Barry R. FURROW (et al.), *Liability and Quality Issues in Health Care*, 6th ed., Thomson-West, 2008. Vid. también Robert F. RICH, *The Two Faces of Managed Care Regulation & Policymaking*, Stanford Law & Policy Review, 2005.

⁸⁰ Exponen con detalles estas técnicas entre nuestra doctrina, Miquel MARTÍN CASALS, Jordi RIBOT IGUALADA y Josep SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 23 y ss.; y

Se trata, por tanto, de un sistema distinto al que actualmente existe en nuestro país por medio del seguro privado de asistencia sanitaria, donde las compañías aseguradoras se limitan a ofrecer un cuadro médico y hospitalario al asegurado para que éste seleccione libremente el centro o profesional al que quiere acudir para tratar su dolencia, sin que la compañía interfiera en la decisión médica-clínica, limitándose a abonar los servicios prestados de acuerdo con lo pactado previamente con esos centros y profesionales médicos. No obstante, sí pueden apreciarse algunas de las técnicas antes referidas del MHC en la práctica de algunas aseguradoras de asistencia sanitaria (la organización de asistencia a distancia, telefónica o telemática, la autorización previa de determinadas pruebas, el nombramiento de médicos de cabecera...), si bien con muy distinta intensidad en el grado de control del comportamiento del paciente y de los facultativos y centros⁸¹.

con carácter sumario, Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 807-808.

⁸¹ Aunque, de continuar la actual coyuntura económica así como el incremento del coste de las pruebas y tratamientos médicos y la creciente demanda de servicios de salud privados, no puede descartarse que estas técnicas adquieran en el futuro un carácter mucho más riguroso.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y ESTRUCTURA CONTRACTUAL DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA. EN PARTICULAR, NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DEL ASEGURADOR

El art. 1 LCS 1980 establece un concepto unitario o general de contrato de seguro, por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido dentro de los límites pactados, a satisfacer una renta o capital o a realizar otras prestaciones que se hubieran convenido.

Así pues, la Ley da una definición unitaria de contrato de seguro aplicable a las distintas modalidades de seguros, estén o no tipificadas en la misma (v.gr., seguros de natalidad, nupcialidad, decesos, asistencia turística u otros tipos de asistencia, etc.). Y delimita, en principio, los tipos de seguros por la naturaleza de la prestación asumida por el asegurador: indemnizatoria, satisfacción de un capital u otras prestaciones que se hubieran convenido...; con lo cual reconoce un espacio de libertad a las partes (ex art. 1255 CC) para pactar en el contrato el objeto de la prestación del asegurador, y reconoce también la libertad de empresa del asegurador (ex art. 38 CE) para organizar y ofrecer coberturas de naturaleza diferente a las indemnizatorias y de sumas o rentas.

Sin embargo, después de establecer unas disposiciones comunes para todos los tipos de seguros (Título I), la misma LCS sistematiza luego las diferentes modalidades de seguros tipificadas en función del objeto del riesgo asegurado con cada seguro, estableciendo dos grandes grupos o subcategorías: seguros de daños, en los que el riesgo incide sobre bienes materiales o sobre el patrimonio (Título II); y seguros de personas, donde el riesgo recae directamente sobre el ser humano: sobre su existencia, integridad corporal o salud (Título III).

Esta distinción en dos grandes grupos de seguros ha servido de apoyo a la teoría dualista del seguro, que defiende la imposibilidad de aportar una definición y un tratamiento unitarios para todos los contratos de seguros, a la vista de las evidentes diferencias que existen entre los seguros de daños y los seguros de personas en relación con el objeto del riesgo asegurado y con la naturaleza de las prestaciones comprometidas por el asegurador en cada categoría de seguros⁸². La *summa divisio* entre seguros de daños y seguros de

⁸² La tesis dualista fue patrocinada en nuestro país principalmente por el maestro Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, 1ª ed., Madrid, 1973, pgs. 36 y ss; 2ª ed., Madrid,

personas, en la que se justifica la teoría dualista, aparecía asociada tradicionalmente a la distinción entre seguros de indemnización efectiva, propios de los seguros de daños sobre bienes y sobre el patrimonio, y seguros de sumas o de capitalización, tomando como referencia al seguro de vida. Esta asociación o relación entre grupos de seguros en función del riesgo y la cobertura encuentra su explicación en un momento histórico (Siglo XIX) en que el único referente de los seguros de personas era el seguro de vida, principal exponente de los seguros de sumas o rentas (seguros de previsión voluntaria, que buscan la obtención de una suma de dinero o una renta periódica para el caso de que se produzca el fallecimiento o la sobrevivencia a una determinada edad mediante la capitalización de las cantidades entregadas como prima), llegando a considerar que todo seguro de personas era un seguro de capitalización. Pero la posterior aparición y desarrollo, ya comenzado el Siglo XX, de los seguros de accidentes y enfermedad, rompió esa relación entre seguros de personas y seguros de capitalización⁸³, ya que estas nuevas modalidades de seguros de personas incorporan tanto prestaciones a tanto alzado -de rentas o sumas- a modo de previsión caso de producirse el siniestro, como prestaciones indemnizatorias -exclusivas, hasta entonces, de los seguros de daños- en concepto de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos⁸⁴.

El difícil encaje de algunas modalidades de seguros de personas dentro de la categoría de seguros de sumas, impulsaron la teoría monista del contrato de seguro, que comprende por igual seguros de daños y seguros de personas en sus distintas modalidades. La teoría monista o unitaria del contrato de seguro propone una comprensión única y general para todos los contratos de seguro, independientemente de cuál sea el riesgo asegurado y cuál la naturaleza de la prestación asumida por el asegurador, basándose en la finalidad y en los elementos comunes a todos los seguros y reconduciendo en último término la función de previsión propia de los seguros de sumas a una función indemnizatoria *lato sensu*⁸⁵. La definición unitaria del contrato de seguro (art. 1 LCS) y la existencia de disposiciones comunes a todos los contratos de

1983, pgs. 28 y ss. Vid. también Luis De ANGULO RODRÍGUEZ, *Sobre la regulación de los seguros de personas*, en AA.VV., “*Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino F. Duque Domínguez*”, Vol. II, Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, 1998, pgs. 1157-1158.

⁸³ Vid. Luis Alberto MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pgs. 31-32.

⁸⁴ Vid. Giuseppe FANELLI, *La “summa divisio” delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, en “Saggi di Diritto delle Assicurazioni”, Giuffrè, Milano, 1971, pgs. 493 y ss.

⁸⁵ Vid. Antigono DONATI, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1954, III, pgs. 508 y ss. Esta tesis fue defendida en España por el maestro Rodrigo URÍA, *Orientaciones modernas sobre el contrato de seguro*, Revista de Derecho Mercantil (RDM), nº 84, 1962, pgs. 263 y ss. Y ha sido continuada luego, tras la aprobación de la LCS 1980, por Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1*, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (Dir), “*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*”, Thomson-Aranzadi, 3ª ed., cit., pg. 31; 4ª ed., 2010, pgs. 36-37.

seguros (Título I, arts. 1-24 LCS), construidas fundamentalmente en las características propias de los seguros de daños, son los elementos normativos sobre los que se sustenta la teoría monista, superando la artificial diferencia entre seguros de daños y seguros de personas en función del objeto del riesgo. La teoría monista se construye sobre la consideración unitaria del contrato de seguro bajo la perspectiva de la causa-función, como finalidad objetiva perseguida por las partes en el contrato de seguro, y que consistiría en la cobertura del riesgo ajeno por parte del asegurador, a cambio de una prima, para el caso de que aquél llegue a concretarse produciendo un daño, ofreciendo así una seguridad o garantía al asegurado⁸⁶. De esta forma, mediante la abstracción se logra aislar el contrato de seguro de los elementos particulares de cada tipo concreto de seguro para centrarse en los elementos comunes a todas las modalidades de seguros; en particular el riesgo, en tanto en cuanto, la prestación del asegurador depende, en cualquier clase de seguro, de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. En todo contrato de seguro, el tomador o contratante del seguro, a cambio de una prima, busca prevenirse, mediante la prestación ofrecida por el asegurador, frente a la posibilidad incierta (aleatoria) de que llegue a producirse el evento dañoso (siniestro) que constituye la concreción del riesgo asegurado. Junto al riesgo se sitúa comúnmente, como elemento fundamental adicional, el interés asegurado, que hace referencia a la relación, susceptible de valoración económica, entre el asegurado y el objeto del riesgo asegurado.

El reconocimiento legal de la asistencia sanitaria como modalidad o ramo específico de seguro en España, a mediados del siglo XX por la LOSP 1954, y su consagración posterior como tipo contractual en la LCS 1980, introdujo un elemento importante de distorsión en la teoría general del contrato de seguro. Por una parte, con la tipificación legal del seguro de asistencia sanitaria se dio un paso hacia la ruptura de la relación establecida tradicionalmente entre los seguros de daños y las prestaciones pecuniarias indemnizatorias, de un lado, y los seguros de personas y prestaciones pecuniarias a tanto alzado o de sumas, de otro lado. Por otra parte, el seguro de asistencia sanitaria fue, en la LCS 1980, el único seguro de personas en el que no se contemplaba la prestación de sumas o prestación a tanto alzado. Y, finalmente, el seguro de asistencia sanitaria se muestra desde entonces como la punta de lanza de los seguros de prestación de servicios, entendidos hoy día por un sector cada vez más apreciable de la doctrina científica como *tertium genus* o tercera modalidad de prestaciones a las que puede comprometerse el asegurador; apareciendo luego sucesivamente los seguros de defensa jurídica, de decesos, de asistencia turística y de asistencia por dependencia, en lo que vendría a constituir una quiebra completa de la tradicional división por grandes bloques entre seguros de indemnización efectiva y seguros de sumas.

La definición unitaria del seguro admitiendo diversas prestaciones o coberturas de las empresas aseguradoras (art. 1 LCS), es buena muestra del entorno liberalizador que caracteriza la legislación sobre seguros desde los

⁸⁶ Vid. sobre la causa y el objeto en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, infra, II.3.2.

años 80 del Siglo XX, consagrando la libertad de contratación y la libertad de empresa en el sector asegurador y abriendo las puertas a prestaciones diferentes a las pecuniarias -indemnizatorias y de sumas-, sean prestaciones indemnizatorias de reparación o reposición del objeto siniestrado (cfr., art. 18 II LCS), o sean prestaciones de hacer en forma de prestación o provisión de servicios (seguros asistenciales), que tanto desarrollo han tenido en las décadas posteriores a la aprobación de la LCS 1980.

2.1. Aproximación al estudio tipológico del seguro de asistencia sanitaria

En este contexto, la diversidad existente en el campo de los seguros privados y las consabidas diferencias de régimen jurídico entre los distintos tipos de seguros, aunque puedan darse coincidencias por el objeto del riesgo asegurado (v.gr., el patrimonio, la enfermedad), impiden a mi juicio que puedan reconducirse materialmente a una única categoría que sirva para explicar de manera coherente y satisfactoria sus diferentes naturalezas y regímenes jurídicos⁸⁷. Del mismo modo tampoco resulta satisfactoria la teoría dualista que, sobre los mismos elementos centrales, pretende agrupar los distintos tipos de seguros en las dos grandes subcategorías de seguros de daños y seguros de personas. La construcción del contrato de seguro sobre la causa del contrato apreciada en abstracto y sobre el riesgo e interés como elementos fundamentales presentes en todos los contratos de seguro, prescindiendo de la naturaleza concreta del riesgo asegurado y de la prestación comprometida en cada caso por el asegurador, sólo sirve para caracterizar formalmente una supraestructura conformada por un concepto general (el de contrato de seguro) y un sistema jurídico (el del seguro) omnicompreensivo de todos los riesgos asegurados (cfr., art. 6 TRLOSSP) y de todas las modalidades o tipos concretos de contratos de seguro (art. 1 LCS). Pero no es válida para analizar cada uno de los tipos contractuales; para conocer su estructura concreta, su naturaleza y su régimen jurídicos; ni, en consecuencia, para resolver problemas específicos generados en la praxis y no contemplados en la norma.

De hecho, el legislador comunitario no se rige por el patrón del objeto del riesgo asegurado (bienes y patrimonio, de un lado, y la persona, de otro), sino que, muy consciente de la multiplicidad de seguros de naturaleza diversa en los ordenamientos nacionales de los distintos Estados miembros, se limita a distinguir entre seguros de vida y seguros distintos a los seguros de vida, fijando una clasificación de ramos técnicos aseguradores (en la que reconoce por igual prestaciones indemnizatorias, de rentas y asistenciales); aunque, eso sí, a los únicos fines de establecer la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento en el mercado interior del seguro (pasaporte comunitario), y de armonizar la normativa sobre control y supervisión de los seguros privados

⁸⁷ MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, cit., pgs. 32-33.

en relación con el cálculo de la prestación pactada y la gestión patrimonial y financiera del riesgo⁸⁸.

Entiendo, por tanto, que actualmente existen argumentos suficientes para sostener con rigor que la falta de uniformidad conceptual y material entre los diferentes tipos de seguros hacen inútiles los esfuerzos por integrar las diferentes modalidades de seguro en una única categoría de contrato de seguro, así como los intentos por sistematizar los seguros privados en grandes bloques en función del objeto del riesgo asegurado, surgiendo con fuerza una *concepción pluralista o atomizada de los contratos de seguro* en la que, como evolución dialéctica a partir del concepto básico y unitario de seguro, adquiere un carácter prevalente o fundamental la determinación de la naturaleza y función de la prestación a la que se compromete el asegurador en cada tipo concreto de contrato de seguro⁸⁹.

A mi juicio, la atomización del panorama asegurador hace que resulte más coherente con la realidad del sector, tanto en el plano contractual como en el de control y supervisión, distinguir los seguros privados adoptando como criterio determinante, pero no exclusivo, las prestaciones u obligaciones concretas asumidas por el asegurador en cada tipo o modalidad de seguro⁹⁰; máxime cuando un mismo riesgo genérico (v.gr., la enfermedad) puede concretarse en riesgos específicos (pérdida de oportunidad por incapacidad temporal o permanente, pérdida patrimonial por gastos médico-farmacéuticos, o necesidad de asistencia sanitaria médico-hospitalaria), y que, por tanto, la cobertura del riesgo puede llevarse a cabo a través de distintas modalidades de seguro.

El trabajo de distinción entre diferentes modalidades de seguros y el conocimiento preciso de la naturaleza y estructura íntima de cada tipo concreto (la estructuración concreta de cada seguro), tiene lugar no sobre la causa y el objeto del contrato apreciados en abstracto (donde los elementos riesgo e interés se toman con carácter general para los distintos seguros), ni tampoco exclusivamente sobre la prestación abstracta de garantía o de seguridad ofrecida por el asegurador, sino sobre la combinación analítica de la causa concreta y el objeto específico de cada tipo concreto de seguro. Considero que el conocimiento preciso de cada tipo determinado de seguro sólo puede extraerse mediante un examen combinado del riesgo específico asegurado

⁸⁸ Apartado A) del Anexo de la Primera Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio, sobre el acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y su ejercicio, en la redacción dada por los arts. 1.2 y 6 de la Segunda Directiva no vida 84/641/CEE, de 10 de diciembre.

⁸⁹ El principal referente de esta concepción es el trabajo de Gianguido SCALFI, *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?*, Assicurazione, 1995-3, pgs. 143 y ss. Cfr., en la doctrina española, Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2002, pgs. 16 y ss. y 34 y ss.

⁹⁰ Vid. Abel B. VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009, pg. 35.

(robo, incendio, muerte, lesiones, enfermedad) con la concreta prestación comprometida por el asegurador (indemnizatoria pecuniaria o de reparación; renta o capital; prestación de servicios; mixta de varias o todas las anteriores) para el caso de que llegue a producirse el riesgo asegurado⁹¹. Teniendo en cuenta también, a tales fines, los criterios de determinación de la prestación a percibir en caso de siniestro en cada clase de contrato de seguro (la determinación a priori mediante técnicas de capitalización en los seguros de sumas o rentas; la determinación a posteriori mediante la indemnización pecuniaria del daño producido o la reparación del objeto siniestrado en los seguros de daños; y...a mi entender, la determinación y provisión a priori del catálogo de servicios ofrecidos en los seguros asistenciales)⁹², que influyen en las medidas que debe adoptar cada entidad aseguradora para estar en condiciones de afrontar sus compromisos llegado el caso de producirse el evento riesgoso y, con ello, en las técnicas y previsiones de control y supervisión de tales medidas por parte de la Administración competente.

Parece, pues, que la causa objetiva o causa-función de cada tipo contractual de seguro sólo puede determinarse de forma precisa (si no se quiere caer en la abstracción, válida solamente para definir y caracterizar el contrato de seguro en general o como supraestructura dogmática y normativa), poniendo en relación íntima y directa la causa concreta (que dependerá de la naturaleza del riesgo garantizado) con el objeto específico (la prestación o cobertura de garantía comprometida por el asegurador que interesa al asegurado, que dependerá de la prestación o cobertura específica de cada tipo de seguro) de cada contrato de seguro en particular, para lo cual es necesario realizar una aproximación empírica.

Materialmente puede decirse que no existe una dupla de riesgos posibles (cosas y personas), sino una multiplicidad de riesgos concretos (transporte, pérdida de mercancías, incendio, ilícito cometido contra un tercero, pérdida pecuniaria, muerte o supervivencia, enfermedad, natalidad, etc.). Como tampoco existe una tripla de prestaciones (indemnizatoria, de previsión y de asistencia), sino una multiplicidad de prestaciones específicas (indemnización pecuniaria, indemnización de reparación o reposición, sumas o rentas por días de baja laboral o por hospitalización, ahorro y capitalización, asistencia sanitaria, asistencia en viaje, asistencia en decesos, asistencia por

⁹¹ SCALFI, *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?*, cit., pgs. 145-148.

⁹² Cfr., MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, cit., pg. 33, para quien “el planteamiento más funcional consiste en partir de una clasificación de los seguros basada más bien en los criterios de determinación de la prestación a percibir en caso de siniestro en cada clase de contrato de seguro, y no en el tipo de riesgo cubierto por cada uno de tales contratos, de forma que se pudiese hablar, más que de seguros de daños o de personas, de seguros de indemnización objetiva, de capitalización plena, o híbridos o mixtos entre las dos técnicas, cuando contemplen ambas posibilidades”. Sin embargo, el profesor MARCO no hace referencia a los criterios de determinación de la prestación a percibir por el asegurado en la categoría o clase de los seguros de prestación de servicios, salvo que se entienda que los reconduce a los seguros de indemnización objetiva, aunque parece reconocer en el seguro de asistencia sanitaria un seguro de prestación de servicios (cfr., ob. cit., pgs. 55-56).

dependencia, etc.), que además pueden combinarse entre sí de diferentes formas (rentas y reembolso de gastos; rentas y asistencia; asistencia y reembolso, etc.). En suma, la diversidad en la tipología de riesgos se traduce en la misma diversidad tipológica de coberturas de seguridad por parte del asegurador⁹³, y ambas -en conexión necesaria- determinan la naturaleza y la estructura concreta de cada tipo o modalidad de seguro.

Se trata, en definitiva, de invertir la aproximación metodológica al campo de los seguros privados, potenciando el método tópico o tipológico (atomizador) sobre el abstracto (unificador y clasificador)⁹⁴. Frente a la tradición de unificar y clasificar lo diverso, se impone la tarea de descubrir y situar en un primer plano lo concreto, lo particular, lo específico, lo determinado...lo que existe de relevante o fundamental en la estructura de cada tipo de seguro y que determina, *a priori*, su definición, su naturaleza y su función, y *a fortiori*, su régimen jurídico. Conviene explorar el concepto concreto, específico o determinado de cada tipo de seguro, frente al concepto abstracto, general e indeterminado de seguro y frente a los conceptos o categorías intermedias de seguros de daños y seguros de personas construidas en función del objeto del riesgo asegurado. El pensamiento tipológico aúna elementos conceptuales, normativos y empíricos para descubrir la verdadera esencia de una institución jurídica (en nuestro caso un concreto tipo de seguro) y proponer soluciones razonables de régimen jurídico a los problemas que plantea⁹⁵. Si la Ley no aporta una caracterización completa y definitiva del tipo (como precisamente ocurre con el seguro de asistencia sanitaria), éste necesitará ser completado en sus rasgos mediante la inducción: a partir de la definición legal, de sus antecedentes históricos y de su desarrollo práctico en el tráfico económico⁹⁶. El conocimiento de cada tipo contractual concreto requiere la ponderación de su estructura concreta y de la importancia de los intereses conjugados en el

⁹³ Cfr., SCALFI *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?*, cit., pg. 148.

⁹⁴ El pensamiento tipológico supone un pensamiento en base a la naturaleza de la cosa y en la técnica del pensamiento problemático. Vid. Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª Ed., 1984, pg. 310. Señala Karl LARENZ, en esta línea, que el tipo como forma de pensamiento está claramente en contacto con el concepto concreto hegeliano. Vid. *Metodología de la ciencia del derecho*, 1ª ed., Ariel, Madrid, 1994, pgs. 451-452.

⁹⁵ Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung im Recht un Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968. Traducida al español por Juan José Gil Cremades, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004, especialmente pgs. 239 y ss. y pgs. 353 y ss.

⁹⁶ Carl SCHMITT (*Gesetz und Urteil*, 1912, pgs. 20 y ss.) creó la doctrina del pensamiento ordinalista concreto, concebida como un pensamiento jurídico adaptado a los órdenes específicos, apuntando al respecto que toda institución tiene su propio orden interno de carácter concreto y que a la hora de aplicar el Derecho es preciso aceptar los principios de ordenación concreta contenidos en cada institución. Añade ENGISCH (*La idea de concreción en el derecho*, cit., pg. 251) que frente a una abstracción excesiva surge el afán de no mezclar lo diverso en un mismo puchero, de encontrar para cada grupo de casos la norma apropiada.

contrato, en relación comparativa con otros modelos y tipos legales⁹⁷. Así, partiendo de que la mayoría de los tipos contractuales han surgido de la experiencia, del mismo tráfico jurídico, impulsados por la autonomía de la voluntad (y también, en su caso, por la libertad de empresa), resulta fundamental explorar sus antecedentes y evolución para entender el sentido último conferido por el legislador en el tipo legal y, en último término, reconocer la solución de régimen jurídico más adecuada con su naturaleza para resolver los problemas prácticos planteados.

Todo ello sin perjuicio de la validez de conceptos generales-concretos, que agrupan tipos intermedios. En nuestro caso, grupos de seguros coincidentes no tanto en el objeto fundamental o prevalente del riesgo asegurado, sino en la naturaleza de la prestación comprometida por el asegurador; no, por tanto, en la causa del contrato sino en el objeto del contrato de seguro. El concepto general-concreto debe reunir una lista de tipos concretos que tengan en común rasgos o elementos definidores específicos (más allá por tanto del objeto genérico del riesgo asegurado: daños en los bienes o en el patrimonio o la persona) que revelen una esencia o impronta común; en particular, la naturaleza de la prestación de seguridad o garantía comprometida por el asegurador⁹⁸.

Del mismo modo, el descubrimiento de la estructura íntima del tipo concreto y su incardinación en conceptos generales-concretos no excluye la posterior clasificación y sistematización formalizadora en un concepto general abstracto donde se realcen los elementos comunes a todas las categorías intermedias y específicas.

La diversificación o la pluralidad en los contratos de seguro implica el análisis de los principios y reglas esenciales de cada contrato de seguro, el estudio de la naturaleza íntima del tipo concreto de seguro, que se traducirá finalmente en la constatación de las diferencias esenciales de naturaleza jurídica en el plano estructural y funcional entre las diferentes modalidades o tipos concretos de contratos de seguro, lo cual no tiene por qué culminar en la desaparición del sistema de los seguros privados, entendido como una disciplina o sector unitario en función de los elementos básicos que concurren en todos los seguros (como la incertidumbre que rodea a la constatación o no del riesgo mediante la producción del siniestro; la situación de necesidad que la certeza del siniestro produce para el asegurado; el compromiso de garantía por parte del asegurador y las expectativas que genera la contratación de un seguro para el asegurado) y de la estructura mutualística organizada por el asegurador para la cobertura de los riesgos (reparto del coste de las prestaciones asumidas por

⁹⁷ ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho*, cit., pgs. 392-393.

⁹⁸ Vid. ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho*, cit., pgs. 270 y ss., donde establece la relación entre los tipos intermedios y el concepto general-concreto. Los tipos intermedios se constituyen mediante variaciones en las notas generales, de los elementos fundamentales del concepto general o abstracto, las cuales desembocan luego en los tipos singulares o tipos concretos. Así, “*el concepto general-concreto tiende al despliegue de lo general en una rica serie de tipos encarnados en sus especificaciones o concreciones*” (pgs. 377-378).

el asegurador entre una pluralidad de asegurados que financian con sus primas la organización y gestión de los medios necesarios para ofrecer cobertura individual al afectado por un siniestro).

En definitiva, aunque con fines de ordenación conceptual y sistemática de la disciplina y otros de elaboración de principios y reglas comunes, los diferentes tipos de seguros pueden reconducirse a categorías intermedias (de conceptos concretos-generales) y a una categoría común o general de contrato de seguro con una causa abstracta (el riesgo), en tanto en cuanto cada uno de los riesgos asegurables y cada una de las prestaciones comprometidas no son sino manifestaciones concretas de la misma función negocial⁹⁹. Pero, en último término, el conocimiento íntimo de cada modalidad concreta de seguro con vistas a descubrir las soluciones a los problemas concretos de régimen jurídico que mejor se adaptan a su naturaleza, requiere un análisis del tipo contractual específico de acuerdo con sus antecedentes y su desarrollo empírico en la praxis aseguradora. Así sucede particularmente con el seguro de asistencia sanitaria.

Los denominados seguros asistenciales o seguros de prestación de servicios y, en particular, el seguro de asistencia sanitaria o de prestación de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, son probablemente las modalidades de seguros que mejor definen la ruptura con los conceptos, categorías y clasificaciones tradicionales apuntada anteriormente, así como la necesidad de un examen de su estructura y función concretas mediante el recurso al método tipológico. De modo tal que el seguro de asistencia sanitaria, por su reconocida tradición y amplia implantación en España, puede reconocerse como paradigma del categoría concreta-general de seguros asistenciales o de prestación de servicios, dentro del concepto abstracto-general del contrato de seguro.

Esta categoría de seguros asistenciales o de servicios demuestra, en consecuencia, que la actividad aseguradora -en constante desarrollo- no puede encorsetarse en conceptos y categorías abstractas e inamovibles si se quiere conocer su naturaleza y función y si se quiere perfilar con mayor nitidez su régimen jurídico.

El art. 105 LCS parece tipificar legalmente el seguro de asistencia sanitaria como tipo o modalidad específica de seguro junto al seguro de enfermedad, incluyéndolo, como hemos visto -por razón del objeto del riesgo asegurado-, en la categoría de los seguros de personas. El legislador de 1980 prácticamente se limita a definir, o mejor, a describir el seguro de asistencia sanitaria, pero no establece un régimen o estatuto jurídico concreto, sino que se limita a declarar aplicables al mismo las disposiciones generales sobre seguros de personas (arts. 80-82 LCS) y las normas previstas para los seguros de accidentes en cuanto sean compatibles con el mismo (art. 106 LCS), remitiéndose, para lo demás, a un desarrollo reglamentario que discipline la realización de los

⁹⁹ Vid. Benedetto FARSACI, *Le teoriche sul contratto di assicurazione*, Assicurazione, 2007-1, pg. 88.

servicios sanitarios dentro de unos límites y condiciones (Art. 105 *in fine* LCS), que, como se expuso en el capítulo anterior, nunca ha llegado a producirse¹⁰⁰.

Puede decirse, en suma, que el legislador español consagró legalmente un tipo contractual empírico frecuente, nacido en la práctica aseguradora española del Siglo XX y ampliamente extendido entre la población. Pero este tipo concreto de seguro no fue dotado de una estructura sólida de régimen jurídico, ni al tiempo de promulgarse la LCS 1980 ni tampoco en los años posteriores, sin que hasta el momento se haya dado una explicación sobre los motivos de ese abandono normativo, a pesar de estar previsto un desarrollo reglamentario que el propio legislador consideraba o intuía necesario a la vista de las peculiaridades de este seguro como seguro de prestación de servicios, de la importancia de los bienes jurídicos implicados en el mismo (la salud de los asegurados) y de la existencia de un régimen reglamentario específico en la época anterior a la promulgación de la LCS 1980 y la LOSEP 1984 (y después la LOSEP 1995 y el TRLOSEP 2004).

La falta de un régimen jurídico adecuado a las particulares y dificultades propias del seguro de asistencia sanitaria, obliga al intérprete a realizar una reconstrucción del concepto y estructura del tipo concreto a partir de sus antecedentes históricos, de la intención perseguida por el legislador con su tipificación y de su desarrollo empírico en contraste con otros tipos de seguros que comparten algunos elementos o notas comunes, partiendo del reconocimiento de las prestaciones de servicios o asistenciales tanto -de forma tácita- en el concepto general de contrato de seguro (art. 1 LCS) como en la normativa administrativa sobre clasificación de ramos de riesgos asegurables (Ramo 2: enfermedad, asistencia sanitaria y asistencia a la dependencia; y Ramo 18: asistencia turística y otras prestaciones no definidas de asistencia en caso de necesidad). Veremos en particular, si son aplicables al seguro de asistencia sanitaria las reglas generales sobre el contrato de seguro y las generales de segundo grado aplicables a los seguros de personas, así como, en su caso, las reglas concretas previstas para los seguros de accidentes y de enfermedad; o si, por el contrario, la especificidad del riesgo asegurado y de la peculiar prestación asistencial comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria exige la determinación de reglas propias aplicables a este tipo de seguro, a la vista de los intereses subyacentes al contrato de seguro; todo lo cual, como podrá apreciarse al llegar al epílogo, tendrá una influencia directa o indirecta en la respuesta que se dé a problemas concretos planteados en la praxis aseguradora en este terreno.

Será preciso, en primer lugar, determinar si en el ordenamiento español de seguros, el seguro de asistencia sanitaria se presenta como una submodalidad o subespecie del seguro de enfermedad o bien como un tipo autónomo de seguro. En segundo lugar, analizaremos cómo se desenvuelven en este tipo de seguro los elementos básicos o fundamentales de riesgo e interés y veremos, asimismo, dónde residen la causa y el objeto del contrato en los contratos de

¹⁰⁰ Vid. *supra*, I.3.

seguros y, en particular, en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, proponiendo una lectura renovadora de estos conceptos básicos. Finalmente, examinaremos concienzudamente la naturaleza de la prestación comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria, así como el contenido y el alcance de la obligación asumida por el asegurador, para poder determinar, en último término -ya en el capítulo siguiente-, cómo influyen la naturaleza íntima de este seguro y, en particular, la naturaleza, contenido y alcance de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria en el problema práctico de primer orden que constituye el objeto específico de este estudio: si el asegurador de asistencia sanitaria debe responder o no, o en según qué situaciones, de las consecuencias dañosas derivadas de una mala praxis profesional por parte de los facultativos y centros hospitalarios que prestan servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a los asegurados.

2.2. El seguro de asistencia sanitaria en el sistema de los seguros privados: ¿submodalidad del seguro de enfermedad o tipo autónomo de seguro asistencial?

El seguro de asistencia sanitaria se encuentra regulado lacónicamente junto al seguro de enfermedad, dentro de la categoría de Seguros de Personas, en el Título III, Sección 4ª, artículos 105 y 106 de la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* (LCS 1980). Según el art. 105 LCS: *“Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen”*.

La distinción precisa entre seguro de enfermedad y seguro de asistencia sanitaria en el texto del art. 105 LCS 1980 tuvo lugar durante el trámite parlamentario (pues en el Proyecto de Ley enviado a las cortes, ambos se presentaban formalmente bajo la denominación única de seguros de enfermedad), por influencia de la práctica existente en nuestro país y de la normativa administrativa de control de la actividad de entidad de asistencia sanitaria, vigente aún en esa fecha, a la cual se estaría refiriendo el inciso final del precepto¹⁰¹. De acuerdo con la sistemática seguida por la LCS 1980, ambos se agrupan en la categoría de los seguros de personas (Título III LCS) atendiendo a la naturaleza del riesgo asegurado: la enfermedad¹⁰². Efectivamente, ambas modalidades de seguros de salud persiguen una misma finalidad: ofrecer

¹⁰¹ Vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pgs. 2151-2152; 4ª ed. 2010, pgs. 2690 y ss. Cfr., la exposición realizada supra I, sobre los antecedentes y evolución de la asistencia sanitaria en nuestro país.

¹⁰² Sobre el riesgo y el interés en los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria, vid. infra, II.2.

cobertura o garantía al asegurado frente al riesgo de que tenga que afrontar, por sus propios medios, las consecuencias de la enfermedad o lesión¹⁰³; aunque, luego el legislador distingue ambos tipos de seguros por la naturaleza de la prestación comprometida por el asegurador: el pago de sumas o de gastos de asistencia o la prestación de servicios de asistencia sanitaria.

A mi modesto entender, no se puede decir que en la LCS el seguro de asistencia sanitaria se presente claramente como una submodalidad o subespecie del seguro de enfermedad¹⁰⁴, pues lo que hace el art. 105 LCS es identificar claramente dos tipos de seguros distintos que recaen sobre un mismo riesgo asegurado: la enfermedad. Realmente lo que se pretendía era tipificar un seguro de enfermedad de forma amplia, a modo de tipo general en función del riesgo, distinguiendo luego tipos concretos en función de las prestaciones comprometidas por el asegurador, entremezclando así riesgo y naturaleza de la prestación como criterios clasificatorios. Sea como fuere, el caso es que influyó notablemente en la mente del legislador el peso específico adquirido por el seguro de asistencia sanitaria en la práctica aseguradora de nuestro país, abocando a su presentación, siquiera indirecta, como un tipo de seguro distinto (y probablemente autónomo) del seguro de enfermedad en sentido estricto, tal y como éste era conocido tradicionalmente por el sector asegurador. Como se ha afirmado entre la moderna doctrina, tanto en lo funcional como en el contenido intrínseco del propio contrato de seguro de asistencia sanitaria radica la autonomía y esencialidad de este seguro, con plena independencia del seguro de enfermedad¹⁰⁵.

Como antes dije, los tipos contractuales de seguros se identifican no sólo por el riesgo asegurado, sino también por la prestación o cobertura a que se obliga el asegurador; aspecto éste que resulta ser fundamental en la caracterización del seguro de asistencia sanitaria frente al seguro de enfermedad. Así, en el seguro de enfermedad propiamente dicho, el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas y reembolso de gastos de asistencia médica y farmacéutica, mientras que en el seguro de asistencia sanitaria -según el tenor legal- el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, en línea, por tanto, con el art. 1 LCS que admite prestaciones o coberturas indemnizatorias de daños, de sumas o satisfacción de un capital o

¹⁰³ Vid. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 12.

¹⁰⁴ Así lo sugiere, sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed., cit. pg. 2690; y lo afirma de manera contundente, Ricardo De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, 2008, pg. 140.

¹⁰⁵ VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pg. 843.

renta “*u otras prestaciones convenidas*”, abriendo el camino a los modernos seguros asistenciales o de prestación de servicios¹⁰⁶.

El posterior art. 106 LCS confirma -a mi juicio- la existencia de dos tipos de seguros diferentes, aunque agrupados en un concepto general-concreto (los seguros de enfermedad) por razón del riesgo asegurado, indicando que los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la Sección 3ª del mismo Título III LCS, relativa al seguro de accidentes, cuando sean compatibles con este tipo de seguros. De esta manera da por supuesto que se trata de seguros diferentes al utilizar el plural en la redacción¹⁰⁷, limitándose en lo sustancial a intentar suplir la omisión de un régimen jurídico específico para los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria; pero de forma sumamente defectuosa, porque, realmente, las disposiciones sobre seguro de accidentes sólo resultarán aplicables a los seguros de enfermedad en sentido estricto, esto es, como seguros de sumas y/o de reembolso de gastos; difícilmente a los seguros de asistencia sanitaria, que responden a una mecánica aseguradora diferente.

Esa distinción formal entre seguro de enfermedad y seguro de asistencia en función de la prestación o cobertura comprometida por el asegurador tuvo continuidad luego en la *Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado* (LOSP 1984), que incluyó en su art. 10.2 el seguro de asistencia sanitaria dentro del ramo de prestación de servicios (Grupo IV), al margen de los seguros de accidentes y enfermedad (Grupo III). Asimismo, la posterior *Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1987*, cuyo artículo 3 contenía la clasificación de operaciones de seguro por ramos de actividad, incluyó el seguro de asistencia en el ramo 19 de la clasificación de seguros como seguro autónomo del seguro de enfermedad (contemplado en el ramo 2 y concebido como un seguro de prestaciones a tanto alzado -sumas-, prestaciones indemnizatorias -reembolso de gastos sanitarios y farmacéuticos- o una combinación de ambas), junto a otros seguros asistenciales o de prestación de servicios, como el de defensa jurídica (ramo 17), el de asistencia en viaje (ramo 18), el de decesos (ramo 20) y cualquier otro seguro que comprenda otras prestaciones de servicios distintos de los previstos en los ramos 17, 18, 19 y 20 (ramo 21).

Sin embargo, la Disposición adicional primera de la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* (LOSSP 1995) dio un brusco giro en la clasificación sistemática del seguro de asistencia sanitaria, incluyéndolo en el ramo 2 junto al seguro de enfermedad (“*Enfermedad, comprendida la asistencia sanitaria*”), indicando que las

¹⁰⁶ Vid. al respecto Gabriela GONZÁLEZ BUENO, *Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de prestaciones de asistencia*, Revista Española del Seguro (RES), nº 39, 1984, pgs. 442 y ss. Sobre la prestación asistencial o de servicios, vid. infra, II.3.

¹⁰⁷ Así, Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., 2002, pg. 4.

prestaciones en el ramo de enfermedad pueden ser: “a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos”. El vigente *Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre* (TRLOSSP 2004), mantiene en su art. 6 la clasificación de la LOSSP 1995, pero, tras la modificación introducida por la Disposición final primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, incluye ahora en el ramo 2 de la clasificación a los seguros de enfermedad, comprendida la asistencia sanitaria y la dependencia; y continua indicando que las prestaciones en este ramo pueden ser “a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos”¹⁰⁸.

Este cambio en la agrupación sistemática del seguro de asistencia dentro de los ramos técnicos aseguradores introducido por la LOSSP 1995 y continuado en el vigente TRLOSSP 2004, eliminándolo como clase o ramo propio para incluirlo en el ramo de enfermedad, se explica por la necesidad de adaptar la normativa española sobre clasificación de ramos de seguros a la normativa comunitaria sobre seguros distintos al seguro de vida, que no contempla entre los ramos de aseguramiento el seguro de asistencia sanitaria por no estar contemplado de forma autónoma en el resto de países europeos¹⁰⁹.

El apartado A) del Anexo de la Primera Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio, sobre el acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y su ejercicio, contiene la clasificación de los riesgos asegurados por ramos, incluyendo el riesgo de enfermedad en el ramo 2, en el que se contemplan “prestaciones a tanto alzado, prestaciones de indemnización y combinaciones de ambas”. De forma idéntica se clasifica el riesgo de enfermedad en el Anexo 1 de la *Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)*, cuya finalidad es actualizar el régimen europeo sobre seguros privados, para lo cual deroga las anteriores Directivas a partir del 1 de noviembre de 2012¹¹⁰, al tiempo que ahonda en la eliminación de las diferencias más importantes entre las legislaciones de los

¹⁰⁸ ANGULO RODRÍGUEZ, *Sobre la regulación de los seguros de personas*, cit., pg. 1173, entiende que el TRLOSSP ha provocado una transformación en la situación del mercado al integrar el seguro de asistencia sanitaria en el mismo ramo que el de enfermedad, que venían siendo dos ramos diferentes.

¹⁰⁹ Aunque, como hemos visto antes (supra, I.4), en la praxis del sector salud o enfermedad sí que se ofrecen servicios de asistencia sanitaria recurriendo a la libertad de contratación (como se ofrecen también en el marco de seguros de asistencia turística y en algunas pólizas de accidentes), si bien su implantación no alcanza las cifras del mercado español, quedando muy por debajo de los tradicionales seguros de enfermedad en forma de reembolso de gastos sanitarios.

¹¹⁰ Cfr., art. 310.

Estados miembros, posibilitando un marco legal homogéneo dentro del cual las entidades aseguradoras y reaseguradoras europeas desarrollen su actividad en todo el mercado interior¹¹¹

El legislador de 1995 (LOSSP 1995) decidió corregir el rumbo marcado por la LOSP 1984 y adaptar tardíamente la clasificación de riesgos asegurados al elenco comunitario, donde no se contempla el seguro de asistencia sanitaria; si bien, modificó la redacción señalando que las prestaciones en el ramo de enfermedad (donde incluye la asistencia sanitaria y la dependencia) pueden ser “a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos”¹¹². A raíz de esta modificación se produce una discordancia conceptual entre la descripción que el art. 105 LCS hace del seguro de asistencia sanitaria, como un seguro en el que el asegurador asume directamente la prestación de servicios de asistencia médico-quirúrgica, y las coberturas o prestaciones previstas en el art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004 para el ramo de enfermedad, en el que se incluyen los seguros de asistencia sanitaria y -ahora también- el seguro de dependencia (que a su vez incluye seguros de asistencia a la dependencia), las cuales podrán ser a tanto alzado, de reparación o mixta de ambas, creando con ello una confusión notable sobre la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria (y el de asistencia a la dependencia) al no emprender una modificación correlativa del art. 105 LCS¹¹³.

Muy posiblemente el legislador español estaba pensando en incluir en el concepto de reparación el reembolso de los gastos de asistencia médico-farmacéutica, así como la posibilidad de reconducir las prestaciones de servicios propias del seguro de asistencia sanitaria, ex art. 105 LCS, a las prestaciones indemnizatorias en especie, de reparación o reposición, previstas con carácter general para todos los seguros en el art. 18 II LCS. Así, una interpretación conjunta de los arts. 105 LCS 1980 y 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004 llevaría a entender que en los seguros incluidos en el ramo enfermedad caben tres tipos de prestaciones: a tanto alzado o de sumas (propia del seguro de enfermedad en sentido estricto), de reparación

¹¹¹ En particular, se busca reforzar la supervisión pública sobre el sector asegurador en el control de la solvencia financiera, en el buen gobierno de las compañías aseguradoras y en las prácticas y conductas de mercado; todo con la finalidad última de garantizar los derechos de los asegurados y beneficiarios. Para la incorporación al ordenamiento español de la Directiva Solvencia II, El 8 de julio de 2011 se aprobó el *Proyecto de Ley de Supervisión de Seguros Privados*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de julio de 2011; sin embargo dicho proyecto fue retirado como consecuencia del cambio de Gobierno a finales de 2011, si bien es de esperar que no tarde en presentarse un nuevo proyecto para incorporar la citada Directiva Solvencia II.

¹¹² Modificación que, según SÁNCHEZ CALERO, resulta difícil de explicar a la vista del texto de la Directiva. Vid. *Comentario al artículo 105 LCS*, 3ª ed. 2008, cit., pg. 2153, nota 6. Ciertamente, en las prestaciones de indemnización mencionadas por las Directivas comunitarias sobre seguros caben tanto las pecuniarias (o indemnizatorias *stricto sensu*) como las de reparación o sustitución (indemnizatorias *lato sensu*), si bien no acaba de entenderse el por qué de la decisión del legislador español de limitar las prestaciones indemnizatorias a las de reparación.

¹¹³ Vid. infra, II.4.1

(entendida como reembolso de gastos de asistencia sanitaria y, quizás¹¹⁴, como prestación de servicios de asistencia sanitaria o de asistencia a la dependencia) y mixta de ambos¹¹⁵.

Sólo en el caso de que se califique abiertamente el seguro de asistencia sanitaria como un seguro indemnizatorio de las consecuencias económicas derivadas de la enfermedad, puede encontrarse una correspondencia lógica entre la prestación de asistencia sanitaria y las prestaciones o coberturas indemnizatorias (pecuniaria o *in natura*) previstas en la legislación comunitaria y nacional¹¹⁶.

Entiendo, sin embargo, partiendo de las especificidades del seguro de asistencia sanitaria en nuestro ordenamiento y del reconocimiento autónomo del mismo en el art. 105 LCS, que el legislador español no tendría que verse obligado a modificar la clasificación de ramos de seguros introducida por LOSP 1984 y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1987, en las que la asistencia sanitaria aparecía como un ramo propio de prestación de servicios. En primer lugar, porque, más allá de compartir el riesgo general asegurado, la asistencia sanitaria muestra notables especificidades respecto del seguro tradicional de enfermedad (concebido, este sí, como prestaciones a tanto alzado o de sumas e indemnizatorias o de reembolso). Y en segundo lugar, porque entiendo que la normativa comunitaria, a pesar de no contemplar (por las razones antes apuntadas) el seguro de asistencia sanitaria, podría aún dejar margen para acoger el ramo de asistencia sanitaria indirectamente¹¹⁷,

Más allá de estrictas clasificaciones doctrinales o meramente administrativas, desde hace años los seguros asistenciales o seguros de prestación de servicios constituyen una realidad consolidada en el campo del seguro privado.

¹¹⁴ Vid., con mayor detalle, *infra*, II.4.1.

¹¹⁵ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pg. 81. Francisco Javier TIRADO SUÁREZ (*Los seguros de personas*, en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOAJIMÉNEZ DE PARGA, "Tratado de Derecho Mercantil", DM46, Vol. 3, Marcial Pons, Madrid, 2006, pg. 212) entiende que las prestaciones de reparación, en la terminología del art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP, hacen referencia a prestaciones del asegurador en especie. Vid. VEIGA COPO, *Tratado...*, cit., pg. 843.

¹¹⁶ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed. 2010, pgs. 2694-2695.

¹¹⁷ El art. 6.1 a) de la Directiva 2009/138/CE, Solvencia II, indica que dicha Directiva no se aplicará a la actividad de asistencia cuando la asistencia se preste con ocasión de un accidente o una avería que afecten a un vehículo de carretera, cuando sobrevengan en el territorio del Estado miembro del prestador de la garantía; con lo cual podría estar dejando margen a la existencia (y aplicación de la Directiva) de otros tipos o modalidades de coberturas asistenciales distintos de la asistencia turística, que podrían ser autorizados por las autoridades de los Estados miembros.

La Segunda Directiva no vida 84/641/CEE, de 10 de diciembre de 1984, ya era consciente de este hecho, y por eso dejó abierta la posibilidad de que los Estados miembros reconocieran ramos aseguradores asistenciales o de servicios adicionales a la asistencia turística o en viaje. En el preámbulo de la citada Directiva, se ponían de manifiesto los progresos sensibles que ya en el año 1984 se advertían en el campo de las actividades aseguradoras que implican prestaciones de servicios en especie (Considerando 2º). Por ello, para eliminar obstáculos a la libre prestación de servicios y al derecho de establecimiento en el mercado interior, se consideró oportuno precisar que quedarían incluidas en el campo de aplicación de las Directivas sobre seguros distintos a los seguros de vida las actividades aseguradoras de asistencia, consistentes en prometer una ayuda o protección en forma asistencial para el caso de que sobrevenga un suceso aleatorio, comprometiéndose una prestación que se efectúe solamente en especie para la que el prestador “puede” utilizar tan sólo personal o materiales propios (Considerando 3º). De este modo, la Directiva consagraba los seguros asistenciales de servicios donde el asegurador se compromete a realizar un “*facere*” y no al tradicional “*dare*”, incluso utilizando personal y material o equipos propios del asegurador; pero - se deduce del texto- sin excluir la utilización por el asegurador de personal y materiales ajenos previamente concertados; y a tales fines, se dispuso que la empresa aseguradora que proponga contratos de asistencia debe disponer de medios que le permitan efectuar, en los plazos adecuados, las prestaciones en especie que ofrezca, para lo cual resulta conveniente establecer disposiciones específicas para el cálculo del margen de solvencia y del importe mínimo del fondo de garantía de que la misma debe disponer (Considerando 8), así como un control de los equipos médicos y técnicos de que dispongan -por sí mismos o por terceros- para hacer frente a los compromisos asistenciales asumidos (art. 6).

El art. 15 de la Directiva 84/641/CEE dispuso en consecuencia que si los Estados miembros querían hacer uso de la facultad de extender el ramo de asistencia a situaciones de necesidad distintas de la asistencia en viaje, deberían equiparar dichas actividades asistenciales a lo previsto para el ramo 18 del punto A del Anexo de la Directiva 73/239/CEE que contiene la clasificación de ramos aseguradores, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto C de la misma, según el cual la empresa que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo (por ejemplo el de asistencia), sin necesidad de obtener autorización para los mismos, cuando éstos estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubra el riesgo principal. (Sería el caso de los seguros multirriesgo hogar o multirriesgo automóviles, que incluyen prestaciones asistenciales o de servicios ligadas al objeto cubierto contra el riesgo principal.)¹¹⁸ Asimismo, dispuso el art. 15 III de la Directiva 84/641/CEE que lo dispuesto en el párrafo anterior (la posibilidad de cubrir riesgos de asistencia sin necesidad de obtener autorización para los mismos si

¹¹⁸ Cfr. SCALFI, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, Giuffrè, Milano, 1992, pgs. 22-24.

están vinculados a otro riesgo principal y, en todo caso, la equiparación de esas prestaciones asistenciales al ramo 18), no afectaría en absoluto a las posibilidades de clasificación previstas en el Anexo de la primera Directiva no vida para las actividades que pertenezcan claramente a otros ramos. (Con lo cual parece indicarse que un seguro de asistencia o prestación de servicios, al que se aplicarían las disposiciones previstas para el ramo 18, de asistencia, incluso aunque sólo cubra riesgos accesorios a otro riesgo principal, no impediría incluir, a efectos de mera clasificación, en otro ramo asegurador, si las actividades permanecen claramente a ese otro ramo.)

La Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre (Solvencia II) mantiene con algunos matices lo establecido en la Directiva 84/641/CEE (derogada a partir del 1 de noviembre de 2012), y en el art. 197 dispone que los Estados miembros podrán someter las actividades de asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas de las consideradas en el artículo 2, apartado 2 (seguro de asistencia en viaje) al régimen establecido en la Directiva, señalando que cuando un Estado miembro haga uso de dicha facultad, equipará dichas actividades a las clasificadas en el ramo 18 de la parte A del anexo I (asistencia en viaje), aunque ello no afectará en absoluto a las posibilidades de clasificación previstas en el anexo I para las actividades (se entiende que asistenciales) que pertenezcan claramente a otros ramos¹¹⁹. Así pues, parece que la normativa de supervisión comunitaria permitiría recoger en la clasificación de ramos aseguradores nacionales tipos de seguros específicos de asistencia distintos de los seguros de asistencia turística o en viaje, ya equiparándolos a éstos en el ramo 18 o ya clasificándolos en otros ramos con los que tengan más proximidad. Entiendo que esto permitiría incluir en el ramo 2, de enfermedad, los seguros de asistencia sanitaria y de asistencia a la dependencia como prestaciones asistenciales o de servicios (y no, como ahora, a tanto alzado, indemnizatoria de reparación o mixta de ambas), ajustándose así a la verdadera naturaleza jurídica de estos peculiares seguros.

En el ramo 18 recogido actualmente en el art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004 se incluye, bajo la denominación genérica de “Asistencia”, la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente (asistencia turística o en viaje), pero comprende también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro¹²⁰. Con ello, puede decirse que el legislador español hizo uso de la

¹¹⁹ El Considerando 80 de la misma Directiva Solvencia II establece que toda empresa de seguros que ofrezca contratos de asistencia debe poseer los medios necesarios para hacer efectivas todas las prestaciones en especie que propone en un plazo adecuado, para lo cual procede establecer disposiciones especiales para calcular el capital de solvencia obligatorio y el mínimo absoluto del capital mínimo obligatorio que tales empresas deben poseer.

¹²⁰ En Italia, el legislador optó desde un primer momento por regular con carácter general el seguro de asistencia, sin limitarlo a ningún ramo técnico concreto, dejando así libertad a las empresas aseguradoras para adaptar su oferta de seguros de servicios a cualquier persona

facultad otorgada a los Estados miembros en el art. 15 de la Directiva 84/641/CEE y ratificada ahora en el art. 197 de la Directiva 2009/138/CE.

Ciertamente, la asistencia sanitaria es objeto de cobertura en el ramo 2, de enfermedad; pero la prestación característica de este tipo o modalidad de seguro, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 LCS (y a falta de una modificación legislativa que aclare el verdadero objeto de la obligación del asegurador en esta disciplina), se correspondería mejor con la prestación de servicios de asistencia incluida en el ramo 18 que con las prestaciones de indemnización (según la terminología comunitaria) o de reparación (en la terminología española, por referencia al art. 18 II LCS) indicadas en el ramo 2¹²¹. Aunque, como indica la propia norma, la prestación de asistencia puede ser objeto de cobertura en otros ramos de seguro; en este caso, el de enfermedad, atendiendo al riesgo genérico o básico de los seguros de asistencia sanitaria y asistencia a la dependencia.

En definitiva, lo importante es que existen posibilidades para identificar el seguro de asistencia sanitaria (y asistencia a la dependencia) con prestaciones asistenciales o de servicios, y no, como sucede ahora en el TRLOSSP, con prestaciones a tanto alzado, indemnizatorias de reparación o mixta de ambas. La inclusión del seguro de asistencia sanitaria en el ramo de enfermedad, donde sólo se contemplan prestaciones a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos, ha producido un desajuste con la caracterización tradicional del mismo -influida claramente por sus antecedentes históricos- como seguro de prestación de servicios; salvo que se quiera ver en la prestación de reparación una posibilidad de cobertura indemnizatoria en especie del coste de la enfermedad, como propone un sector de nuestra doctrina. La antigua clasificación de los ramos de seguros, establecida en la LOSEP 1984 y en la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987 concordaba perfectamente con la descripción del seguro de asistencia sanitaria contenida en el art. 105 LCS, por lo que el legislador español podría haberse aferrado, y puede recurrir aún, a las prerrogativas otorgadas por la Directiva 84/641/CEE y ahora por la Directiva 2009/138/CE para conservar esa clasificación originaria y dar carta de naturaleza a un seguro consolidado en el mercado español, por mucho que no se practique en el resto de los países comunitarios.

que se encuentre en situación de dificultad tras la verificación de un siniestro. Cfr., art. 1.1 Decreto Legislativo nº 393/1991, sustituido por el art. 50.1 del Decreto Legislativo nº 175/1995 y, ahora, por el art. 175 del reciente Codice delle Assicurazioni, aprobado por el Decreto Legislativo de 7 settembre 2005, nº 209. Vid. A.D. CANDIAN, *Assistenza (contratto di)*, en *Contratto e Impresa*, 1989, pgs. 1169 y ss.; también, Gianguido SCALFI, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, cit. pgs. 9 y ss. El art. 175 establece que: “L'assicurazione di assistenza è il contratto con il quale l'impresa di assicurazione, verso il pagamento di un premio, si impegna a fornire all'assicurato una prestazione di immediato aiuto entro i limiti convenuti nel contratto, nel caso in cui l'assicurato stesso si trovi in una situazione di difficoltà al seguito del verificarsi di un evento fortuito (...) L'aiuto può essere in denaro o in natura. Le prestazioni in natura possono essere fornite anche utilizzando personale e attrezzature di terzi”. Vid. un comentario en Claudio FURCI, *L'Assicurazione assistenza*, en Guido ALPA, “*Le assicurazioni private*”, T. III, UTET, Torino, 2006, pgs. 1508 y ss.

¹²¹ Vid. infra, II.4.1.

En cualquier caso, considero que los desajustes normativos de nuestro ordenamiento de seguros no han restado autonomía al seguro de asistencia sanitaria ni en el campo de la práctica aseguradora española ni el terreno puramente conceptual. Tras la inserción del seguro de asistencia sanitaria en el ramo de enfermedad llevada a cabo por la LOSSP 1995 y ratificada en el TRLOSSP 2004, pudiera parecer que el seguro de asistencia sanitaria ha pasado de ser un seguro totalmente diferenciado del seguro de enfermedad a considerarse una submodalidad o subespecie del mismo (lo mismo que sucedería ahora con el seguro de dependencia)^{122/123}. Sin embargo, entiendo que la integración del seguro de asistencia en el ramo de enfermedad dentro de la normativa de control y supervisión de los seguros privados tiene un alcance puramente formal, forzado (artificialmente) por la clasificación de ramos técnicos establecida en las Directivas no vida sobre la base del riesgo asegurado, pues -como quedó referido en la exposición normativa realizada

¹²² Vid. GUERRERO DE CASTRO, *El seguro de asistencia sanitaria. Sus problemas principales*, cit., pgs. 212 y ss. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 3ª ed., cit., pg. 2152. También, De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit. pg. 140.

¹²³ Conviene apuntar que el *Proyecto de Ley de Supervisión Financiera* registrado en el Congreso de los Diputados el 22 de mayo de 2011, introdujo un novedoso y relevante matiz en el art. 23, que se ocupa de los ramos de seguros distintos al de vida, señalando para el ramo de enfermedad, que comprende la asistencia sanitaria y la dependencia (art. 23.1 apartado 2), que las prestaciones en este ramo pueden ser a tanto alzado, de reparación, bien mediante reembolso de los gastos ocasionados, bien mediante la *garantía de la prestación del servicio*, o mixta de ambos.

Esta modificación encontraba su correspondencia lógica con la modificación del seguro de asistencia propuesta en el *Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro* presentado por el Ministerio de Justicia el 8 de abril de 2011, cuyo art. 95 define genéricamente el seguro de enfermedad como aquel en que el asegurador se obliga a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado, señalando a continuación que la prestación del asegurador podrá consistir en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria o en el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente, del asegurado como consecuencia de la enfermedad, o en caso de hospitalización u otras contingencias pactadas en la póliza relativas a la salud del asegurado; aunque dicha prestación podrá consistir también en garantizar al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste.

Parece pues, que el ejecutivo en 2011 tenía previsto reformar el seguro de asistencia sanitaria para incluirlo claramente como modalidad de seguro de enfermedad (anulando cualquier vestigio de autonomía tal cual se desprende de la vigente redacción del art. 105 LCS), y calificando el seguro de enfermedad en general con todas sus modalidades como un seguro indemnizatorio de las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado; y, en este contexto, la prestación de asistencia sanitaria como una garantía de la prestación de servicios sanitarios asumiendo directamente el coste de los mismos el asegurador, lo cual equivaldría a una prestación in natura de la indemnización económica del coste de la enfermedad. No obstante, como luego veremos (infra II.4), el hecho de que el asegurador garantice la asistencia sanitaria y ponga a disposición tales servicios, deja abierta aún la consideración de su prestación como de naturaleza asistencial o de servicios.

anteriormente¹²⁴ - parece claro que desde el punto de vista del contrato de seguro y, en concreto, de la prestación comprometida por el asegurador, así como desde la perspectiva misma del control y supervisión de la actividad aseguradora, el seguro de asistencia sanitaria constituye un tipo de seguro autónomo o de clase propia, específico e independiente respecto al seguro de enfermedad tradicional¹²⁵; al menos hasta que se produzca, en su caso, una reforma normativa que lo regule expresamente como submodalidad del seguro de enfermedad y como seguro indemnizatorio de las consecuencias económicas de la enfermedad.

Por tradición histórica, el legislador español ha tenido muy presentes las peculiaridades del seguro de asistencia sanitaria, tomando siempre como referencia la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador; motivo por el que le atribuyó una dimensión propia y por el que remitió a una regulación reglamentaria ulterior, pensando seguramente que sería continuista con la reglamentación histórica de control de las entidades de asistencia sanitaria, sus contratos y su actividad. Sentimiento éste que parece continuar en nuestros días, aunque se haya diluido por influencia del clima liberalizador y con motivo de la incorporación de normativa técnica de origen comunitario, donde este seguro no se contempla específicamente porque no se practica habitualmente en los Estados miembros, o al menos no con la intensidad con que se sucede en España. Quizás por ello con el paso de los años se mantiene la descripción asistencial del seguro en el art. 105 LCS 1980, aunque no se corresponda con el tenor literal del art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004.

Parece que en nuestro legislador pesó más la consideración genérica del riesgo enfermedad como presupuesto del seguro de asistencia sanitaria, para incluir éste en el ramo 2 junto a los seguros de enfermedad en sentido estricto. Y lo mismo puede decirse que ha pasado posteriormente con el seguro de dependencia. En consecuencia, nuestro legislador habría optado finalmente por clasificar formalmente la asistencia sanitaria en el ramo 2, de enfermedad, poniendo la atención en el riesgo-presupuesto de este tipo de seguro, lo cual - entiendo- no impide su calificación material como seguro asistencial o de prestación de servicios (cfr., art. 105 LCS) y la consiguiente aplicación de las reglas previstas en el ramo 18 para la asistencia, tal y como se acaba de exponer.

Desde la perspectiva de la legislación sobre contrato de seguro, resulta bastante clara la intención del legislador de 1980 de distinguir entre seguros de enfermedad y seguros de asistencia sanitaria en función de la naturaleza de la prestación debida por el asegurador: el seguro de enfermedad se configura

¹²⁴ Vid. supra I.3.

¹²⁵ Vid., Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, *¿El seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad son el mismo ramo o son ramos diferentes?*, Actualidad Aseguradora, septiembre 1992, pgs. 28 y ss.; Idem, *Asistencia sanitaria, un ramo con fuerza propia*, Actualidad Aseguradora, marzo 1994, pgs. 25 y ss.; Idem, *Los seguros de personas*, cit., pg. 201. Vid. también, ampliamente, Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 41-46.

como un seguro de sumas (prestaciones dinerarias) e indemnizatorio (reembolso de gastos de asistencia médica y farmacéutica), mientras que el seguro de asistencia sanitaria se describe -y funciona en la práctica- como un seguro asistencial o de prestación de servicios médicos y quirúrgicos por el asegurador, mereciendo una regulación reglamentaria específica de su régimen jurídico que hasta el momento -por motivos no explicados, más allá de la liberalización del sector desde los años 80- no ha llegado a producirse a pesar de estar prevista. Desde la perspectiva de la normativa sobre control y supervisión de los seguros privados, el seguro de asistencia sanitaria, aunque encuadrado en el ramo de enfermedad, recibe un tratamiento específico motivado por la necesidad de separar las prestaciones asistenciales de las actividades de capitalización (seguros de vida) y de controlar los medios humanos y materiales necesarios para llevar a cabo las prestaciones sanitarias comprometidas por el asegurador¹²⁶.

Puede decirse, en suma, que en la legislación española el ramo de enfermedad se presenta como una categoría amplia de seguros, caracterizada por el riesgo de referencia, que es la enfermedad (entendida en sentido amplio) o -como defiende buena parte de la doctrina- las consecuencias patrimoniales de la enfermedad. Categoría dentro de la cual se desarrollan diferentes modelos o tipos específicos de seguros que pueden ofrecerse de manera independiente o combinada conformando una subcategoría alegal de *seguros médicos* o *seguros de salud*¹²⁷.

Así, por un lado las entidades aseguradoras que operan en el ramo técnico de enfermedad, ofrecen los tradicionales seguros de enfermedad en forma de seguros de sumas, rentas o capitales. Por otro lado ofrecen básicamente tres tipos de seguros de salud que cubren riesgos de enfermedad y también riesgos de accidentes, incluyendo distintos tipos de coberturas para el caso de que se produzca el evento dañoso (enfermedades, lesiones o accidentes).

De una parte están los llamados seguros de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos (o seguros médicos de reembolso, como los denominan algunas compañías), en los que la entidad aseguradora se compromete a reembolsar al asegurado los gastos -acreditados con facturas- abonados previamente por él en concepto de asistencia sanitaria (médico-quirúrgica-hospitalaria) y de adquisición de fármacos, hasta un capital máximo anual (suma asegurada) y, en su caso, deduciendo las franquicias que se pudieran haber previsto en la póliza para determinadas actuaciones u operaciones (v.gr., coberturas dentales amplias o la crío-preservación de las células madre del cordón umbilical). Aunque frecuentemente estas pólizas se presentan como seguros de reembolso de gastos de asistencia sanitaria (lo cual ha generado alguna

¹²⁶ Vid. supra I.3.

¹²⁷ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 4 y ss. También, Mercedes VÁQUEZ de PADURA, *La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, RES 2006, nº 128, pgs. 847-848.

confusión entre la doctrina)¹²⁸, realmente no estamos ante un seguro de asistencia sanitaria como tal, sino ante un seguro de enfermedad de cobertura indemnizatoria¹²⁹. De otra parte, los seguros de asistencia sanitaria propiamente dichos (o seguros médicos de cuadro médico en la terminología comercial del sector), en los que, a cambio de una prima, el asegurador asume la cobertura del riesgo que supone el hecho eventual de que el asegurado que sufra alguna enfermedad, lesión o accidente delimitados en la póliza deba ser atendido por personal y centros sanitarios incluidos en un cuadro o guía médica organizado y gestionado por el asegurador. Y finalmente están los seguros mixtos o combinados de asistencia sanitaria y enfermedad en su modalidad de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos (aunque habitualmente se presentan como seguros de asistencia sanitaria con reembolso de gastos médicos), en los que el asegurador se compromete a poner a disposición del asegurado los servicios sanitarios que necesite para el tratamiento de su enfermedad, lesión o accidente, dentro del cuadro médico organizado al efecto, y, adicionalmente, a reembolsar ciertos gastos médicos y farmacéuticos originados al asegurado que hubiera recibido tratamiento sanitario fuera del cuadro médico predispuesto por el asegurador (atención de urgencias, servicios dentales, adquisición de prótesis...)¹³⁰ o que correspondan a la adquisición de ciertos materiales que no estuvieran incluidos en la prestación sanitaria propiamente dicha (gastos de prótesis, lentes, audífonos, marcapasos, etc.).

En definitiva, a pesar de su alto grado de implantación en el tejido social y de constituir seguramente la parte más importante de las entidades que operan en el ramo de enfermedad/salud, aunque pueda apreciarse materialmente como un tipo autónomo de seguro integrado formalmente en el ramo de enfermedad, el seguro de asistencia sanitaria presenta en nuestro ordenamiento graves carencias en su definición y delimitación frente a otros seguros, así como en su régimen jurídico. Más que regularlo, puede decirse que la Ley se limita a describirlo o definirlo lacónicamente.

Efectivamente, como se ha dicho ya, la LCS 1980 sitúa al seguro de asistencia sanitaria entre los seguros de personas (Título III) y junto a los seguros de

¹²⁸ De ÁNGEL YAGÜEZ entiende que la cobertura de asistencia médica y farmacéutica, como submodalidad del seguro de enfermedad, puede organizarse de dos formas distintas: una mediante el pago por la aseguradora de los gastos de dicha asistencia ocasionados al paciente, y otra mediante la prestación directa de los servicios médicos y quirúrgicos por parte de la propia aseguradora. Vid. *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria...*, cit., pg. 140.

¹²⁹ Cfr., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pg. 4.

¹³⁰ En ocasiones se ofrecen seguros de reembolso de gastos médicos que pueden parecer mixtos (de reembolso y de asistencia sanitaria), por cuanto el asegurador ofrece una primera opción de libre elección del médico y hospital para recuperar luego los gastos ocasionados según los límites y porcentajes establecidos en la póliza, y una segunda opción de servicios médicos recomendados en los que el asegurado no tendrá que realizar desembolso alguno, siendo suficiente que se identifique como asegurado con su tarjeta. Vid. *ad ex.*, el seguro "Medisalud Opción" de Mapfre.

enfermedad (Sección 4ª), al situar el riesgo asegurado en la salud del asegurado en sentido amplio, por lo que resultan aplicables las disposiciones comunes a los seguros de personas (Título III, Sección 1ª, arts. 80-82 LCS), las disposiciones sobre el seguro de accidentes en lo que resulten compatibles (art. 106 que se remite a la Sección 3ª, arts. 100-104 LCS), así como algunas normas del seguro de vida en lo que proceda (arts. 93-86 y 87 I por remisión del art. 100 al que remite previamente el art. 106 LCS). También se aplican en principio las disposiciones generales sobre el contrato de seguro (Título Primero, Sección 1ª-4ª, arts. 1-24 LCS).

Sin embargo, muchas de estas normas resultan difícilmente adaptables a las peculiaridades del seguro de asistencia sanitaria; precisamente por la peculiar naturaleza asistencial o de servicios que lo caracteriza. No parece que normas pensadas para riesgos diferentes, como son la existencia y la integridad física, y para coberturas muy distintas (de rentas o sumas en los seguros de vida y de rentas y reembolso de gastos en los de accidentes), puedan trasladarse fácilmente a un seguro, el de asistencia sanitaria, donde el riesgo recae sobre la salud/enfermedad y la cobertura consiste en la provisión de servicios médicos y hospitalarios¹³¹. Lo mismo puede decirse de algunas de las normas o disposiciones generales de la Sección 3ª del Título I de la LCS, ya que fueron redactadas pensando fundamentalmente -si no exclusivamente- en los seguros de daños fundados en el principio indemnizatorio y en prestaciones de dar (cfr., arts. 17, 18 I, 19 y 20), aunque se admite también sustituir el pago de la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado si lo permite la naturaleza del seguro (art. 18 II LCS), la cual se aproxima -con importantes matices- a la prestación de hacer o de servicios propia del seguro de asistencia sanitaria, pero no tanto al objeto del siniestro si se concibe éste como la salud del asegurado¹³².

Así, ante la falta de un régimen jurídico definido y adaptado a las particulares características del seguro de asistencia sanitaria, adquiere una importancia de primer orden el derecho de los contratos, es decir, el examen de las condiciones generales y particulares de las pólizas de asistencia sanitaria y el control de adecuación a las reglas imperativas de la Ley, con especial atención a las normas de protección del asegurado (arts. 2 y 3 LCS). Ante la importancia del interés último subyacente al contrato de seguro de asistencia sanitaria (la salud), no cabe duda de que el principio *pro consumatore* puede jugar un papel principal en la interpretación y solución de situaciones conflictivas, como puede suceder con el alcance y duración de la cobertura asistencial y, en especial, con la responsabilidad del asegurador por la defectuosa asistencia sanitaria realizada por los facultativos o centros clínicos y hospitalarios de su cuadro médico.

Llegados a este punto, antes de profundizar en la naturaleza y alcance de la obligación del asegurador de asistencia sanitaria (elemento clave de este tipo

¹³¹ Cfr., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pg. 8.

¹³² Cfr. infra, II.4.1.

de seguro que determina no sólo su concepto y esencia sino además buena parte de su régimen jurídico), es preciso realizar un análisis crítico de los conceptos básicos de riesgo e interés, los cuales presentan importantes matices en el seguro de asistencia sanitaria.

2.3. Delimitación del riesgo y del interés asegurados en el seguro de asistencia sanitaria

2.3.1. Riesgo e interés en la estructura jurídica del contrato de seguro

Riesgo e interés se presentan generalmente como los elementos fundamentales comunes a todo contrato de seguro, al tiempo que se han utilizado usualmente como factores de distinción entre seguros de daños y seguros de personas. En el análisis contractual es habitual presentarlos como causa y objeto del contrato de seguro respectivamente¹³³. Sin embargo, esta construcción que relaciona la causa y el objeto del contrato de seguro con los elementos básicos de riesgo e interés no puede considerarse ni mucho menos pacífica¹³⁴. Antes bien, necesita matizarse considerablemente.

En la construcción tradicional del contrato de seguro, elaborada desde la perspectiva de los seguros de daños en las cosas o en el patrimonio, se concibe el *riesgo* como la posibilidad de un evento futuro e incierto que, si llega a producirse, puede incidir negativamente sobre la vida, la salud o el patrimonio de un individuo. O, lo que es lo mismo, un evento incierto cuya concreción produce un daño, entendido en sentido amplio: la lesión de un interés que el asegurado tiene sobre el objeto del riesgo. Junto a la eventualidad de un daño aparece directamente relacionado el azar, por cuanto el riesgo aparece referido en todo caso a un evento futuro e incierto¹³⁵.

El riesgo es, por tanto, el elemento necesario y común a todo contrato de seguro y así se contempla en el art. 1 LCS, según el cual el contrato de seguro se celebra entre tomador del seguro y asegurador *“para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura...”*. Ha de ser así, en la medida en que la prestación comprometida por el asegurador depende, en todo caso, de la existencia previa de un riesgo sobre una cosa o una persona. El riesgo es, en suma, el elemento determinante de un contrato de seguro: el factor esencial que motiva la celebración del contrato; hasta el punto, de un

¹³³ Cfr., Rodrigo URÍA, *Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro...*, cit., pg. 285. También, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Ricardo ALONSO SOTO, *El contrato de seguro en general*, en Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, *“Curso de Derecho Mercantil”*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pg. 581.

¹³⁴ Vid. al respecto, VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 99 y ss. y 133 y ss. respectivamente.

¹³⁵ Vid. por todos, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1 LCS*, 4ª ed. cit., pgs. 45-46. VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 99 y ss.

lado, de que el contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro (cfr., art. 4 LCS), y, de otro lado, de que su exacta delimitación no tiene lugar sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino durante toda la vida del mismo (cfr., arts. 10-13 LCS).

Esta noción de riesgo se relaciona habitualmente por la doctrina con la de *interés*, concebido generalmente como la relación jurídica, susceptible de valoración económica, entre un sujeto y un determinado bien o derecho o un patrimonio, de manera que la pérdida de la cosa o la lesión del derecho o patrimonio deberá ser compensada mediante la indemnización garantizada por el seguro¹³⁶. Así, en los seguros de daños se persigue la indemnización efectiva del interés lesionado (dañado) por la constatación del riesgo, siendo así que el valor del interés sobre el objeto asegurado determina el cálculo de la indemnización (art. 28 I LCS); sin perjuicio, claro está, de la existencia de una suma asegurada que representa la medida máxima en que queda cubierto por el seguro el interés asegurable y, por tanto, el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS)¹³⁷. Conforme con esta relación entre riesgo e interés, la Ley establece para los seguros de daños, que el contrato será nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño (cfr., art. 25 LCS). Así pues, el interés se presenta para la mayoría de la doctrina como el objeto del contrato de seguro y, en consecuencia, elemento esencial del mismo, en tanto que presupuesto y condición de su validez, hasta el punto de que no son las cosas, el patrimonio o las personas lo que se asegura, sino los intereses que se proyectan sobre los mismos¹³⁸.

Ambos conceptos de riesgo e interés se hacen extensivos también, por lo general, aunque no sin reservas por algún sector de la doctrina¹³⁹, a los seguros de personas. Se entiende que en este caso el objeto del riesgo es la persona, esto es, su existencia, integridad corporal o salud (cfr., art. 80 LCS); y que el interés constituye la relación económica que une directamente a un sujeto con su propia persona (interés ínsito) o con un tercero, pues también el ser humano es susceptible de valorarse económicamente por lo que se refiere a las consecuencias de su muerte o supervivencia llegada una edad determinada, o a las consecuencias de cualquier lesión en su integridad física o

¹³⁶ Joaquín GARRIGUES, *El interés en el seguro*, RES, 1975, pgs. 7 y ss. Antonio J. TAPIA HERMIDA, *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, 2ª ed., Cálamo, Barcelona, 2003, pg. 213. También, URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, *El contrato de seguro en general*, cit., pg. 587.

¹³⁷ URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, *El contrato de seguro en general*, cit., pg. 588.

¹³⁸ Vid. un resumen de la percepción generalizada sobre el interés en VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 133 y ss.

¹³⁹ TIRADO SUÁREZ, *Los seguros de personas*, cit., pg. 30, para quien la noción economicista de interés desaparece en los seguros de personas, en los que los intereses objeto de tutela por el contrato de seguro pueden ser muy diferentes.

vulneración de su salud¹⁴⁰. De tal modo, en los seguros de personas se superponen normalmente objeto y sujeto del interés en la persona del asegurado, en la medida en que el interés se refiere a la persona expuesta a determinados riesgos sobre su vida, su integridad física o su salud¹⁴¹. Se habla al respecto de la existencia de un interés ínsito, al recaer el interés del tomador del seguro sobre su propia persona (especialmente visible en seguros de enfermedad y asistencia sanitaria)¹⁴². Aunque también es posible que el seguro se estipule por el tomador sobre la persona de un tercero, de modo que son distintos el titular del interés del asegurado y la persona sobre la que gravita el riesgo y cuya muerte, supervivencia, integridad física o salud constituye, por tanto, el objeto del riesgo¹⁴³.

Se matiza, no obstante, que en los seguros de personas no es posible establecer una relación entre el valor del interés asegurado y la indemnización, tanto por la dificultad en la valoración del daño sobre el ser humano como por la imposibilidad de alcanzar un pleno resarcimiento o indemnización efectiva, al ser ilimitado e inmensurable el valor de la persona humana¹⁴⁴. Quizás por eso el interés no figura como elemento esencial, junto al riesgo, en la definición de contrato de seguro (art. 1 LCS), ni en la descripción general de los seguros de personas (art. 80 LCS)¹⁴⁵. Pero tampoco es una explicación suficiente, porque

¹⁴⁰ Esta construcción se debe fundamentalmente a Antonio DONATI, *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol II, Milano, 1954, pgs. 204 y ss. En la doctrina española vid. entre otros muchos, URÍA, *Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro...*, cit., pgs. 285 y ss. URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, *El contrato de seguro en general*, cit., pg. 587. ANGULO RODRÍGUEZ, *Sobre la regulación de los seguros de personas*, cit., pg. 1158,

¹⁴¹ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1 LCS*, 3ª ed., cit., pg. 38; 4ª ed., pg. 47; del mismo autor, *Comentario al artículo 80 LCS*, 3ª ed., cit., pgs. 1654-1655. Vid. también MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, cit., pgs. 36-37. Asimismo, Abel B. VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008, pgs. 143 y ss.; y del mismo autor, *Tratado...*, cit., pgs. 133 y ss.

¹⁴² VEIGA COPO, *Tratado...*, cit., pgs. 141-143.

¹⁴³ Cfr. art. 83.2 LCS para el seguro de vida, al que se remite el art. 100 II LCS para el seguro de accidentes y el art. 106 LCS, por remisión al anterior, para los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria.

¹⁴⁴ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1 LCS*, 4ª ed., cit., pgs. 47-48. VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pgs. 145-147; también en *Tratado...*, cit., pg. 143. Estos autores parten de la concepción unitaria del contrato de seguro basado en los conceptos de daño e indemnización, entendiendo que todos los seguros cumplen una función indemnizatoria y que, por tanto, en los seguros de personas el asegurador se obliga también a abonar una indemnización que será determinada a priori en el contrato de seguro (en forma de sumas o rentas) ante la imposibilidad de valorar el daño efectivo sobre el ser humano.

¹⁴⁵ La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del mercado financiero, eliminó la confusa mención que el anterior art. 83.2 LCS, relativo al seguro de vida para caso de muerte en que sean distintas la persona del tomador y del asegurado, hacía al interés del asegurado por la existencia del seguro. No parece, en cualquier caso, que esa mención al interés del asegurado en el seguro de vida pudiera utilizarse razonablemente como demostración de la existencia de un interés económico sobre la persona con carácter general en los seguros de vida.

la desvinculación del interés con la cuantificación de la prestación objeto de los seguros de personas sólo tiene sentido en los seguros de capitalización, pero no en aquellos seguros de personas cuya función es indemnizatoria o resarcitoria de un daño económico en el patrimonio, como sucede con algunas modalidades de seguros de accidentes y de seguros de enfermedad en los que el asegurador se compromete al reembolso de los gastos médicos y farmacéuticos derivados de la asistencia sanitaria (arts. 103 y 105 LCS) y, por lo tanto, resultarían aplicables las disposiciones relativas a los seguros de daños¹⁴⁶.

El desarrollo de los seguros asistenciales o de prestación de servicios abre nuevamente el debate sobre la existencia o no y, en su caso, el carácter esencial o meramente secundario del interés en los contratos de seguro distintos a los seguros contra daños. Puede decirse que en estos seguros pueden ser muy diferentes los intereses que subyacen a la celebración del contrato de seguro y que son objeto de tutela a través del mismo. Más aún, podría decirse que la categoría de los seguros asistenciales y, en particular, el seguro de asistencia sanitaria (por la peculiaridad del bien jurídico tutelado: la salud), obligan a replantear la concepción necesaria o directamente economicista del interés, en la medida en que -como luego se verá con detalle- el asegurado busca de manera preferente o prioritaria la prestación de uno o varios servicios al constatarse una situación de necesidad delimitada en el contrato, sin perjuicio de que persiga también obtener indirectamente un ahorro en la adquisición o disfrute de esos servicios respecto al precio normal de mercado de los mismos¹⁴⁷.

Al margen de estas apreciaciones que retomaremos posteriormente, el caso es que -como antes advertimos- una amplia mayoría de la doctrina española, partiendo de la relación entre riesgo e interés y su consideración como elementos esenciales del contrato de seguro, viene considerando que riesgo e interés constituyen la causa y el objeto respectivamente del contrato de seguro; y que no son las cosas ni las personas lo que se asegura, sino los intereses que se tienen sobre las mismas, pues es la pérdida, deterioro o reducción del valor que representa el interés lo que resulta compensado con la prestación del asegurador¹⁴⁸.

Nuevamente se percibe en esta construcción de la estructura contractual del seguro la intuición de estos conceptos básicos desde el prisma de los seguros contra daños en las cosas o seguros de indemnización efectiva. Lejos, por tanto, de la concepción pluralística o atomizada de los seguros que seguimos

¹⁴⁶ Vid. MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, cit., pgs. 116-117.

¹⁴⁷ Vid. infra II.3.2.

¹⁴⁸ Vid. URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, *El contrato de seguro en general*, cit., pg. 587. También, Abel B. VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pg. 143; del mismo autor, *Tratado...*, cit., pg. 135, donde señala que riesgo e interés son interdependientes y están entrelazados, en tanto en cuanto el riesgo se califica a través de la precisión y determinación del interés o intereses ante los que está expuesto.

en este trabajo y, en particular, de la categoría de los seguros asistenciales - donde incluimos el seguro de asistencia sanitaria- como seguros en los que el asegurador se compromete a ofrecer cobertura en forma fundamentalmente de prestación de servicios ante una situación de necesidad delimitada en el contrato.

Riesgo e interés actúan, efectivamente, como elementos determinantes de la relación contractual entre asegurador y asegurado, y, por tanto, como presupuestos fundamentales del contrato de seguro. Pero no creo que constituyan por sí mismos la causa y el objeto del contrato de seguro. Al referir el art. 1 LCS que la prestación del asegurador (indemnizatoria, de sumas o cualquier otra convenida) depende, en cualquier clase de seguro, de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, introduce elementos de confusión sobre la estructura del contrato de seguro; en particular sobre la función del contrato de seguro y sobre la prestación del asegurador.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico-negocial, no parece que el riesgo, como tal, constituya la causa del contrato. Desde una perspectiva abstracta o general de la causa-función del contrato de seguro, la causa (el objetivo o finalidad objetiva perseguida por los contratantes) reside realmente en la cobertura del riesgo ofrecida por el asegurador a cambio de una prima; en la garantía o seguridad que el asegurador ofrece al asegurado a cambio de la prima. En concreto, la causa del contrato consistiría en el cambio entre la prima y la prestación de seguridad¹⁴⁹. El riesgo actúa más bien como elemento determinante del contrato, como presupuesto de la causa del contrato; pero la auténtica función de éste es la de ofrecer garantía o seguridad frente a ese riesgo. Así las cosas, la consecuencia lógica es que si falta el riesgo en el momento de concluirse el contrato o éste ya se hubiera concretado al producirse el siniestro antes de celebrar el contrato, dicho contrato será nulo de pleno derecho (art. 4 LCS), ya que faltaría el presupuesto causal, es decir, el elemento esencial que justifica la cobertura del riesgo por el asegurador. Del mismo modo, cualquier alteración en el riesgo declarado durante la vigencia del contrato puede alterar asimismo la relación de cambio (que debe ser proporcional y equitativa, por el principio de equivalencia de las prestaciones) entre prestación de seguridad y prima, debiendo establecerse el ajuste necesario previa comunicación de la agravación o disminución del riesgo asegurado (arts. 11-13 LCS).

Tampoco creo que pueda centrarse el objeto del contrato en el interés del tomador en el objeto asegurado (cosa, patrimonio o persona) expuesto al riesgo. De hecho -como ya he apuntado- es discutible que el interés concorra necesariamente en todos los seguros de personas, al menos en su comprensión tradicional economicista, como relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y una cosa o una persona. Quienes ven en el interés asegurado el objeto del contrato de seguro, parten de la tesis que identifica el objeto del contrato con los intereses de los contrayentes autorreglamentados

¹⁴⁹ Así, Enrico DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008, pg. 122.

por el contrato¹⁵⁰. Pero lo cierto es que los intereses de las partes se materializan en las prestaciones -incluso futuras- comprometidas en el contrato. Por eso, entiendo que el objeto del contrato lo constituyen -en la comprensión más tradicional del concepto- las prestaciones que han de efectuarse como consecuencia de las obligaciones nacidas del mismo, que, en el contrato de seguro son la prima y la cobertura del riesgo¹⁵¹. En este sentido, el objeto del contrato de seguro, apreciado en abstracto, lo constituye la prestación de seguridad comprometida por el asegurador, ya que constituye la prestación principal o característica sobre la que descansa toda la estructura del contrato de seguro. El asegurador ofrece cobertura de un riesgo mediante una prestación de seguridad o garantía y el asegurado contrata el seguro porque tiene interés en obtener esa seguridad sobre el objeto del riesgo para el caso de que éste llegue a concretarse.

Así, en la percepción actual del contrato de seguro, no puede considerarse correcto entender que la obligación de cobertura comprometida por el asegurador sea inexistente al tiempo de celebrarse el contrato, surgiendo únicamente si llega a verificarse el evento (siniestro) que constituye la concreción o producción del riesgo asegurado. Más allá de la definición de contrato de seguro que aporta el referido art. 1 LCS, lo más relevante o importante que se desprende de dicha definición general es que la función del contrato de seguro consiste en la cobertura del riesgo delimitado en el mismo a cambio de una prima, incluso aunque ese riesgo no llegue a concretarse mediante el acaecimiento del siniestro¹⁵².

El asegurador no se limita únicamente a soportar o asumir el riesgo del asegurado para el caso -eventual- de que tenga lugar el siniestro. Antes bien, desde el mismo momento de la celebración del contrato, el asegurador viene obligado a adoptar una serie de medidas para satisfacer el interés que tiene el asegurado sobre el objeto (cosa o persona) del riesgo por si éste llegare a producirse¹⁵³. Esto implica que el asegurador viene obligado *ex contractus* a establecer las condiciones necesarias -constitución de reservas, índices de solvencia, organización de medios necesarios para proporcionar la cobertura, etc.- para hacer frente a las consecuencias del siniestro por si éste finalmente tuviera lugar, es decir, a adoptar medidas técnicas (patrimoniales, financieras, organizativas) para neutralizar el riesgo si llegara a concretarse. Y, de producirse esta situación, la cobertura del riesgo se determina mediante la

¹⁵⁰ Emilio BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en VASALLI (Dir.), *Tratatto de Diritto Civile*, Torino, 1960, pgs. 79 y ss.

¹⁵¹ L. Fernando REGLERO CAMPOS, *Comentario al artículo 1 LCS*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pgs. 49-50. También DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pgs. 95 y ss. y 122 y ss.

¹⁵² Vid. SÁNCHEZ CALERO, 3ª ed., *Comentario al artículo 1*, 4ª ed., cit., pgs. 45 y ss.

¹⁵³ Cfr., Gianguido SCALFI, *I contratti di assicurazione. Assicurazione dei danni*, Torino 1991, pgs. 35 y ss.

prestación de la indemnización pactada (dineraria o no dineraria, ex art. 18 II LCS), la entrega de las sumas o rentas convenidas o la prestación de los servicios acordados.

Entonces, la obligación del asegurador consiste en ofrecer al asegurado una prestación de seguridad ante la amenaza que supone el riesgo asegurado, la cual surge inmediatamente con la perfección del contrato¹⁵⁴. Esta prestación de seguridad, que se concibe en abstracto, tiene carácter inmediato o primario, y debe concretarse mediante una serie de actividades instrumentales o prestaciones secundarias:

- a) Una prestación intermedia o de previsión que consiste en la adopción de las medidas idóneas para organizar y garantizar la cobertura comprometida, que deberán implementarse en todo caso, llegue a producirse o no el siniestro, ofreciendo así al asegurado la seguridad de que su interés (el interés en recibir la prestación comprometida por el asegurador) está cubierto de antemano para el caso de que llegara a producirse el evento cuyo riesgo se asegura¹⁵⁵.
- b) Una prestación final, de carácter eventual, que sólo tendrá que llevarse a cabo si tiene lugar el evento o siniestro, y que consistirá -dependiendo del tipo concreto de seguro- en la prestación material o efectiva de una indemnización (pecuniaria, de reparación o de reposición), en la entrega de un capital en forma de pago único o de renta periódica, o en la prestación de los servicios garantizados en la póliza¹⁵⁶.

La prestación o cobertura abstracta de seguridad ofrecida por el asegurador se muestra como una *obligación de resultado*, ya que el asegurador se compromete de antemano a ofrecer al asegurado la certeza de poder contar con la cobertura concreta del riesgo, llegue o no a producirse el evento fortuito. De modo que el resultado consiste en la consecución por el asegurado de una situación de seguridad, también psicológica, en el sentido de que, si llegara a producirse, el riesgo asegurado será neutralizado por el asegurador. Ese resultado de seguridad ofrecido por la obligación de cobertura del asegurador

¹⁵⁴ SCALFI, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pgs. 14-18.

¹⁵⁵ Esta prestación de seguridad se refuerza con la intervención pública, mediante la normativa de control y supervisión de las entidades aseguradoras (TRLOSSP 2004), que exige a las empresas de seguros mantener unos índices determinados de solvencia patrimonial y financiera así como acreditar la organización de los medios necesarios para hacer frente a sus obligaciones de cobertura de riesgos. La intervención pública, armonizada a nivel comunitario (Directiva 2009/138/CE, Solvencia II), se justifica por el interés general que existe en el funcionamiento eficiente del mercado del riesgo, al estar ampliamente consolidado entre la sociedad, de manera que la seguridad ofrecida a través de los contratos de seguro sea real y efectiva para el conjunto de los asegurados, aunque individualmente no llegue a concretarse el riesgo ni, por tanto, a necesitar la cobertura concreta de esa seguridad.

¹⁵⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1 LCS*, cit., 4ª ed., pgs. 53-54. Para una construcción más detallada de la estructura del contrato de seguro, vid. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pgs. 121 y ss.

se consigue mediante las prestaciones instrumentales o secundarias: la predisposición de medidas necesarias para neutralizar el riesgo si éste llegara a verificarse (la cual debe desarrollarse en todo caso); y la prestación concreta de la indemnización, capital o servicios garantizados si el riesgo finalmente se produce¹⁵⁷. Entonces, el asegurador se compromete a ofrecer el resultado de seguridad querido por el asegurado desde el mismo momento de la conclusión del contrato y durante toda la vigencia del mismo, obligándose a adoptar las medidas patrimoniales, financieras y técnicas necesarias para estar en condiciones de afrontar las necesidades de los asegurados, concretándose ese resultado en una prestación de dar o hacer -según los casos- si llega a verificarse el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura.

Así las cosas, la calificación de la prestación de cobertura o seguridad del asegurador como una obligación de resultado, perfectamente cierta y delimitada al tiempo de celebrarse el contrato, pone en entredicho la tradicional calificación del contrato de seguro como el arquetipo o paradigma de los contratos aleatorios¹⁵⁸. El contrato de seguro se presentaría, entonces, como un contrato bilateral, conmutativo o de prestaciones recíprocas, naciendo una relación sinalagmática entre asegurador y asegurado desde el momento en que se concluye el contrato por medio de la cual el asegurador asume la cobertura

¹⁵⁷ Cfr., DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pg. 123. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 1 LCS*, cit., 4ª ed. pgs. 53-54, quien -de acuerdo con la teoría unitaria que defiende- reconduce todas las posibles prestaciones concretas convenidas por el asegurador a una finalidad indemnizatoria *lato sensu*, que podrá ser dineraria o no dineraria (de reparación o reposición).

¹⁵⁸ Concebidos generalmente como aquellos contratos en que las prestaciones de las partes o al menos una de ellas (aleatoriedad bilateral o unilateral) dependen de la realización de un evento incierto al tiempo de celebrarse el contrato. Así, si el "aleas" debe afectar a la estructura misma del negocio jurídico, esto es, a la incertidumbre de las prestaciones y no sólo al valor económico de una prestación, ese elemento podría no darse en el contrato de seguro si se reconoce la prestación del asegurador como una prestación de seguridad (calificada como obligación de resultado) existente ya en el momento de la conclusión del contrato y que prescinde, por tanto, para su existencia y exigibilidad, de que llegue o no a producirse el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura (el siniestro). Sí que existe un elemento de incertidumbre, que seguiría justificando la aleatoriedad del contrato de seguro, sobre la prestación instrumental o secundaria, de cobertura concreta, comprometida por el asegurador en el contrato (es decir, la indemnización, el capital o los servicios), ya que ésta sólo surge como tal si se concreta el riesgo a través del siniestro; así, la aleatoriedad podría explicarse en relación con la incertidumbre que para el asegurador supone el no saber, en el momento de la perfección del contrato, si deberá soportar una carga patrimonial y en qué medida deberá soportarla, lo cual depende de un suceso futuro e incierto: el siniestro (vid. REGLERO CAMPOS, *Comentario al artículo 1 LCS*, cit., pg. 50). Pero, se arguye al respecto, que esta prestación instrumental o de segundo grado afecta solamente al plano económico de la relación contractual y no al plano jurídico o estructural del negocio jurídico, apuntando que el riesgo económico no es suficiente por sí solo para determinar el carácter aleatorio de un tipo contractual, sino que es imprescindible que el "aleas", la incertidumbre, recaiga sobre las prestaciones de las partes o al menos sobre la prestación principal, la cual en este caso, es cierta y determinada *ab initio*, al consistir en la prestación o cobertura de garantía que el asegurador ofrece al asegurado, obligándole a predisponer los medios técnicos necesarios para hacer efectiva esa cobertura llegado el caso. Vid. *in extenso*, DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pgs. 133 y ss., con abundante cita bibliográfica de la doctrina italiana.

del riesgo, ofreciendo una prestación abstracta de seguridad a cambio del pago de una prima por el asegurado que se fijará en función de la naturaleza y alcance del riesgo asegurado; y no, como se afirma por algunos autores, una prestación sujeta a condición suspensiva (el acaecimiento del siniestro), que determinaría el carácter aleatorio del contrato.

Tampoco creo que se pueda prescindir del elemento aleatorio en la configuración del contrato de seguro, pero sí que puede matizarse su influencia en el mismo. Podría decirse, así, que el elemento aleatorio, el azar, está presente en la razón de ser misma del contrato de seguro (la búsqueda de una garantía del asegurador para el caso de que llegara a producirse un evento dañoso sobre un bien, el patrimonio o una persona), pero no en la concreción o ejecución del contrato. De modo que el “aleas” actúa como elemento determinante del contrato (pues está presente o ínsito en el riesgo que actúa como presupuesto causal), pero no es fundamental para que nazca la obligación general o básica de cobertura del asegurador; aunque sí lo será, para la concreción del riesgo, concebido como evento aleatorio potencialmente dañoso, para la ejecución plena del contrato, esto es para que nazca y se concrete la obligación del asegurador de prestar la cobertura concreta comprometida.

En definitiva, lo que interesa destacar -para concluir este epígrafe- es que riesgo e interés pueden seguir concibiéndose como elementos fundamentales del contrato de seguro, pero no constituyen como tales la causa y el objeto del contrato. La clave de la estructura negocial del seguro reside en la prestación de garantía o seguridad ofrecida por el asegurador.

2.3.2. Riesgo e interés en la estructura del contrato de seguro de asistencia sanitaria

El estudio de la estructura contractual de un tipo concreto de contrato de seguro requiere realizar unas precisiones preliminares. Antes indicamos que el conocimiento preciso de la estructura íntima de cada modalidad de contrato de seguro requiere un estudio tipológico¹⁵⁹, el cual debe partir de la delimitación de la naturaleza de la prestación concreta comprometida por el asegurador, íntimamente relacionada con los elementos básicos de riesgo e interés que actúan como presupuestos de cada modalidad específica de seguro, para, a continuación, esclarecer la causa concreta y el objeto específico del tipo concreto de contrato de seguro. Señala SCALFI, en esta línea, que mediante un procedimiento de abstracción se encontrará siempre una misma causa en los contratos de seguro: la de garantía. No obstante, de cada uno de los riesgos asegurados, en relación con la naturaleza de la prestación del asegurador, se puede deducir una causa particular para cada modalidad de contrato de seguro: garantía de indemnidad frente a un daño en una cosa concreta; garantía de asumir el coste económico de una deuda o de una

¹⁵⁹ Supra, II.1.

pérdida patrimonial; garantía de obtención de una cantidad en caso de fallecimiento, supervivencia, accidente, enfermedad; garantía de asistencia en una o varias formas concretas, etc.¹⁶⁰.

Acabamos de apuntar que la clave de la estructura negocial del seguro reside en la prestación de garantía o seguridad ofrecida por el asegurador, la cual resulta exigible desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato. Dicha prestación de seguridad se concibe en abstracto como una obligación de resultado que determina el despliegue de los medios patrimoniales, financieros y organizativos (técnicos y humanos) necesarios para el cumplimiento de la prestación desde el mismo momento en que se celebra el contrato, sin perjuicio de que luego, cuando se verifique el siniestro y deba ejecutarse la obligación comprometida, el asegurador venga obligado a realizar una prestación concreta que puede consistir en un “*dare*” (pago de la indemnización o abono de las sumas o rentas pactadas) o bien en un “*facere*” (prestación de los servicios acordados en la póliza).

Pues bien, el estudio de la causa concreta y del objeto específico de un tipo determinado de contrato de seguro, en nuestro caso el contrato de seguro de asistencia sanitaria, requiere partir de una determinación o concreción de los tres aspectos fundamentales para la caracterización de un contrato de seguro, que aparecen claramente interrelacionados: el riesgo típico o propio que se quiere asegurar con ese tipo contractual, el interés que subyace al acuerdo contractual y la prestación característica del asegurador en ese tipo contractual.

Frente a la abstracción que caracteriza a la prestación de seguridad o garantía común a todo contrato de seguro, el examen tipológico de una modalidad específica de seguro requiere tomar como referencia fundamental la prestación concreta, instrumental o de segundo grado; esto es, la prestación final, de carácter incierto, eventual o circunstancial a la que se compromete el asegurador en ese tipo determinado de seguro para el caso de que llegue a producirse el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, la cual hay que relacionar directamente con el riesgo y -en su caso- el interés propios de ese contrato de seguro. Y es que, si el evento finalmente se verifica, el asegurador deberá prestar la cobertura en forma diversa, en relación con la naturaleza del riesgo asegurado¹⁶¹. Es, entonces, la prestación específica la que acaba por caracterizar el tipo concreto de contrato de seguro en análisis en cada caso, delineando a su vez el riesgo y el interés característicos de esa modalidad de seguro; y también la que predetermina a su vez la prestación u obligación intermedia -consecuencia directa de la prestación genérica o abstracta de seguridad que nace con todo contrato de seguro- consistente en la adopción de las medidas técnicas necesarias para organizar y garantizar la prestación de la

¹⁶⁰ Vid. *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione...*, cit., pg. 148.

¹⁶¹ SCALFI, *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione...*, cit., pg. 147.

cobertura específica comprometida en el contrato para el caso de que llegare a concretarse el riesgo asegurado.

Ya se advirtió en el epígrafe anterior que los contornos habituales del riesgo e interés asegurados, concebidos como elementos básicos de todo contrato de seguro a partir de la estructura típica de los seguros de daños (aunque extendidos luego, con algunos matices, a los seguros de personas), tienden a difuminarse en los últimos años ante la pujanza de los seguros de prestación de servicios y la progresiva consolidación de una categoría alegal o paralegal¹⁶² de seguros asistenciales. Este fenómeno es especialmente visible en el seguro de asistencia sanitaria.

Generalmente se entiende que el riesgo asegurado en el seguro de asistencia sanitaria es -como en todas las modalidades de seguro incluidas en el ramo 2 de la clasificación de ramos aseguradores ex art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP- la enfermedad del asegurado, que puede ser el mismo tomador del seguro o un tercero. La doctrina define la enfermedad como un estado anormal del cuerpo o del espíritu, según dictamen médico¹⁶³; o como un quebranto físico o anímico que opera en manera diferente que en el accidente, ya que en éste se pasa de un estado de normalidad a otro de anormalidad de forma violenta o súbita, mientras que en la enfermedad ese decurso es gradual¹⁶⁴. No obstante, en las pólizas de asistencia sanitaria suele contemplarse la enfermedad en sentido amplio, en el sentido propio del término recogido en el Diccionario de la Real Academia, esto es, como “alteración más o menos grave de la salud”, independientemente de cuál sea la causa generadora de esa alteración de la salud. De hecho es habitual en estas pólizas que en la descripción del riesgo enfermedad se incluyan también -según los casos- lesiones producidas de manera fortuita o a raíz de un accidente, aunque sin incluir la invalidez temporal o permanente o la muerte, por ser éstos riesgos específicos de los seguros de accidentes (cfr., art. 100 LCS)¹⁶⁵.

Así pues, la enfermedad es el riesgo genérico del seguro de asistencia sanitaria compartido con los seguros de enfermedad en sentido estricto (cfr., art. 105 LCS) y ahora también con los seguros de dependencia (cfr., ramo 2 en la clasificación de riesgos asegurados, ex art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP). Esto ha motivado las confusiones sistemáticas examinadas antes sobre si el

¹⁶² Alegal como tal categoría (frente a las categorías legales de los seguros de daños y los seguros de personas), pero no, a mi juicio, si se aprecia desde la perspectiva de los tipos concretos de seguros en los que el asegurador se obliga en todo o en parte a la prestación de determinados servicios en caso de producirse las situaciones de necesidad delimitadas en la póliza.

¹⁶³ GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pg. 545.

¹⁶⁴ Mercedes VERGEZ, *Los seguros de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria en la Ley de Contrato de Seguro* (arts. 100 a 106), en Evelio VERDERA i TUELLS (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. I, Madrid, 1982, pg. 1069.

¹⁶⁵ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 21-22. También, TIRADO SUÁREZ, *Los seguros de personas*, cit., pg. 205.

seguro de asistencia sanitaria es una submodalidad de seguro de enfermedad (como podría desprenderse de una lectura superficial del art. 6.1 a. TRLOSSP) o si se trata de un seguro autónomo e independiente del seguro de enfermedad en sentido estricto (como se infiere del art. 105 LCS)¹⁶⁶. Y es que, aunque el riesgo de enfermedad sea compartido, existen importantes diferencias en las prestaciones comprometidas por el asegurador para el caso de que ese riesgo llegue a materializarse; diferencias que, a mi juicio -como antes se ha dicho- marcan también una distinción fundamental en el riesgo e interés asegurados en cada una de las modalidades de seguros de enfermedad, pues de la naturaleza y finalidad de la prestación específica que se compromete a realizar el asegurador se puede extraer por inducción el riesgo concreto asegurado en cada modalidad o tipo concreto de seguro donde el riesgo genérico es la enfermedad.

Desde algún sector doctrinal se defiende que, a pesar de las diferentes prestaciones comprometidas por el asegurador en las distintas modalidades de seguros de salud, todas los contratos de seguros incluidos en el ramo de enfermedad persiguen una finalidad idéntica: ofrecer cobertura al asegurado frente al riesgo de tener que afrontar, por sus propios medios económicos, las consecuencias de la lesión o la enfermedad¹⁶⁷. De esta manera nuevamente se pone el acento en la abstracción, aunque con un importante matiz: el riesgo en las distintas modalidades de seguros del ramo de enfermedad no sería la enfermedad propiamente dicha, sino las consecuencias económicas de la enfermedad para el patrimonio del asegurado. Sin embargo, entiendo que para analizar detalladamente la naturaleza y régimen jurídico de un tipo concreto de seguro -como es, en nuestro caso, el seguro de asistencia sanitaria-, es imprescindible centrar la atención en el riesgo concreto que actúa como presupuesto específico de la causa-función del contrato de seguro donde el riesgo genérico o riesgo-presupuesto es la enfermedad.

Según el art. 105 LCS y tal y como se desprende de la práctica contractual del sector (condiciones generales) en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se compromete a prestar servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios. No a entregar una determinada suma de dinero, ni tampoco -al menos como obligación principal o fundamental- a reembolsar gastos médicos y farmacéuticos abonados previamente por el asegurado, como sucede en el seguro de enfermedad en sentido estricto. Cuestión distinta es que se pueda concertar un seguro mixto de asistencia sanitaria y reembolso de gastos para determinadas situaciones. La prestación concreta del asegurador en los seguros de enfermedad *stricto sensu* es siempre de carácter pecuniario, sea en forma de sumas o sea en forma de indemnización en concepto de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos. Por el contrario, en el seguro de asistencia

¹⁶⁶ Supra, II.2.

¹⁶⁷ Vid. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 12. SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed., cit., pgs. 2690-2691.

sanitaria la prestación concreta del asegurador, y la única a la que se compromete (sin perjuicio de las pólizas mixtas ya mencionadas) consistiría -según el tenor legal- en la asunción y prestación de atenciones sanitarias por el asegurador¹⁶⁸.

Pues bien, como decimos, la prestación específica o particular a que se compromete el asegurador acaba por caracterizar el tipo contractual y por determinar su estructura contractual, incluyendo el riesgo (como presupuesto causal) y el interés concretos de ese tipo. En los seguros de salud la enfermedad actúa como riesgo genérico o riesgo-presupuesto; pero en las distintas modalidades de seguros de salud el riesgo cubierto en el contrato de seguro no es la enfermedad en sí misma, sino las consecuencias concretas que produce la enfermedad y que constituyen la causa o fin concreto por el que llega a celebrarse el contrato de seguro. De modo tal que, si llega a producirse la enfermedad, concebida como riesgo genérico o riesgo-presupuesto, nace o se verifica un riesgo específico de segundo grado relacionado con esa alteración en el estado de salud (riesgo concreto), distinto en cada modalidad de contrato de seguro de enfermedad *lato sensu*, el cual actúa como presupuesto causal de cada tipo contractual y en cuyo aseguramiento o garantía de cobertura por el asegurador se centra el interés del asegurado.

Así, en el seguro de enfermedad consistente en la entrega de un capital, en forma de sumas o rentas, el riesgo reside en el perjuicio económico (en forma de lucro cesante) que la enfermedad -si llega a verificarse- produciría en el patrimonio del asegurado, al no poder atender sus obligaciones laborales o profesionales. En el seguro de enfermedad en forma de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos, de naturaleza indemnizatoria, el riesgo consiste en el perjuicio económico (en forma de daño emergente) que el estado de enfermedad -de constatarse- produciría en el patrimonio del asegurado al tener que hacer frente por sí mismo a los gastos de asistencia médica y farmacéutica¹⁶⁹. No es tan fácil, sin embargo, delimitar el riesgo e interés asegurados en el seguro de asistencia sanitaria, pues depende de si la obligación de cobertura del asegurador se califica como una prestación indemnizatoria del coste de los gastos de asistencia médica y farmacéutica (similar a la del seguro de reembolso de gastos sanitarios) o bien como una prestación de servicios sanitarios o asistencial¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Vid. MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas. Aspectos generales*, cit., pg. 55, con cita de doctrina y jurisprudencia.

¹⁶⁹ La STS (Sala 1ª) de 13 de julio de 2002 (RJ 202/5910) señala que en un contrato de seguro donde la aseguradora se compromete a hacerse cargo de los gastos de asistencia sanitaria derivados de enfermedades diagnosticadas o accidentes sufridos dentro del periodo de vigencia de la póliza, "el riesgo cubierto no es la enfermedad en sí misma, sino el gasto devengado durante la vigencia de la póliza como consecuencia de la dolencia o accidente acaecido durante el período en que el contrato estaba en vigor" (Fdto. Dcho 4ª).

¹⁷⁰ Abordamos esta problemática *in extenso*, infra II.4.

Un relevante sector de nuestra doctrina, defiende que en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador no se compromete a prestar o ejecutar “directamente” servicios sanitarios (como erróneamente sugiere el art. 105 LCS), sino que la prestación de la entidad aseguradora consiste en la organización y gestión de los medios materiales para hacer posible la provisión de servicios de salud, garantizando la disponibilidad de los profesionales o centros necesarios en las condiciones establecidas en el contrato de seguro y asumiendo directamente el costo de la prestación de tales servicios¹⁷¹. De modo que, tanto en el seguro de enfermedad de reembolso de gastos como en el seguro de asistencia sanitaria, “el asegurador asume el precio de la prestación de esos servicios, en lugar del asegurado y en las condiciones establecidas en el contrato de seguro, si bien en el primer caso el asegurador abona determinadas sumas al asegurado y en el segundo efectúa el pago directamente a quien presta el servicio médico, quirúrgico y farmacéutico”¹⁷². Por lo tanto, de acuerdo con esta tesis, el riesgo cubierto por los distintos seguros de enfermedad, tanto en la modalidad de seguros de sumas, como de reembolso de gastos y de asistencia sanitaria, consiste en el interés que tiene el asegurado en protegerse frente a las consecuencias económicas de un estado de enfermedad que puede ocasionarle gastos médicos, farmacéuticos o de asistencia¹⁷³.

Se ponen en relación íntima los conceptos de riesgo e interés -como presupuestos del contrato de seguro- con la naturaleza de la prestación, prestando especial cuidado en preservar la noción clásica economicista de interés, según la cual el interés ha de tener trascendencia económica para tener relevancia jurídica¹⁷⁴. Se apunta en esta línea que “en el seguro de asistencia sanitaria el asegurado tiene interés en preservar la salud (y, por consiguiente, está interesado en que el riesgo -las enfermedades o lesiones- no se produzca) no tanto porque la salud permite al asegurado desarrollar una actividad diaria normal y, por ende, realizar su actividad laboral con el consiguiente resultado económico, sino especialmente porque de este modo se evita un daño económico en su patrimonio”¹⁷⁵. De modo que, según esta tesis, el interés del asegurado consiste en evitar un daño patrimonial, ya que se produciría un menoscabo en su patrimonio si pretendiera acceder a las mismas prestaciones médicas, quirúrgicas y hospitalarias sin haber contratado un

¹⁷¹ Cfr., SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed., cit., pgs. 2690 y 2702-2703.

¹⁷² MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 13.

¹⁷³ GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., pg. 645. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 13-14.

¹⁷⁴ GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., pg. 156.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 27.

seguro; desplegando así la misma función que algunos seguros contra daños, como el de responsabilidad civil y el de defensa jurídica.

En definitiva, se defiende que el riesgo asegurado en el seguro de asistencia sanitaria se centra en la relación económica que une al asegurado con su patrimonio¹⁷⁶. Esta forma de entender el seguro de asistencia sanitaria, como seguro de indemnización de un daño patrimonial, permite preservar el concepto de interés como relación jurídica, susceptible de valoración económica, entre el asegurado y un bien o una persona. En este caso, aún tratándose de un seguro de personas, el riesgo concreto asegurado consistiría en el menoscabo que para su patrimonio conlleva el coste económico de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios organizados y ofrecidos por el asegurador (y no en la enfermedad como tal¹⁷⁷, que actuaría solamente como presupuesto de ese riesgo concreto); y el interés asegurado residiría en la cobertura indemnizatoria de los gastos de asistencia sanitaria por el asegurador, sólo que esa cobertura se produce no mediante el reembolso de gastos sino mediante el pago directo de los servicios a los facultativos y centros clínicos, de diagnóstico y hospitalarios. La misma construcción se realiza para el más reciente seguro de dependencia, incluido también en el ramo de enfermedad (art. 6.1 a apartado 2 TRLOSSP 2004)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Esta concepción exclusivamente economicista e indemnizatorio de los seguros de enfermedad se recogió en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro presentado por el Ministerio de Justicia el 8 de abril de 2011, cuyo artículo 95 describe el seguro de enfermedad como aquel por el que el asegurador se obliga a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado, describiendo luego la prestación de asistencia sanitaria como aquella por la que el asegurador garantiza al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, poniéndolos a su disposición y asumiendo directamente su coste.

¹⁷⁷ Como sin embargo afirma MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, para quien “*el riesgo incide sobre la persona del asegurado; sin embargo, el interés no es tanto una relación económica entre el asegurado y su propia persona (como en los seguros sobre la propia vida, de accidente y de enfermedad) cuanto entre el asegurado y su patrimonio*”. Vid., *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 28. Concluye este autor que en el seguro de asistencia sanitaria existe, como en los seguros contra daños (art. 25 LCS), un interés del asegurado a la indemnización del daño económico que sufriría si tuviera que hacer frente directamente a los gastos de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, de manera que el interés del asegurado a la indemnización de un daño se convierte en el elemento esencial del contrato de seguro de asistencia sanitaria, al igual que sucede en los seguros de daños.

La postura mantenida por el citado autor contrasta con la defensa firme que hace del seguro de asistencia sanitaria como un seguro de prestación de servicios o asistencial (ob. cit., pgs. 34 y ss. y 67 y ss.). Más bien parece que quiere situar el seguro de asistencia sanitaria entre la categoría del seguro de personas (por el riesgo asegurado) y la categoría de los seguros de daños (por el interés del asegurado), pero ignorando la esencialidad de la prestación asistencial (que él mismo defiende) en la delimitación de riesgo e interés.

¹⁷⁸ En el seguro de dependencia el asegurado tiene interés en que el coste de los servicios asistenciales que necesite para preservar su autonomía se diluya en su patrimonio mediante la contratación de un seguro que permita, a través del pago de una cantidad periódica, el acceso a tales servicios sin preocupación alguna por su importe. Vid. Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de dependencia: régimen jurídico*, en CALVO ORTEGA/GARCÍA CALVENTE (Dir.), “*Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectiva*”, Madrid, 2007, pg. 550. También VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pgs. 149-150.

Entonces, lo que caracterizaría a este seguro respecto al seguro de enfermedad en la modalidad de reembolso de gastos, es que el importe de la reparación de la salud, correspondiente a los gastos derivados de la asistencia sanitaria necesaria, no ingresa en el patrimonio del asegurado, ya que no es éste quien asume el coste, sino la compañía aseguradora; de lo cual deduce una cierta finalidad preventiva de un daño económico en la contratación del seguro de asistencia sanitaria¹⁷⁹. De modo que: “*en la modalidad de prestación de servicios (sin reembolso de gastos) predomina la función preventiva del seguro, que se contrata para evitar un posible menoscabo económico, y en la modalidad de asistencia sanitaria con restitución de los gastos médicos predomina la función indemnizatoria de un daño efectivamente producido en el patrimonio del asegurado*”¹⁸⁰. Estaríamos hablando así de un seguro de daños en el patrimonio, que cumpliría una función preventiva del daño económico que la enfermedad podría causar en el patrimonio del asegurado si tuviera que afrontar con sus propios medios el coste de la asistencia sanitaria.

Personalmente no comparto esta construcción de la estructura del seguro de asistencia sanitaria como seguros de daños en el patrimonio con vocación preventiva, la cual considero sumamente condicionada por la comprensión clásica de conceptos tradicionales del derecho del seguro, sea por la clasificación de los seguros en dos grandes grupos de riesgos (daños y personas) o sea por el concepto economicista de interés. Además, la indicada función preventiva del daño económico está presente en todos los seguros de daños y de sumas.

¹⁷⁹ De esta forma se relaciona el seguro de asistencia sanitaria con las prestaciones de reparación o prestaciones en especie permitidas por el art. 18 II LCS, entendiendo que la prestación de servicios sanitarios sin desembolso previo por el asegurado constituye una forma de indemnizar al asegurado en especie, mediante la reparación del objeto siniestrado que sería la salud del asegurado. Así, también, MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 14. Asimismo, se afirma para el seguro de dependencia que la indemnización no ingresa en el patrimonio del tomador, sino que los asume como obligación de hacer la aseguradora (art. 18 II LCS). Cfr., VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pg. 150.

Interpretación que no convence demasiado, como veremos posteriormente al analizarla con mayor detalle (infra II.4.1), siquiera sea porque no casa demasiado bien defender que el riesgo e interés asegurados están en el patrimonio del asegurado frente al menoscabo patrimonial que supone la asistencia sanitaria, y señalar al mismo tiempo que la prestación del asegurador no es indemnizatoria pecuniaria, sino de reparación...del cuerpo humano, de la salud; cuando el daño se produciría realmente en el patrimonio como consecuencia de la enfermedad.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 30. Parece, entonces, que en función del interés asegurado, concibe una modalidad amplia de seguro de enfermedad con submodalidades de asistencia sanitaria en forma de prestación de servicios (asistencia sanitaria en sentido estricto) y de asistencia sanitaria de reembolso de gastos (seguro de enfermedad en sentido estricto).

A mi juicio, como se viene anunciando a lo largo de este trabajo, la prestación del asegurador de asistencia sanitaria es una prestación asistencial o de servicios, no una prestación indemnizatoria -ni siquiera entendida como prestación de reparación de carácter preventivo- del coste patrimonial que conllevan los gastos de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria; sin perjuicio de que la asistencia, la prestación del servicio por el asegurador, evite al asegurado tener que asumir ese coste, que, quizás -pero sólo quizás- no estaría en condiciones de poder realizar. Esta naturaleza asistencial de la prestación del asegurador ilumina y predetermina toda la estructura concreta del contrato de seguro de asistencia sanitaria, en particular los conceptos de riesgo e interés como elementos fundamentales del seguro y presupuestos de la causa y objeto contractuales.

En los seguros asistenciales el evento asegurado es un evento fortuito -entendido como verificación de un riesgo- que crea una situación de dificultad de la cual surge la necesidad de una ayuda o asistencia inmediata, la cual puede consistir en una prestación en dinero (prestación de dar) o en especie (prestación de hacer)¹⁸¹; aunque sin duda, es la prestación de servicios lo que caracteriza principalmente a los seguros de asistencia. El riesgo concreto lo constituye la situación de necesidad producida por la verificación del evento fortuito, la cual requiere una ayuda inmediata. Aunque concurre normalmente un eventual daño económico en el patrimonio, no considero que constituya el factor fundamental, sino más bien accesorio. Lo decisivo es la necesidad de ayuda o asistencia asociada a la situación de dificultad, lo cual no impide que esa situación de necesidad derive de un daño: la particularidad estriba en que el daño no asume relevancia por sí mismo como riesgo cubierto o asumido por el asegurador, sino que es el presupuesto que provoca la situación de necesidad que requiere ayuda inmediata, la cual constituye el riesgo asegurado en el contrato de seguro de asistencia¹⁸².

Esta construcción o estructuración de los seguros asistenciales puede y debe trasladarse al seguro de asistencia sanitaria, en tanto en cuanto es uno de los principales exponentes de ese tipo de seguros.

El riesgo que consiste en una situación de necesidad que reclama asistencia inmediata, puede aparecer en algunos seguros como un riesgo accesorio a otro u otros principales. Así sucede, por ejemplo, en los seguros multirriesgo hogar (la apertura de la puerta de la vivienda por un cerrajero contratado por el asegurador), en los seguros de accidentes (el envío de una ambulancia por el asegurador para recoger al accidentado y trasladarlo al hospital) o en los seguros multirriesgo de automóviles (la puesta a disposición de un vehículo de

¹⁸¹ Así lo dispone expresamente el art. 1.2 II de la primera Directiva no vida 73/239/CEE, en la redacción dada por el art. 1 de la segunda Directiva no vida 84/641/CEE. También el art. 2.2 de la Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre, que deroga las anteriores.

¹⁸² Vid. ampliamente, en Gianguido SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Giuffrè, Milano, 1992, pgs. 14-15. También en Giovanna VOLPE PUTZOLU, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, en *Assicurazioni*, 2000-I, pgs. 7 y ss.

sustitución en caso de avería o accidente, el traslado a la ciudad de origen o destino, etc.). Pero en otros seguros la situación de necesidad que requiere asistencia se configura con carácter esencial o principal. En estos -seguros asistenciales propiamente dichos- el componente esencial de la prestación del asegurador es la ayuda o asistencia inmediata al asegurado mediante la prestación de los servicios comprometidos en la póliza¹⁸³. El fin del contrato (causa-función) no es el reembolso de gastos asumidos por el asegurado, ni tampoco solamente el pago del coste de la asistencia; esto es, la mera eliminación o reducción del precio o coste de la asistencia sanitaria que, de otro modo, tendría que afrontar el asegurado por sus propios medios. El fin del contrato es procurar al asegurado el acceso inmediato a los servicios necesarios para atender la necesidad creada tras la verificación del evento fortuito¹⁸⁴, permitiéndole disfrutar de servicios médicos que, de otra forma, no podría costearse por sí sólo. El riesgo está -insisto- en la situación de necesidad derivada del evento fortuito y el interés en la obtención inmediata de la asistencia necesaria para neutralizar la enfermedad, para lo cual el asegurador tendrá que haber organizado previamente una estructura asistencial adecuada para la prestación de los servicios comprometidos en la póliza, sea propia y/o concertada con terceros.

Sabemos que el seguro de asistencia sanitaria es un tipo o modalidad de seguro incardinada dentro del ramo asegurador de la enfermedad. Pero, de acuerdo con la construcción expuesta más arriba, considero que la enfermedad no es propiamente el riesgo asegurado en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, sino el presupuesto o riesgo-presupuesto, el evento fortuito que, de producirse, genera un riesgo concreto que consiste en la situación de necesidad del asegurado que requiere una ayuda inmediata (aunque no necesariamente urgente) en forma de asistencia médica, diagnóstica, quirúrgica y hospitalaria necesaria para el tratamiento de dicha enfermedad.

Tras la prestación asistencial sanitaria que caracteriza el contrato de seguro de asistencia sanitaria se encuentra el concepto de interés, concebido generalmente como un elemento-presupuesto fundamental del contrato de seguro junto al riesgo. Pero, como antes vimos, es discutible que el interés esté presente en todos los seguros de personas, al menos en su concepción económica pura, como relación del asegurado, susceptible de valoración económica, con su propia persona o la de un tercero. Por eso, un sector de la doctrina ha reconducido los seguros de asistencia sanitaria al terreno de los seguros de daños sobre el patrimonio, en el entendimiento de que el interés asegurado, esto es, lo que persigue el asegurado al concertar este tipo de seguro, es evitar un daño en su patrimonio para el caso de que surgiera la enfermedad y tuviera que hacerle frente con sus solos medios económicos. Considero no obstante, que si los intereses de las partes en el contrato de seguro se condensan en las prestaciones comprometidas en el contrato, y

¹⁸³ SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pgs. 11 y 15 y ss.

¹⁸⁴ Cfr., VOLPE PUTZOLU, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, cit., pg. 16.

particularmente si el interés del asegurado se materializa en la prestación concreta de seguridad ofrecida por el asegurador; si se admite -como aquí proponemos- que la prestación del asegurador de asistencia sanitaria no es indemnizatoria sino de servicios o asistencial, puede concluirse que en el contrato de asistencia sanitaria el asegurado concierne el seguro para, en caso de sufrir una alteración más o menos grave de la salud, cualquiera que sea la causa que la motive (incluyendo lesiones fortuitas y accidentes), obtener de forma inmediata los servicios sanitarios que sean necesarios para combatir la enfermedad. Es decir, la enfermedad (riesgo genérico o riesgo-presupuesto), de producirse, genera una situación de necesidad que requiere ayuda inmediata en forma de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios (riesgo concreto), pudiendo el asegurado recurrir a cualquiera de los servicios organizados a tal efecto por el asegurador e incluidos en su cuadro asistencial médico, clínico y hospitalario hasta conseguir la neutralización de la misma y la recuperación -en su caso- del estado normal de salud.

Así, al igual que el riesgo actúa como presupuesto causal del contrato de seguro, el interés actúa como presupuesto del objeto del mismo contrato, que no es sino la prestación comprometida por el asegurador. Lo que busca el asegurado al contratar una póliza de asistencia sanitaria (el interés del asegurado) es la garantía de que podrá acudir a cualquiera de los facultativos y centros predispuestos por el asegurador para el caso de que surja la situación de necesidad en forma de enfermedad. Más aún, incluso con carácter preventivo de la enfermedad, puesto que la prevención no sólo no es incompatible con la causa típica del contrato de seguro de asistencia (situación de necesidad creada por un evento fortuito, en este caso una enfermedad), sino que contribuye funcionalmente al correcto desarrollo de la actividad aseguradora¹⁸⁵. De modo que también pueden considerarse incluidos en la prestación del asegurador los chequeos periódicos, incluidas pruebas diagnósticas, etc., cuando sean ordenadas por un facultativo incluido en el cuadro médico, para prevenir posibles enfermedades o como seguimiento de enfermedades anteriores para evitar que se reproduzcan. Prevención y seguimiento que estarían incluidos en una protección integral de la salud, que es lo que realmente busca el asegurado al concertar este tipo de pólizas.

A mi juicio, el interés constituye un elemento fundamental en todos los contratos de seguros, incluidos los seguros de personas y los seguros asistenciales concebidos como *tertium genus*. Pero, a la vista de la evolución del mercado del seguro con la aparición de muy distintos tipos contractuales, no tiene por qué entenderse necesariamente como un interés exclusivamente económico del asegurado sobre una cosa o sobre su persona o la de un tercero. Por lo tanto, el interés puede apreciarse en sentido amplio y neutro,

¹⁸⁵ Apunta la profesora VOLPE PUTZOLU, en este sentido, que no son incompatibles con la función propia del contrato de seguro las prestaciones de servicios que no tienen su presupuesto en la verificación de un evento fortuito, sino que, al contrario, su función es la de contribuir a reducir la probabilidad del siniestro, por lo que pueden incluirse en la póliza con carácter accesorio o instrumental de la prestación principal del asegurador. Vid. *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, cit., pgs. 10-11.

como la relación que une al tomador del seguro con la situación de riesgo, concretándose en la prestación del asegurador para el caso de que llegue a verificarse el evento fortuito.

Sí que habrá un interés económico en los seguros de daños y en los seguros de sumas (incluyendo por tanto los seguros de vida, los seguros de accidentes y de enfermedad, en su modalidad de sumas y de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos). Pero es muy discutible que ese interés económico sea exclusivo, ni siquiera primario o esencial, en los seguros asistenciales o de prestación de servicios, donde el asegurado que contrata la póliza tiene un interés preferente en que el asegurador le preste uno o varios servicios determinados -por sí mismo o a través de terceros previamente concertados para la prestación de ese servicio- para el caso de que se produzca la situación de necesidad fruto de la concreción del riesgo y a un precio inferior al que tendría que abonar si contratara por sí mismo esos servicios. Es decir, si en los seguros asistenciales no concurre necesariamente un daño o éste no es el elemento preponderante del contrato, tampoco existirá necesariamente una prestación indemnizatoria, por lo que el concepto de interés subyacente al contrato no tiene por qué ser exclusiva o fundamentalmente económico. El asegurado tendrá un interés en la cobertura del riesgo ofrecida por el asegurador, la cual no sólo tiene que concretarse en una neutralización del menoscabo patrimonial, sino en recibir un servicio organizado y de calidad frente a situaciones de necesidad, no necesariamente urgentes, como es la enfermedad.

Ahora bien, ciertamente, centrar el riesgo asegurado en la situación de necesidad en forma de asistencia médica creada por la verificación de una enfermedad -que no esté expresamente excluida en la póliza- y el interés en la relación del asegurado con la situación de riesgo que requiere una ayuda o asistencia inmediata en forma de los servicios sanitarios necesarios para preservar o reparar su salud corporal y psíquica, no implica necesariamente que esa relación no sea susceptible de valoración económica.

Naturalmente el asegurado persigue también con este tipo de seguro obtener una asistencia sanitaria lo más amplia posible y diluir el coste propio o de mercado de los servicios sanitarios en su patrimonio, mediante el pago de una prima o cantidad periódica al asegurador de asistencia sanitaria que se compromete a proporcionarle esos servicios de forma inmediata, despreocupándose por completo del coste de tales servicios que asume directamente el asegurador. De modo que el asegurado tendría interés en evitar un daño en su patrimonio: el coste o precio de mercado de los servicios médicos, quirúrgicos, de diagnóstico y hospitalarios¹⁸⁶. Considero, no obstante, que ese interés preventivo de un coste o gasto patrimonial sólo puede considerarse como un interés accesorio o complementario, en todo caso secundario, del interés principal o fundamental del asegurado: la obtención inmediata de asistencia sanitaria lo más amplia posible por el tomador o por un

¹⁸⁶ Cfr., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pg. 27.

tercero asegurado (un familiar, un empleado, etc., en situaciones típicas de seguros de grupo) caso de producirse la enfermedad.

El interés específico debe situarse en relación directa con el riesgo concreto que, en el caso del seguro de asistencia sanitaria, como se acaba de explicar, no es -a mi modesto entender- el perjuicio económico que el asegurado puede sufrir en su patrimonio para el caso de que se verifique una enfermedad y tenga que afrontar los gastos de asistencia sanitaria, sino la situación de necesidad creada por la enfermedad y que requiere una ayuda o asistencia inmediata para prevenir y neutralizar esa enfermedad. Situación de necesidad que no encierra en sí misma un valor económico, aunque eso no significa que no sea mensurable económicamente a posteriori, tanto por lo que se refiere al coste real de los servicios sanitarios disfrutados por el asegurado que, de no haber concertado el seguro, debería abonar directamente a clínicas, facultativos y hospitales el asegurador, como por el valor -difuso o impreciso *per se*- que podría atribuirse en su caso a la misma situación de necesidad, siquiera sea en su dimensión de daño o azar moral (miedo, confusión, angustia, abandono, desamparo...), en el caso de no poder ser asistido de manera inmediata el asegurado.

Hay interés económico en la pérdida de oportunidades laborales y económicas en general derivadas de la enfermedad (lucro cesante), para lo cual se contrata un seguro de enfermedad de sumas o rentas. Y también hay un interés económico en evitar los gastos de asistencia sanitaria (daño emergente), para lo que concierne un seguro de enfermedad de reembolso de gastos médico-farmacéuticos. Pero estos intereses no se presentan con carácter esencial o principal en el seguro de asistencia sanitaria. (Sin perjuicio de concertar seguros de enfermedad mixtos, de cobertura doble o incluso triple). En el seguro de asistencia sanitaria el asegurado busca de manera preferente o prioritaria la prestación de los servicios médicos y hospitalarios que sean necesarios para neutralizar cualquier alteración de su salud, sin perjuicio de que persiga también evitarse molestias en la búsqueda y contratación de esos servicios en situaciones para él difíciles o simplemente incómodas, así como obtener indirectamente un ahorro en la adquisición o disfrute de esos servicios respecto al precio normal de mercado de los mismos que, seguramente, de no estar asegurado, podría no poder afrontar con sus propios medios económicos. El asegurado busca la asistencia sanitaria inmediata, porque eso le ahorra situaciones de angustia (tener que buscar médicos, clínicas u hospitales cuando está confuso o preocupado al comprobar la alteración en su estado de salud) o simplemente molestias (tener que buscar médicos, clínicas u hospitales si, por ejemplo, se encuentra desplazado fuera de su domicilio habitual o si no conoce ningún facultativo que pueda tratar su dolencia en su propia ciudad, además de situaciones de emergencia atendidas domiciliariamente), sabiendo además que podrá disfrutar de una amplia cobertura asistencial sin tener que realizar un desembolso económico previo (o bien realizando un desembolso mínimo si en el contrato se hubieran pactado franquicias para todos o algunos servicios sanitarios); lo cual no significa necesariamente que el asegurado no tenga capacidad para afrontar

personalmente el coste de la asistencia¹⁸⁷, aunque muy probablemente no dispondría de la liquidez suficiente para afrontar todos los servicios diagnósticos, tratamientos médicos y servicios hospitalarios que le ofrece el asegurador.

En fin, el asegurado no quiere con carácter principal asegurar el riesgo que para su patrimonio puede suponer la enfermedad (como sucede en los seguros de enfermedad en las modalidades de reembolso de gastos y de sumas o rentas). El asegurado quiere que el asegurador le preste una serie de servicios sanitarios pactados en el contrato de forma inmediata, cuando él lo requiera, con una cobertura suficientemente amplia para afrontar situaciones diferentes y a un coste cero o reducido inmediato; a cambio solamente del pago puntual de la prima acordada o de pequeñas cantidades en régimen de copago.

Con el seguro de asistencia sanitaria, el asegurado se quiere beneficiar de las ventajas que puede proporcionarle el sistema mutualístico propio del seguro en la prestación de servicios sanitarios. El seguro privado de asistencia sanitaria constituye un mecanismo para transferir utilidades de los asegurados que permanecen sanos y pagan su prima periódica a los asegurados que contraen una enfermedad y requieren la prestación de servicios sanitarios que, posiblemente, no podrían afrontar con sus propios medios económicos de no estar asegurados. La moderna literatura económica, pone de manifiesto que, aunque efectivamente el sistema del seguro privado de salud permite una reducción de precios y, con ello, evitar un menoscabo patrimonial, la verdadera finalidad del seguro consiste en la utilidad, en el bienestar que produce la posibilidad de disfrutar de unos servicios médicos y hospitalarios amplios que podrían ser inalcanzables para el asegurado de no haber concertado la póliza correspondiente. Se ha señalado, en este sentido, que la obtención de servicios de salud no puede medirse exclusivamente en términos de precios (pagar menos por los servicios médicos) o en términos estrictamente financieros (evitar la pérdida patrimonial que supone tener que abonar directamente los servicios sanitarios en caso de enfermedad), sino que debe buscarse la función de utilidad asociada a los mismos; en concreto, la expectativa de la asistencia sanitaria creada por el seguro, que permite disfrutar de un mejor cuidado médico y hospitalario en caso de caer enfermo del que podría permitirse el asegurado si no hubiera concertado la póliza¹⁸⁸.

Para afrontar el riesgo que para el patrimonio conlleva el coste de la asistencia sanitaria si se verifica un estado de enfermedad (incluidos lesiones y accidentes) ya existe el contrato de seguro de enfermedad en su modalidad de

¹⁸⁷ De hecho, en los seguros privados de asistencia sanitaria no se suelen incluir los costes derivados de la adquisición de fármacos necesarios para tratar la dolencia. Si el seguro de asistencia sanitaria se concierta a través de la Mutualidad de Funcionarios del Estado (MUFACE), es ésta mutualidad y no la entidad aseguradora que provee los servicios sanitarios la que se hace cargo de parte del coste farmacéutico mediante talonarios de recetas entregados a sus mutualistas donde los facultativos de la aseguradora pueden expedir recetas.

¹⁸⁸ Cfr., John A. NYMAN, *The Theory of Demand for Health Insurance*, Stanford University Press, California, 2003, pgs. 30, 103, 118, 164-165.

reembolso de gastos médicos y farmacéuticos. En éste el asegurado sí que tiene interés en que su patrimonio no sufra un menoscabo por el coste de la asistencia sanitaria concertada por el propio asegurado, situándose en perfecta armonía con el riesgo concreto asegurado. A mi juicio resulta forzado trasladar este mismo esquema al seguro de asistencia sanitaria, estableciendo la diferencia “*en una cierta finalidad preventiva de un daño económico*” en el patrimonio del asegurado (frente al carácter puramente indemnizatorio o indemnizatorio directo -indemnización efectiva- del seguro de reembolso de gastos médico-farmacéuticos), “*en el sentido de que el asegurado sustituye la efectiva indemnización por la prestación de unos servicios cuyo importe recae directamente sobre la esfera jurídica del asegurado*”¹⁸⁹. Como forzado resulta - como veremos a continuación¹⁹⁰ - considerar la asistencia sanitaria como una prestación indemnizatoria en especie o de reparación (ex art. 18 II LCS)...del cuerpo humano, de la salud corporal o psíquica, pues no me parece del todo coherente afirmar que el riesgo asegurado es la posibilidad de un daño en el patrimonio y el interés evitar que se produzca ese menoscabo patrimonial mediante el pago de la asistencia por el asegurador, y defender al mismo tiempo que la asistencia sanitaria constituye una prestación en especie en forma de reparación del cuerpo humano¹⁹¹. Si así fuera el riesgo asegurado sería el daño producido por la alteración de la salud asociada a la enfermedad (no el daño al patrimonio) y el interés la reparación de la salud (no el pago de los gastos sanitarios). Además, de admitirse esta construcción, según prevé el art. 18 II LCS, la “reparación de la salud” sería una mera opción del asegurador, lo cual no se ajusta al esquema estructural propio del seguro de asistencia sanitaria. En el seguro de asistencia sanitaria hay algo más.

Puede decirse, en suma, que el riesgo de menoscabo patrimonial y el valor económico atribuible en su caso a la necesidad de asistencia inmediata en situaciones de necesidad, así como el interés consistente en la obtención de una asistencia sanitaria amplia asumida directamente por el asegurador y en el coste económico que podría asociarse al hecho de tener que buscar y contratar por sí solo servicios sanitarios en situaciones de desamparo, confusión y angustia, tienen un carácter accesorio y secundario respecto al riesgo e interés principales o fundamentales que actúan como presupuestos del contrato de seguro de asistencia sanitaria: la situación de necesidad creada por la enfermedad y la garantía o seguridad que, en términos de bienestar, aporta la asistencia sanitaria inmediata y con una cobertura lo suficientemente amplia para el tratamiento de la misma.

La causa genérica del contrato es la garantía o seguridad ofrecida por el asegurador de asistencia sanitaria en caso de concretarse un evento fortuito en

¹⁸⁹ Cfr., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 30 y 35.

¹⁹⁰ *Infra*, II.4.

¹⁹¹ Cfr., MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 14.

forma de enfermedad. La causa concreta o causa-función del contrato de seguro de asistencia sanitaria es la cobertura asistencial de una situación de necesidad producida por la verificación de una enfermedad no excluida de la cobertura de la póliza. El objeto del contrato es la prestación fundamental o característica del mismo, esto es, la prestación de servicios médicos, quirúrgicos, diagnósticos y hospitalarios por el asegurador; la cual, a su vez, requiere una prestación intermedia e instrumental consistente en la organización y gestión de los servicios sanitarios ofrecidos al asegurado para el caso de que llegara a necesitarlos, ya sean prestados por clínicas, hospitales y facultativos propios del asegurador, o ya por facultativos y centros ajenos a su estructura concertados previamente para asistir a los asegurados si éstos los requieren.

Como se expuso antes al analizar la estructura contractual del seguro en general, la peculiar prestación de servicios sanitarios que constituye la prestación instrumental, de segundo grado o final a que se compromete el asegurador de asistencia sanitaria, predetermina también la obligación intermedia consistente en la adopción de las medidas técnicas necesarias para estar en condiciones de poder realizar la prestación concreta si llegara a requerirse por el asegurado ante la materialización del riesgo. Esta relación entre la naturaleza de la obligación de hacer específica, característica del contrato de asistencia sanitaria (o de los contratos asistenciales en general), y la obligación intermedia anterior de adoptar las medidas técnicas necesarias para poner al asegurador en condiciones de poder asumir aquella obligación final, se plasma en la legislación administrativa de control y supervisión de los seguros privados, que exige a la Administración competente (Dirección General de Seguros) comprobar los medios técnicos de que dispongan las entidades aseguradoras que pretendan operar en aquellos ramos de seguros en los que la entidad se comprometa a la prestación de un servicio, y que, en el caso de la asistencia sanitaria, requiere además el informe de idoneidad sobre los medios técnicos sanitarios predispuestos por el asegurador emitido por la autoridad sanitaria competente (cfr., arts. 12.2 y 71.2 y 4 TRLOSSP y arts. 3.2 y 25.2 ROSSP)¹⁹².

Conviene, pues, examinar en profundidad la naturaleza y el contenido de la prestación de servicios sanitarios por el asegurador, como factor o elemento esencial y característico que ilumina toda la estructura material y contractual del contrato de seguro de asistencia sanitaria, prestando luego especial atención al incumplimiento y consiguiente responsabilidad del asegurador; ya sea por insuficiente provisión de servicios sanitarios adecuados para el tratamiento de la enfermedad del asegurado, ya por incumplimiento tardío de la prestación o ya -enlazando aquí con el capítulo final, que constituye el objeto principal de este estudio- por los daños derivados de una prestación defectuosa de servicios sanitarios por los facultativos y centros clínicos y hospitalarios incluidos en el cuadro médico y asistencial que el asegurador pone a disposición de los asegurados.

¹⁹² Vid. supra I.3.

2.4. Naturaleza y contenido de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria

2.4.1. Naturaleza de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria: ¿indemnización o prestación de servicios?

Es el momento de esclarecer el significado críptico de la definición misma del seguro de asistencia sanitaria contenida en el art. 105 LCS 1980, según el cual, como ya sabemos, es aquel seguro en el que el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos. En concreto, es el momento de abordar el alcance que debe atribuirse a la expresión “*directamente*”; objeto de todos los equívocos creados en la interpretación de la naturaleza del seguro de asistencia sanitaria y, en particular, en la naturaleza y contenido de la obligación de cobertura asumida por la entidad aseguradora.

Como se ha apreciado ya por todo lo expuesto hasta el momento, la cuestión básica y clave es si el seguro de asistencia sanitaria, definido en el art. 105 LCS sin precisar su régimen jurídico y encorsetado entre los seguros de personas por la clasificación dualística que el legislador hace al poner el acento en el objeto del riesgo (en las cosas y el patrimonio o en las personas), tomando como referencia esencial la prestación debida por el asegurador de asistencia sanitaria, debe considerarse un seguro de daños en el patrimonio o, por el contrario, puede y debe integrarse en ese *tertium genus*, esa categoría alegal de los seguros de prestación de servicios o seguros asistenciales. La respuesta que se dé determinará en buena medida el contenido de la obligación de cobertura comprometida por el asegurador y servirá para aportar claridad a cuestiones puntuales relevantes de régimen jurídico, como son las que tienen que ver con el incumplimiento de la prestación por el asegurador y la responsabilidad consecuente.

Buena parte de la doctrina científica especializada que ha tratado la materia rechaza la consideración del seguro de asistencia sanitaria como un seguro asistencial o de prestación de servicios, reconduciéndolo a la categoría legal de los seguros de daños. Consideración ésta que proviene, en buena medida, del rechazo general de la categoría de los seguros asistenciales (asistencia sanitaria, decesos, defensa jurídica, asistencia en viaje y asistencia a la dependencia), ya porque consideran que carece de efecto legal de ningún tipo, siendo su único fin agrupar con fines expositivos distintas modalidades de seguros que se caracterizan por incluir un compromiso sobre la organización de medios humanos y materiales necesarios para la prestación de una cobertura indemnizatoria *in natura*¹⁹³, o ya porque entienden que el art. 5 LOSSP 1995 (actual art. 4.1 b) TRLOSSP 2004) impediría que una entidad aseguradora sanitaria lleve a cabo por sí misma servicios de asistencia, por

¹⁹³ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 16.

cuanto prohíbe a las empresas aseguradoras “el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora”, descartando así que el asegurador pueda por sí mismo prestar servicios de ningún tipo, aunque pueda recurrir a terceros colaboradores en tanto en cuanto la misma norma referida señala que “no se entenderá incluida en tal prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas”¹⁹⁴.

Se afirma, en esta línea hermenéutica, que los textos legales que se ocupan del seguro de asistencia sanitaria contienen, “como un genuino prejuicio, la idea de que el seguro de asistencia sanitaria entraña prestación de la misma”, cuando lo único que hace y puede hacer el asegurador es posibilitar o procurar esa asistencia, pagando los servicios médicos y hospitalarios prestados al asegurado¹⁹⁵. Para estos autores, la evolución producida en las entidades de asistencia sanitaria tras su plena incorporación al sector asegurador con la LOSP 1954, demuestra una clara conversión de los antiguos igualatorios médicos (cuya actividad consistía en la prestación directa de servicios médico-farmacéuticos por los médicos integrados en esa organización) en empresas aseguradoras cuyo principal objeto o actividad pasa a ser la organización de la provisión de servicios sanitarios por profesionales y centros sanitarios ajenos a su propia estructura. En el modelo asegurativo, la entidad (aseguradora) de asistencia sanitaria circunscribe su actividad a la organización de servicios sanitarios para sus asegurados y a la obtención y administración de los recursos económicos necesarios para garantizar la financiación del esquema de provisión de esos servicios sanitarios, operando normalmente al margen de la actuación concreta de los facultativos y centros responsables de la actividad asistencial propiamente dicha¹⁹⁶. Se afirma, en este sentido, que la provisión de servicios sanitarios mediante facultativos y centros ajenos al entramado organizativo del asegurador en régimen de libre elección, “consagra irreversiblemente la disociación entre la gestión/financiación del servicio y la

¹⁹⁴ De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pg. 141.

¹⁹⁵ De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pgs. 140-141. Este autor señala la equivocidad en el lenguaje empleado por el legislador (influido por los antecedentes históricos del seguro de asistencia sanitaria en los antiguos igualatorios médicos) en el art. 105 LCS y en la posterior -ya derogada- Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1987 (vid. supra I.3), cuyo art. 3 contemplaba la asistencia sanitaria como un ramo asegurador propio (ramo 19), independiente del seguro de enfermedad, indicando que la actividad del asegurador en ese ramo de actividad “comprende la prestación de dicho servicio”.

¹⁹⁶ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 10. Vid. también, condensando los argumentos del trabajo colectivo anteriormente citado, Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas*, RES, 2006, nº 128, cit., pg. 807.

*prestación de la asistencia sanitaria*¹⁹⁷. De manera que, cuando las entidades carecen de cuadro facultativo propio y ofrecen a sus afiliados o asegurados la posibilidad de libre elección de facultativos y centros asistenciales, la prestación que incumbe a la entidad aseguradora es, únicamente, la de pagar directamente al médico o centro el importe correspondiente por cada acto profesional¹⁹⁸.

Así, según esta interpretación, el seguro de asistencia sanitaria es un seguro de indemnización que consiste en la organización y en el pago directo a los profesionales y centros clínicos y hospitalarios propios o de terceros previamente concertados por el asegurador para prestar la asistencia al asegurado¹⁹⁹. Diferente, por tanto, de la indemnización pecuniaria que se produce en el seguro de enfermedad en la modalidad de reembolso de gastos de asistencia médica y farmacéutica²⁰⁰, pero con la característica común de aproximarse sustancialmente a los seguros contra daños en el patrimonio del asegurado.

Este carácter indemnizatorio de los seguros de enfermedad en las modalidades de reembolso y de asistencia sanitaria se deja entrever -para los defensores de esta interpretación- en la posibilidad que tiene el asegurador de subrogarse en los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero que hubiera provocado el siniestro causante de la enfermedad por la cuantía de los gastos sanitarios, reconocida excepcionalmente en el art. 82 LCS. Con carácter general en los seguros de personas se impide al asegurador subrogarse en los derechos que, en su caso, correspondiesen al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, pero se exceptúan los gastos de asistencia sanitaria asumidos por el asegurador que, por lo tanto, sí que podrá subrogarse en la posición del asegurado para reclamarlos al tercero que hubiera causado el siniestro en forma de accidente o enfermedad (alteración de la salud), lo cual sirve para justificar una aproximación de los seguros de accidentes, enfermedad y asistencia sanitaria (aquellos donde el asegurador asume el

¹⁹⁷ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 11.

¹⁹⁸ Cfr., De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pg. 139.

¹⁹⁹ MARTÍN CASALS, *Líneas generales...*, cit., pg. 807 y ss.

²⁰⁰ Cfr., nuevamente De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pgs. 140-141, quien parece concebir erróneamente una categoría amplia de seguro de asistencia sanitaria, como subespecie del seguro de enfermedad, donde la cobertura puede organizarse de dos maneras distintas: una mediante el pago de la aseguradora de los gastos de asistencia sanitaria previamente abonados por el asegurado y otra mediante el pago directo al profesional o centro que presta esa asistencia al asegurado. Como ya sabemos, el seguro médico de reembolso de gastos de asistencia médico-farmacéutica constituye un genuino seguro de enfermedad junto al seguro de sumas o rentas por enfermedad, y no una submodalidad del seguro de asistencia sanitaria, de naturaleza y función muy diferentes.

coste de la asistencia sanitaria) a los seguros de daños, resultando aplicable lo dispuesto en el art. 43 LCS para la subrogación del asegurador en los seguros contra daños en las cosas y en el patrimonio²⁰¹. La posibilidad de subrogación es clara en los seguros de accidentes y de enfermedad en la modalidad de reembolso de gastos sanitarios, pues ambos se ajustan a la naturaleza indemnizatoria propia de los seguros de daños en el patrimonio. Asimismo, se entiende que en el seguro de asistencia sanitaria la prestación de servicios sanitarios representa un gasto de asistencia sanitaria realizado por el asegurador con carácter preventivo (sin necesidad de que el asegurado deba desembolsar previamente cantidad alguna por ese concepto), ya que -se dice- las prestaciones preventivas de un daño hay que considerarlas incluidas en un concepto amplio de indemnización de daños²⁰².

En definitiva, según los defensores de la naturaleza indemnizatoria, la finalidad del seguro de asistencia sanitaria no sería otra que la de ofrecer cobertura al asegurado frente al riesgo de tener que afrontar con su propio patrimonio los gastos médicos y hospitalarios derivados de una enfermedad. Dicho de otra forma -y como antes se indicó- el riesgo se situaría en el menoscabo patrimonial que la enfermedad podría causar al asegurado, y la prestación del asegurador consistiría en la organización, gestión y pago directo de los servicios médicos prestados al asegurado. Pero, como no se ofrece una indemnización pecuniaria de los gastos sanitarios (como sucede, sin embargo, en el seguro de enfermedad de reembolso de gastos), sino que se prestan servicios médicos y hospitalarios propios del asegurador o concertados con terceros independientes, sin gasto alguno para el asegurado (o gastos mínimos si se pactan franquicias), se acaba por reconducir la prestación del asegurador de asistencia sanitaria a una prestación en especie o prestación de reparación...de la salud del asegurado, ex art. 18 II LCS²⁰³. De esta forma se explicaría satisfactoriamente la relación entre el art. 105 LCS y el art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004 que, al clasificar los ramos aseguradores, incluye en el ramo 2, de enfermedad, los seguros de asistencia sanitaria y los seguros de dependencia, indicando que la actividad del asegurador consistirá en prestaciones “a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos”.

El art. 18 II LCS (disposición general aplicable a todo tipo de seguros) prevé que “cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado”²⁰⁴. Se configura, de esta forma, la obligación

²⁰¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 30-32.

²⁰² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 91 y ss.

²⁰³ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 14.

²⁰⁴ La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que establece el seguro de daños materiales para las obras de edificación, dispone que el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los

del asegurador, no sólo en la entrega de una cantidad de dinero en concepto de indemnización (indemnización pecuniaria), sino también en la posibilidad de llevar a cabo una prestación no dineraria mediante la reparación (que implica un *facere* o prestación en especie) o la reposición (un *dare* en forma de prestación en especie o *in natura*) del objeto siniestrado, lo cual puede realizar el asegurador por sus propios medios o comprometiéndose al pago de los gastos que genere la reparación o sustitución. En caso de que la prestación tenga lugar en especie (reparación) o *in natura* (reposición)²⁰⁵, es ciertamente discutible que se trate de una prestación *in natura* propiamente dicha, pues a la postre el asegurador estaría realizando una prestación pecuniaria, aunque puede decirse también que el asegurador se ocupa de organizar los medios necesarios para llevar a cabo la reparación o reposición del objeto siniestrado²⁰⁶. No obstante, hay quien distingue entre la reparación o reposición efectuada por el asegurador con los medios propios o ajenos predispuestos al efecto (que sería una prestación de reparación en sentido estricto) y la reparación o reposición efectuada por un tercero contratado por el asegurado comprometiéndose el asegurador al pago de los gastos correspondientes controlados por medio de un perito (que sería una prestación pecuniaria con destino preciso: el abono del coste que supongan las tareas de reparación o reposición)²⁰⁷.

Así pues, el art. 18 II LCS estaría contemplando la posibilidad de que el asegurador cumpla con su obligación de cobertura mediante una prestación de hacer o por una prestación de dar *in natura* (prestaciones de reparación o reposición del objeto siniestrado), cuando la naturaleza del seguro lo permita y con el consentimiento del asegurado, que podrá prestarse por anticipado en la misma póliza del seguro o bien, a posteriori, una vez producido el siniestro en el momento de acordarse la liquidación correspondiente. Aunque la redacción

daños o por la reparación de los mismos (art. 19.6). En este caso, la opción por el pago de indemnización o por la reparación corresponde *ex lege* al asegurador, sin tener que contar previamente con el consentimiento del asegurado.

²⁰⁵ Distingue entre prestaciones de hacer y prestaciones de dar *in natura*, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 18 LCS*, 3ª ed., cit., pg. 344.

Cuando la prestación sea de reposición se estará también a lo dispuesto en el art. 38 III LCS en relación con la liquidación de los daños causados por el siniestro, según el cual, si las partes se pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera.

²⁰⁶ Así sucede, por ejemplo, en aquellos seguros donde las prestaciones de reparación y sustitución son habituales, como el seguro de daños en automóviles (donde el asegurador envía peritos para comprobar y valorar los daños y concierta un conjunto de talleres para llevar a cabo las reparaciones) y el seguro multirriesgo-hogar (en el que el asegurador envía peritos para valorar las averías y también profesionales contratados por él mismo para reparar las averías). Vid. José A. BADILLO ARIAS, *Comentario al artículo 18 LCS*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pg. 378.

²⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 18 LCS*, 4ª ed., cit., pgs. 436-437.

del precepto comentado parece pensar en los seguros relativos a daños en las cosas (al hacer referencia a la “reparación” o “reposición”...se sobrentiende que de una cosa), buena parte de la doctrina científica -partiendo de la colocación sistemática de la norma dentro de las disposiciones generales del contrato de seguro- considera que resulta aplicable a cualquier seguro que, por su naturaleza, pueda sustituir la indemnización pecuniaria por cualquier tipo de prestación de hacer o prestación en especie, como sucedería con el seguro de defensa jurídica, el de asistencia en viaje, los seguros de decesos o de dependencia o...el seguro de asistencia sanitaria²⁰⁸.

La posibilidad de realizar prestaciones en especie en forma de reparación del objeto siniestrado, propia de los seguros de daños en las cosas, se considera apta y aplicable en el esquema propio del seguro de asistencia sanitaria, entendiendo por objeto siniestrado la salud perjudicada por la enfermedad, y por prestación de reparación o reposición del objeto siniestrado la asistencia médica que requiera la persona afectada por un estado anormal de su salud²⁰⁹. Los defensores de esta postura consideran que el seguro de asistencia sanitaria (como todos los seguros de servicios) debe calificarse (en la línea de una concepción monista del contrato de seguro) como un seguro de indemnización efectiva o seguro de daños, ante la lesión o menoscabo que la enfermedad, como alteración de la salud, produce en el patrimonio del asegurado; de modo que, con ello, están reconociendo en el art. 18 II LCS una regla propia de los seguros de daños (a pesar de formar parte de las disposiciones generales), y en la reparación una prestación indemnizatoria de hacer alternativa a la indemnizatoria de dar o indemnización pecuniaria.

En suma, en la aproximación del seguro de asistencia sanitaria a los seguros contra daños, lo único a lo que se comprometería “directamente” el asegurador de asistencia sanitaria es a organizar y gestionar los medios materiales y humanos necesarios para facilitar el acceso a la asistencia sanitaria a sus asegurados, sea mediante centros y facultativos integrados en su propia estructura empresarial o sea mediante centros y facultativos independientes previamente concertados mediante un contrato de colaboración estable, y a pagar directamente esos servicios médicos y hospitalarios en lugar del asegurado²¹⁰.

²⁰⁸ Cfr., SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 18 LCS*, 4ª ed., cit., pg. 437. También, BADILLO ARIAS, *Comentario al artículo 18 LCS*, cit., pg. 379.

²⁰⁹ Así lo sugiere, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed., cit., pg. 2703, nota 40; aunque admite que se trata de una interpretación ciertamente muy discutible. Sin embargo, la calificación de la asistencia sanitaria como prestación de reparación “del cuerpo humano” es afirmada de manera contundente por MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 14.

²¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105 LCS*, 4ª ed., cit., pg. 2703. De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pg. 141. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 13.

A mi juicio, esta lectura indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria no se corresponde con la finalidad y la estructura íntima del mismo. Además, la reconducción de las prestaciones de asistencia sanitaria (y, por extensión, de asistencia a la dependencia) a las prestaciones de reparación previstas en el art. 18 II LCS, sólo puede tener lugar forzando abruptamente la interpretación.

Aunque forme parte de las disposiciones generales aplicables a todos los contratos de seguro, parece claro que, en la *mens legislatoris*, el art. 18 II LCS se configuró como una alternativa a las prestaciones de indemnización pecuniaria en los seguros contra daños en las cosas. Por eso se perfila como una alternativa al pago de la indemnización (esto es, una indemnización en forma de reparación o reposición sustitutiva de la indemnización pecuniaria), “*siempre que la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta*”, como expresamente advierte el texto legal. Está claro que en los seguros contra daños en las cosas el asegurado busca, al contratar el seguro, garantizarse una indemnización del daño producido en la cosa asegurada ante la producción del siniestro; y que, en ocasiones, puede preferir la reparación o reposición del objeto o cosa siniestrada ofrecida por el asegurador *ex ante* (al tiempo de celebrarse el contrato) o *ex post* (tras constatarse el siniestro y al tiempo de llevarse a cabo la liquidación). Pero el supuesto de hecho subyacente al art. 18 II LCS no se da en los seguros de prestación de servicios propiamente dichos; y mucho menos aún en el seguro de asistencia sanitaria, por la naturaleza especialmente sensible del objeto del riesgo (la salud) y por la peculiaridad y complejidad de la prestación a que se obliga el asegurador. Ello, claro está, salvo que se quiera interpretar la cobertura asistencial o de servicios del asegurador como una específica cobertura en especie de la indemnización debida por daños en el patrimonio del asegurado, reconduciendo todas las categorías de seguros y todas las prestaciones ofrecidas por las compañías aseguradoras a la categoría única (teoría monista) de los seguros de indemnización efectiva o seguros de daños.

En los seguros de servicios o asistenciales lo que busca el asegurado al contratar el seguro es que el asegurador le preste un servicio determinado en situaciones de necesidad derivadas de la producción de un evento fortuito, eludiendo tener que contratar directamente esos servicios cuando se encuentra en una situación de -mayor o menor- angustia, desamparo o incertidumbre, y evitando también tener que realizar un desembolso de esos servicios a precio de mercado que posiblemente no podría permitirse llegado el caso (v.gr., defensa jurídica en caso de ser demandado o tener que demandar a un tercero; servicios funerarios en caso de deceso; servicios de localización de equipajes, asistencia médica o repatriación en caso de viaje; servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios en caso de enfermedad o lesión...). Y estas prestaciones de hacer o asistenciales comprometidas por el asegurador sólo en algunos casos pueden configurarse en la póliza como una alternativa a una prestación indemnizatoria pecuniaria (el reembolso de gastos asistenciales prestados por terceros hasta una suma asegurada, como sucede, por ejemplo en el caso del seguro de defensa jurídica *ex art. 76 a) LCS*; el reembolso de los

gastos de entierro y funeral en el seguro de decesos). Pero, incluso en estos casos, no puede decirse que exista una prestación indemnizatoria pecuniaria con carácter principal, como parece presuponer el art. 18 II LCS, de modo que el asegurador pueda sustituir el pago de la indemnización por una indemnización en especie. Más bien se le da al asegurado la posibilidad de elegir libremente entre el reembolso de gastos hasta la suma asegurada o la prestación de servicios organizados por el asegurador.

Desde luego, en su actual configuración, no cabría la aplicación del art. 18 II LCS cuando la prestación de servicios es el objeto único o principal (esencial) del seguro, como sucede en el seguro de asistencia sanitaria. En éste la cobertura ofrecida por el asegurador consiste exclusiva o principalmente en una prestación de hacer, en la prestación de uno o varios servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios concretos comprometidos en la póliza, por lo que la supuesta “reparación” no puede configurarse en ningún caso como una alternativa a una prestación de indemnización pecuniaria principal o preferente²¹¹. Cabría, quizás, acudir al art. 18 II LCS para justificar aquellas pólizas en que se pacta un seguro mixto de enfermedad mediante reembolso de gastos médicos-farmacéuticos y de asistencia sanitaria por centros y facultativos “recomendados” por el asegurador. Pero este es un seguro de enfermedad (aunque pueda confundirse con el de asistencia sanitaria si se opta por la prestación de servicios)²¹², donde los servicios de asistencia se configuran como alternativa -consentida por el asegurado- de la prestación principal consistente en el reembolso de gastos sanitarios de centros y facultativos contratados directamente por el asegurado; y además se trata de servicios sanitarios muy concretos, recomendados por el asegurador, y que, por tanto, no deja una libertad de elección real al asegurado, al no incluir un elenco numeroso y variado de facultativos y centros. Muy diferente es el caso de aquellos contratos de seguro de asistencia sanitaria que incluyen además, para casos muy concretos, el reembolso de la totalidad o parte de determinados gastos médicos no incluidos en la cobertura asistencial (como el pago de prótesis o determinados tratamientos e intervenciones quirúrgicas, asistencia de urgencia vital o de asistencia sanitaria en el extranjero). En estos casos, el contrato no ofrece una alternativa a una prestación principal indemnizatoria en forma de reembolso de gastos o prestación sanitaria, sino que la prestación principal es la asistencia sanitaria por el cuadro médico organizado y ofertado por el asegurador, en régimen de libre elección, acompañada de una cobertura complementaria o accesoría de carácter

²¹¹ Señala, en este sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 83, que en las pólizas de asistencia sanitaria no se contempla en ningún caso que el asegurador pueda optar por sustituir el pago de una indemnización (el importe de gastos de asistencia sanitaria) por la prestación de servicios sanitarios necesarios para “reparar” el cuerpo humano a su estado normal de salud, ya que el asegurador de asistencia sanitaria siempre se obliga a prestar un servicio.

²¹² Cfr., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 5. Vid. el seguro “*Medisalud Opción*” de Mapfre, que ofrece un seguro de reembolso de gastos médicos modular con posibilidad de acudir a los servicios recomendados y recibir servicios sanitarios sin realizar desembolso alguno.

indemnizatorio de gastos sanitarios para situaciones específicas. No se trata, por tanto de una sustitución de la prestación pecuniaria (reembolso de gastos sanitarios) por una prestación en especie de prestación de servicios sanitarios, ni tampoco al revés (prestación pecuniaria en sustitución de una prestación en especie, como se admite en los seguros de decesos o en los de dependencia); se trata de una prestación complementaria de la prestación principal de servicios comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria.

Pero además, a mi juicio es bastante claro que la naturaleza del seguro de asistencia sanitaria no permite una prestación de reparación o reposición en el sentido previsto actualmente en el art. 18 II LCS, pues resulta excesivamente forzado y artificial relacionar la prestación de reparación del art. 18 II LCS con una posible “reparación de la salud del cuerpo humano”²¹³. Entiendo que el esfuerzo hermenéutico por reconducir los seguros de prestación de servicios y, en particular, el seguro de asistencia sanitaria a las prestaciones de reparación previstas en el art. 18 II LCS, se justifican formalmente en el inapropiado lenguaje empleado por el art. 6.1 a) apartado 2 TRLOSSP al hablar de prestaciones a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos, y no incluir, sin embargo, la prestación de servicios propia de la asistencia sanitaria y la asistencia a la dependencia²¹⁴. Pero materialmente constituye un argumento más -poco convincente- para negar relevancia a los seguros asistenciales como categoría autónoma y justificar la naturaleza estrictamente indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria y de otros seguros asistenciales; aunque -como anteriormente se apuntó²¹⁵ - la reconducción de la prestación de asistencia sanitaria a una prestación en especie de reparación del cuerpo humano no casa demasiado bien con la consideración de que el riesgo asegurado reside -como en el seguro de enfermedad de reembolso de gastos- en el perjuicio o menoscabo derivado que los gastos de asistencia médica y farmacéutica pueden causar en el patrimonio del asegurado, es decir, con la consideración del seguro de asistencia sanitaria como un seguro de indemnización de daños en el patrimonio (al igual que los seguros de responsabilidad civil y los seguros de crédito). Efectivamente, la reparación o prestación en especie debe recaer sobre el objeto siniestrado, el objeto del riesgo asegurado; y si éste es el patrimonio del asegurado frente al riesgo que supone el coste patrimonial que puede suponerle la enfermedad, no parece que pueda afirmarse coherentemente la posibilidad de una prestación de reparación que sustituya la prestación pecuniaria, porque según esta construcción el patrimonio es el objeto del riesgo y no el cuerpo humano, del mismo modo que el riesgo es la posibilidad de menoscabo patrimonial derivado de la enfermedad en forma de gastos sanitarios, y no la enfermedad propiamente dicha (que actuaría así sólo como presupuesto del riesgo).

²¹³ Así, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 83.

²¹⁴ Como antes apunté (supra, II.2), el legislador español no tendría por qué haberse sentido obligado a modificar la antigua clasificación de seguros no vida introducida por la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987, que reconocía varios ramos de seguros de servicios y, en particular, con carácter independiente, a la asistencia sanitaria en el ramo 19.

²¹⁵ Vid. supra, II.3.2.

Coincido así con algún sector minoritario de la doctrina que otorga autonomía propia a la categoría de seguros asistenciales o de servicios, en que el art. 18 II LCS únicamente estaría poniendo de manifiesto que la prestación no dineraria o de hacer no es exclusiva de los seguros de prestación de servicios, sino que tiene cabida también en los seguros de daños siempre que se den las circunstancias previstas en dicho precepto²¹⁶. Entonces, las “*otras prestaciones convenidas*” previstas como cobertura del asegurador con carácter general en el art. 1 LCS estaría haciendo referencia por igual a las prestaciones de reparación o reposición de cosas siniestradas en los seguros de daños y a las prestaciones de hacer o de servicios propiamente dichas de los seguros asistenciales. Del mismo modo, considero que la posibilidad de subrogación del asegurador en los gastos de la asistencia sanitaria, reconocida con carácter excepcional para los seguros de personas en el art. 82 LCS, está pensada preferentemente para seguros de indemnización efectiva de daños (cfr., art. 43 LCS) en forma de reembolso de gastos médicos y farmacéuticos característicos de algunas modalidades de seguros de accidentes (art. 103 LCS) y de seguros de enfermedad (art. 105 LCS), pero no para los seguros de asistencia sanitaria, donde el asegurador no se compromete a reembolsar los gastos de asistencia sanitaria sino a proveer directamente la asistencia sanitaria si se produce una alteración en el estado de salud del asegurado. No obstante, dado que los servicios son susceptibles de valoración económica, parece posible admitir su aplicación si la enfermedad o alteración del estado de salud que lleva al asegurado a requerir servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios viene motivada por una causa externa (accidente o lesión) provocada por un tercero²¹⁷.

Junto a las funciones indemnizatoria y de previsión propias de los seguros tradicionales de daños en las cosas y de rentas o sumas, la práctica aseguradora ha ido creando un *tertium genus* en forma de seguro asistencial cuya función consiste -como hemos visto- en la prestación de una ayuda inmediata, generalmente mediante la prestación de servicios (aunque también puede consistir en una entrega de una suma de dinero para que el asegurado

²¹⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 82-83.

²¹⁷ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 90 y ss, para quien el mecanismo de la subrogación alcanza a todos los gastos que el asegurador realiza en concepto de asistencia sanitaria. El autor realiza un notable esfuerzo para justificar la subrogación en un seguro que él mismo califica como de prestación de servicios con carácter continuado, entendiendo que el asegurador podría subrogarse por los gastos de asistencia sanitaria satisfechos hasta la fecha de presentación de la demanda contra el tercero responsable del siniestro que hizo necesaria la asistencia, y la sentencia que fijara la indemnización podría incluir los gastos de la asistencia continuada que siguieran siendo necesarios para la curación del asegurado, o bien condenar al tercero responsable a que se haga cargo directamente de los gastos médicos y farmacéuticos conforme se vayan produciendo.

pueda adquirir alguna cosa o servicio) cuando se produzca una situación de necesidad para el asegurado²¹⁸.

La normativa comunitaria²¹⁹ configura los seguros de asistencia como aquellos en que la actividad de la entidad aseguradora consiste en asumir, mediante pago previo de una prima, el compromiso de poner inmediatamente una ayuda a disposición del beneficiario del correspondiente contrato de asistencia cuando éste se encuentre en dificultades a consecuencia de un suceso fortuito²²⁰. De lo anterior se infiere que el modelo asegurativo de prestación de servicios se distingue de la mera prestación de servicios a cambio de un canon o pago periódico (igual), en tanto en cuanto interviene el elemento básico de incertidumbre asociado al evento fortuito que produce una situación de necesidad que requiere asistencia inmediata²²¹ y se aplican las técnicas estadísticas y actuariales²²². A mi leal entender, la prestación de asistencia va más allá de la cobertura indemnizatoria en especie de un daño en el patrimonio del asegurado, pues considero que resulta fundamental en este tipo de seguros el riesgo consistente en la situación de necesidad del asegurado (que no puede reducirse a una necesidad económica) y la garantía del asegurador consistente en prestar ayuda inmediata al asegurado para superar esa situación (que no puede reducirse a una cobertura patrimonial).

²¹⁸ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 35. También, VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pg. 47.

²¹⁹ Cfr., arts. 2.2 y 197 Directiva a 2009/138/CE (Solvencia II).

²²⁰ En la normativa nacional, el art. 2.2 ROSSP 1998 dispone que no tendrán la consideración de operaciones de seguro privado la prestación de servicios profesionales, los contratos de abono concertados para prestar servicios de conservación, mantenimiento, reparación y similares, siempre que en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable, ni la mera obligación de prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada a sus socios por los clubes automovilísticos; y añade en su párrafo II que tampoco tendrán la consideración de aseguradores aquellas personas que contando con infraestructura adecuada presten, al menos, algunos de los servicios citados referidos a asistencia sanitaria, defensa jurídica, asistencia a personas o decesos, devengando su retribución por cada uno de los actos que realicen y con independencia de la persona que los satisfaga.

²²¹ SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pg. 15. VOLPE, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, cit., pg. 10.

²²² En este sentido, el art. 4.1 a) apartado 2 TRLOSSP 2004 prohíbe expresamente y declara nulas las operaciones que carezcan de base actuarial. Se pretende con ello establecer una disociación entre la actividad aseguradora de un riesgo en la que el asegurador ofrece cobertura asistencial de servicios y la mera prestación de servicios. La diferencia reside en el elemento del riesgo técnicamente asegurable. La actividad aseguradora conlleva la organización de los medios técnicos y humanos necesarios para ofrecer cobertura a ese riesgo para el caso de que llegue a producirse el evento fortuito, pudiendo la empresa aseguradora prestar los servicios objeto de la cobertura por sí misma (servicios integrados en su infraestructura empresarial) o a través de terceros subcontratados para prestar esos servicios a los asegurados, aclarando que, en este caso, los prestadores de servicios no tendrán la condición de aseguradores.

Pues bien, de acuerdo con la exposición antecedente, a mi entender, la prestación del asegurador de asistencia sanitaria está configurada claramente en la Ley como una prestación de servicios sanitarios en sentido amplio (médicos, diagnósticos, clínicos y quirúrgicos), lo cual no significa que sea el asegurador el que tenga que prestar materialmente esos servicios, aunque tampoco excluye que pueda prestarlos recurriendo a centros y facultativos integrados en su infraestructura empresarial.

En el seguro de asistencia sanitaria (como en todos los seguros asistenciales o de prestación de servicios) el asegurado acepta pagar por anticipado una cuota periódica a cambio de que el asegurador ponga a su disposición una serie de servicios sanitarios incluidos en la póliza (interés) para el caso de que se produzca una situación de necesidad (riesgo) al verificarse una alteración del estado de salud (evento fortuito). En suma, el modelo asegurativo de la prestación de servicios implica que si no llega a darse la situación de necesidad y, por tanto, el asegurador no presta materialmente ningún servicio al asegurado, la prima no será restituida, distinguiéndose así de las meras prestaciones de servicios, porque el interés del asegurado se ve satisfecho con la prestación genérica de seguridad o garantía (incluso psicológica) en forma de potencial prestación de servicios ofrecida por el asegurador²²³.

El asegurador se compromete así a prestar servicios sanitarios a cambio de una prima, financiando y organizando la estructura asistencial y gestionando el riesgo con carácter unitario de acuerdo con el principio de mutualidad. Esto implica que la entidad aseguradora podrá ofrecer una amplia cobertura asistencial a sus asegurados, distribuyendo el mismo riesgo (la situación de necesidad que surge al verificarse la enfermedad) entre un número importante de patrimonios (las primas de los asegurados), trasladando la utilidad recibida de los asegurados sanos a cubrir las necesidades de los asegurados enfermos, aplicando las leyes estadísticas y actuariales. En los seguros de asistencia, el importe de la prima se calcula sobre la base de un riesgo medio repartido entre los beneficiarios de los servicios comprometidos por el asegurador, verificado sobre la base de la frecuencia estadística de verificación del evento fortuito sobre el que recae el riesgo²²⁴. Asimismo, la centralización de la organización y de la gestión de las prestaciones asistenciales para un número considerable de asegurados, permite al asegurador negociar precios reducidos con facultativos y centros asistenciales (ya sea mediante pago capitativo para un grupo de asegurados o ya mediante el más habitual pago por acto médico individual), reduciendo así los costes de la asistencia en interés del conjunto de asegurados, lo cual acaba reflejándose en el precio de la prima individual²²⁵.

²²³ Vid. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pgs. 146-147.

²²⁴ Cfr., CANDIAN, *Assistenza (contrato di)*, cit., pg. 1168; SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pg. 13; DAMIANI *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pg. 149.

²²⁵ Vid. GONZÁLEZ BUENO, *Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de prestaciones de asistencia*, cit., pg. 443. También, MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ

Para cerrar este epígrafe, a pesar de defender la posición minoritaria entre la doctrina científica (no así en la Jurisprudencia del TS) que ve en el seguro de asistencia un seguro de prestación de servicios, no puedo desconocer que la tesis mayoritaria que concibe el mismo como un seguro indemnizatorio de daños en el patrimonio por causa de enfermedad, donde la prestación indemnizatoria se ejecuta en especie, parece haber calado hondo entre los técnicos y autoridades competentes, aunque todavía no se haya plasmado legislativamente.

Como antes se expuso²²⁶, con fecha de 8 de abril de 2011 el Ministerio de Justicia hizo público un Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro en el que se incorpora un nuevo art. 95 LCS que define genéricamente el seguro de enfermedad como aquel en el que el asegurador se obliga a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado, para luego desgranar las distintas prestaciones que puede asumir el asegurador y ofrecer al asegurado, distinguiendo entre el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria, el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente, del asegurado como consecuencia de la enfermedad, y garantizar al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste. De tal forma, la asistencia sanitaria perdería su autonomía como seguro y pasaría a ser una posible prestación del seguro de enfermedad, concebido en términos generales como seguro indemnizatorio de las consecuencias económicas producidas por la enfermedad en el patrimonio del asegurado. La garantía de prestación de servicios sanitarios equivaldría a una especie de prestación *in natura* de la indemnización del coste de la enfermedad.

Esta interpretación -que resolvería de una vez las históricas dudas sobre la verdadera naturaleza indemnizatoria o asistencial del seguro de asistencia sanitaria tal y como aparece definido en el art. 105 LCS 1980 a favor de la interpretación indemnizatoria *in natura*- se complementaría con lo previsto en el Proyecto de Ley de Supervisión Financiera registrado en el Congreso de los Diputados el 22 de mayo de 2011 para la incorporación de la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II), cuyo art. 23, que recoge los ramos de seguros distintos al de vida (al igual que el art. 6.2 a. del todavía vigente TLOSSP 2004), señala para el ramo de enfermedad, que comprende la asistencia sanitaria y la dependencia (art. 23.1 apartado 2), que las prestaciones en este ramo pueden ser a tanto alzado, de reparación, bien mediante reembolso de los gastos ocasionados, bien mediante la *garantía de la prestación del servicio*, o mixta de ambos. De modo que la prestación de garantía de la prestación del servicio equivaldría a una prestación indemnizatoria en especie. El círculo se cerraría con el art. 19.6 del Anteproyecto, el cual, de manera similar al vigente art. 18 II LCS, dispone que cuando esté pactado en la póliza o cuando la

FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 14.

²²⁶ Supra II.2

naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado, o la prestación del servicio. Este último inciso, “*la prestación del servicio*” permite salvar las aporías antes mencionadas de una prestación indemnizatoria de reparación en el cuerpo humano, y abre la puerta a prestaciones asistenciales o de servicios, si bien siempre dentro de la categoría de los seguros indemnizatorios o de daños y no como categoría propia (“*tertium genus*”) de seguros. En el caso de la asistencia sanitaria se cerraría el círculo a favor de la interpretación de su naturaleza como seguro de indemnización de daños en el patrimonio, aunque el asegurador cumpla con su obligación indemnizatoria en especie, por medio de una prestación de servicios de asistencia sanitaria que tiene que organizar previamente, ya con sus propios medios o ya recurriendo a los servicios de terceros centros y profesionales del sector celebrando los oportunos acuerdos; de modo que, en el fondo seguiría estando presente la cobertura asistencial, aunque como cobertura en especie de una cobertura en todo caso indemnizatoria de daños en el patrimonio.

Desde luego no se puede negar que esta construcción dota una mayor coherencia a la construcción indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria, y, en general, a las prestaciones en especie del asegurador en cualquier otro tipo de seguro (que, además, pueden estar previstas de antemano en la póliza). Es una construcción que parece apostar claramente por la tesis monista del contrato de seguro, aunque formalmente se siga distinguiendo entre seguros de daños y seguros de personas, reconduciendo todas las posibles prestaciones del asegurador a la cobertura indemnizatoria pecuniaria o en especie, incluyendo ahora dentro de ésta, la prestación de servicios que antes se entendía subsumida dentro de las prestaciones de reparación. No obstante, aunque inserto en el esquema del seguro de daños en el patrimonio, el expreso reconocimiento de la prestación de servicios deja abiertos los interrogantes sobre el alcance de la prestación comprometida por el asegurador, en el sentido de si sólo garantiza el acceso a dichos servicios o si también garantiza la correcta ejecución de los mismos; lo cual puede depender -y mucho- de si el prestador del servicio es impuesto por el asegurador o si resulta de libre elección (siquiera relativa o limitada) por el asegurado de entre un elenco de profesionales previamente anunciado u ofrecido por el asegurador.

Sin negar por tanto esa mayor coherencia a la construcción del seguro de asistencia sanitaria (y de todos los seguros asistenciales en general) en clave indemnizatoria del patrimonio con cumplimiento en especie en forma de prestación de servicios, sigo pensando, sin embargo, que esta lectura indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria no se corresponde con la auténtica finalidad y la estructura íntima del mismo, pues, como se ha insistido repetidamente, considero que el asegurado no busca únicamente garantizar la posible pérdida patrimonial que puede suponer para él la contratación de servicios médicos y hospitalarios como consecuencia de una enfermedad, sino que también persigue obtener una tranquilidad en forma de cobertura médico-hospitalaria inmediata en caso de necesidad, emergiendo así el aspecto

fundamental de la ayuda en situaciones de necesidad en forma organización del servicio de asistencia sanitaria, sobre el aspecto secundario del daño en el patrimonio.

En todo caso, la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria puede no estar resuelta con la interpretación indemnizatoria, en tanto en cuanto la cobertura se compromete en forma de garantía de acceso a un servicio sanitario, por lo que debemos analizar en profundidad el contenido y alcance de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria para analizar más tarde lo relativo a su posible responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio de asistencia sanitaria por parte de los profesionales y centros médicos concertados por el asegurador.

2.4.2. Contenido y alcance de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria

El seguro de asistencia sanitaria es un seguro de prestación de servicios porque la cobertura comprometida por el asegurador es una cobertura asistencial de servicios sanitarios; no una cobertura indemnizatoria de un menoscabo patrimonial; ni tampoco una cobertura indemnizatoria de reparación de la salud a coste cero o reducido (en caso de franquicias, copagos u otras fórmulas similares). El riesgo asegurado es la situación de necesidad creada por la enfermedad y el interés principal del asegurado al contratar el seguro consiste en obtener una ayuda inmediata en forma de servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria.

Conviene recordar, una vez más, la compleja estructura de la prestación asumida por el asegurador, antes de abordar el estudio del contenido concreto de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria. El asegurador ofrece una prestación abstracta o general de seguridad o garantía, la cual se despliega o desarrolla desde el mismo momento de la celebración del contrato mediante una prestación instrumental o intermedia consistente en la adopción e implementación de medios patrimoniales, financieros y organizativos necesarios para permitir al asegurador prestar la garantía ofrecida a los asegurados si llegaren a requerirlo, lo cual sucederá si se produce el evento fortuito cuyo riesgo es objeto de cobertura mediante una prestación material o final, de carácter concreto, que puede consistir en la entrega de una cantidad a modo de indemnización o de capital, en la reparación o reposición del objeto siniestrado a modo de indemnización, o en la prestación de una serie de servicios.

La prestación del asegurador de prestar una seguridad o garantía, concebida como obligación de resultado, se despliega en una prestación concreta de dar o de hacer una vez verificado el evento fortuito previsto en el contrato. Pero la configuración de la prestación de garantía o prestación de seguridad como obligación de resultado se mantiene. No tiene por qué colisionar ni verse alterada con el contenido concreto de la prestación -caso de producirse el

siniestro- en forma de dar una cantidad de dinero (en concepto de indemnización pecuniaria o de entrega de sumas o rentas) o prestar un servicio (en concepto de indemnización de reparación o de prestación de servicios)²²⁷. No obstante, debemos preguntarnos por la configuración específica de las obligaciones asumidas con motivo de las prestaciones de segundo grado debidas por el asegurador. La organización de los medios necesarios para ofrecer la cobertura de seguridad, aunque implique una prestación de hacer (sobre todo en lo relativo a la organización y gestión de recursos técnicos y humanos relacionados con la prestación de servicios) constituye también una obligación de resultado, pues está íntimamente relacionada con la obligación principal de seguridad o garantía. En cuanto a la prestación final, material o concreta, si se trata de pagar una indemnización pecuniaria o de reparar o reponer el objeto siniestrado (seguros de indemnización efectiva) estaremos también ante obligaciones de resultado, del mismo modo que si la prestación concreta consiste en abonar una suma de dinero determinada. Sin embargo, cuando la prestación material consiste en la prestación de servicios, la obligación puede ser de resultado si de la prestación del servicio se espera un resultado cierto, tangible y concreto (envío de una ambulancia en un seguro de accidentes, envío de una grúa en un seguro de automóvil, apertura de puertas en un seguro de hogar, funeral y enterramiento del asegurado, etc.), pero puede ser una obligación de medios si la prestación del servicio no puede ofrecer un resultado cierto y determinado (como sucede en particular con los servicios de defensa jurídica y con los servicios médicos y sanitarios).

Ya hemos dicho que en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se compromete a prestar al asegurado los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios contenidos en la póliza. No obstante, es preciso determinar el contenido concreto de esta prestación para después delimitar la naturaleza, el contenido y alcance de la obligación asumida por el asegurador, a la vista de los datos normativos disponibles y del modelo empírico de seguro practicado en nuestro país. Este proceso es fundamental para resolver los problemas relacionados con el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la prestación comprometida en el contrato de asistencia sanitaria y la determinación de las responsabilidades pertinentes, que analizaremos en profundidad en el capítulo III.

Aunque en la redacción del art. 105 LCS pudieran haber pesado más de la cuenta los orígenes de la asistencia sanitaria en nuestro país en forma de igualatorios médicos, parece que, consolidada la asistencia sanitaria privada como operación de seguro desde los años 50, cuando la Ley dice que el asegurador “asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos” debe interpretarse en el sentido de que el asegurador asume la cobertura de prestación de esos servicios sanitarios, no que los tenga que prestar directa y materialmente. Es decir, el art. 105 LCS está caracterizando el seguro de asistencia sanitaria como aquel en el que el asegurador asume el compromiso de garantizar una cobertura asistencial sanitaria en caso de

²²⁷ Cfr., SCALFI, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pg. 14.

enfermedad del asegurado. No se trata, por tanto, de que el asegurador preste materialmente servicios sanitarios, lo cual no forma parte de su actividad aseguradora propiamente dicha. Pero tampoco puede simplificarse el problema, afirmando que lo único a que se puede comprometer el asegurador es a organizar y abonar los servicios médicos que el asegurado necesita. Realmente, la obligación del asegurador consiste en organizar y gestionar la prestación de servicios sanitarios por los profesionales y centros hospitalarios capacitados para ello²²⁸, que, por cierto, son los únicos que materialmente pueden prestar esos servicios²²⁹. Pero no se limita a actuar como un intermediario en la facilitación del acceso, sino que debe implementar una organización con medios personales y materiales idóneos para procurar la asistencia sanitaria más amplia posible y de calidad contrastada al asegurado, garantizando la efectiva prestación de esa asistencia cuando sea requerida por el asegurado ante la situación de necesidad que produce la enfermedad.

Aunque la actividad principal o fundamental del asegurador de asistencia sanitaria consista en la organización, gestión y puesta a disposición de la cobertura asistencial, para lo cual habitualmente recurrirá a la concertación de médicos, clínicas y hospitales independientes que se comprometen mediante contratos estables de arrendamientos de servicios a prestar servicios sanitarios a los asegurados, eso no impide -a mi juicio- que el asegurador pueda sumar a esa actividad organizativa y de gestión otra de prestación de servicios sanitarios propiamente dicha, mediante facultativos y centros integrados dominical y laboralmente en su estructura empresarial.

Aunque el art. 4.1 b) TRLOSSP 2004 prohíbe a las entidades aseguradoras, so pena de nulidad, el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora, excluyendo de la prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución (provisión) de los servicios producidos (prestados) por éstas, del mismo no puede extraerse la consecuencia de que una entidad aseguradora no puede prestar servicios por sí misma, con medios de su propiedad²³⁰. Antes bien, el art. 1.2 II de la primera Directiva no vida

²²⁸ Lo que hacen los aseguradores de asistencia sanitaria es organizar y gestionar directamente la prestación de los servicios asumiendo el coste íntegro o fundamental de los mismos. Cfr., SÁNCHEZ CALERO, *Comentario al artículo 105*, 3ª ed., cit., pgs. 2160-2161; también, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 84; y MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 13.

²²⁹ Cfr., Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, *El seguro de vida*, en Nicolás MARTÍN SÁNCHEZ (Dir.), *"Derecho de Seguros"*, II, Madrid, 1996, pg. 185, para quien es imposible la asunción directa de servicios sanitarios por el asegurador, ya que esas prestaciones sólo pueden realizarse por profesionales sanitarios con la cualificación y los conocimientos adecuados. En el mismo sentido para el seguro de dependencia, vid. VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pgs. 39-40.

²³⁰ Así lo entiende, sin embargo, De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pg. 141.

73/239/CEE tras la redacción dada por el art. 1 de la segunda Directiva no vida 84/641/CEE, sustituido ahora por el art. 2.2 de la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II), establece que si la actividad de asistencia o ayuda ofrecida por una entidad aseguradora a cambio de una prima consiste en prestaciones en especie (servicios), *“podrán efectuarse asimismo utilizando personal o material propios del prestador de la misma”*.

Poniendo en relación el art. 4.1 con el art. 11 ambos del TRLOSSP 2004, puede decirse que el legislador estaría prohibiendo a las entidades de seguros la prestación de servicios que no se correspondan con la actividad aseguradora, por tratarse de servicios que no se configuran como cobertura de seguridad de un riesgo o porque no se basan en la técnica actuarial. Con lo cual, *sensu contrario*, estaría admitiendo la prestación de servicios por una entidad aseguradora siempre que se correspondan o se ajusten a un presupuesto asegurador, es decir, que supongan la cobertura a un riesgo asegurado por la misma entidad y se basen en las reglas de la estadística y la técnica actuarial en la determinación de las primas, incluyendo además de la mera organización y gestión de la cobertura asistencial, la prestación directa de tales servicios por el propio asegurador o por una entidad integrada en su mismo grupo empresarial; sin perjuicio, claro está, de recurrir a terceros para que presten esos servicios por cuenta de la entidad aseguradora.

Pocas dudas quedan ya de lo afirmado tras la tipificación del seguro de dependencia por la Disposición adicional segunda de la Ley 41/2007, que define el seguro de dependencia como aquel que obliga al asegurador, *“para el caso de que produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción y de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación”*. La referencia expresa al cumplimiento de la prestación por el asegurador *“directa o indirectamente”*, pensando claramente en las modalidades de seguros de asistencia a la dependencia, es decir, de prestación de servicios de asistencia a la dependencia, sirve para interpretar el art. 105 LCS en lo relativo al seguro de asistencia sanitaria, a la vista de la evidente conexión funcional que existe entre ambos tipos de seguros²³¹.

En fin, lo determinante para la calificación del seguro de asistencia sanitaria es qué se compromete a hacer el asegurador, no cómo lo hará. Lo decisivo es la naturaleza asistencial de la cobertura de seguridad a que se compromete el asegurador, no la forma de prestarla. Y en este tipo de seguro el asegurador se compromete a hacerse cargo directamente de la organización, supervisión y coste de la prestación de servicios sanitarios, para lo cual tendrá que proveer la cobertura asistencial material y humana necesaria para la prestación material o efectiva de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios incluidos en la

²³¹ Para VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, cit., pg. 38, el seguro de dependencia guarda gran paralelismo con el seguro de asistencia sanitaria.

póliza, ya sea a través de centros propios (las menos de las veces) o ya concertando centros y profesionales que se comprometan a prestar la asistencia sanitaria a los asegurados (el modelo habitual)²³². De manera que cuando el art. 105 LCS señala que el asegurador de asistencia sanitaria “*asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos*”, habrá que interpretarlo en el sentido de que el asegurador asume la cobertura de prestación de servicios de asistencia sanitaria, organizando y gestionando los medios técnicos y materiales necesarios para ello, pudiendo prestar los servicios sanitarios comprometidos si llega a verificarse el riesgo asegurado, bien directamente (por sus propios medios, es decir, a través de facultativos y centros integrados en su estructura empresarial) o bien indirectamente (recurriendo a facultativos y centros independientes concertados previamente mediante un contrato de arrendamiento de servicios).

Con lo cual, volviendo a la compleja estructura de la prestación del asegurador, el asegurador de asistencia sanitaria asume una prestación abstracta o general de seguridad en forma de cobertura asistencial sanitaria para el caso de que se hiciera efectivo el riesgo (la situación de necesidad que requiere ayuda inmediata) al verificarse el evento fortuito (la enfermedad). Esta prestación genérica de seguridad tiene que hacerla efectiva el asegurador: primero con carácter inmediato tras la celebración del contrato mediante la organización y gestión de los medios materiales y humanos necesarios para poder ofrecer la cobertura comprometida, los cuales pueden ser propios, esto es formar parte de su propia estructura empresarial, o bien ser ajenos, es decir concertados previamente mediante los oportunos contratos de prestación de servicios de manera estable; y después, si llegare a verificarse el evento fortuito, garantizando la prestación material de los servicios sanitarios concretos cuando sean requeridos por el asegurado. La organización de los medios necesarios para la prestación de servicios sanitarios en caso de producirse el evento fortuito (la enfermedad) que genera o verifica el riesgo asegurado (la situación de necesidad), constituye una obligación de hacer (la actividad de organización y gestión concebida como un *facere*) que consiste en la obtención de un resultado concreto, pues el asegurador se compromete en firme, con la firma del contrato de seguro, a implementar los medios técnicos y humanos que sean necesarios e idóneos para prestar la asistencia médica y hospitalaria prevista en el contrato. El asegurador está obligado *ab origine*, desde el momento mismo de la conclusión del contrato -por tratarse de su objeto social o función empresarial propia o típica- a organizar los medios técnicos -materiales y personales- adecuados para proveer la asistencia sanitaria a sus asegurados, buscando la mayor pluralidad y calidad posible de los mismos en atención a la importancia de los intereses en juego (la salud y la propia vida). Sin embargo la obligación de hacer propia de la prestación material de los servicios sanitarios por los facultativos y centros propios o ajenos organizados por el asegurador se presenta más bien como una obligación de medios, puesto que en estos servicios el obligado no puede comprometerse a ofrecer un resultado cierto y

²³² Vid. VEIGA COPO, *Tratado...*, cit., pg. 843.

determinado, sino únicamente a desarrollar su actividad profesional de acuerdo con las reglas del oficio de cada momento (*lex artis ad hoc*).

Algún autor considera que la obligación asumida por el asegurador de asistencia sanitaria habría que encuadrarla entre las obligaciones fungibles y de medios²³³. Fungibles porque al asegurado le interesa recibir asistencia médica y quirúrgica de una persona cualificada profesionalmente, ya que no tiene derecho a imponer que le atienda un médico o profesional concreto sino únicamente a elegir libremente entre los profesionales que forman parte del cuadro médico del asegurador. De medios porque el asegurador no puede conseguir que el asegurado recobre la salud, pues ni siquiera los mismos facultativos pueden ofrecer ese resultado sino únicamente a desplegar la actividad necesaria, de acuerdo con sus conocimientos, para procurar que el asegurado recobre la salud. El asegurador, en fin, sólo asume la obligación de prestar la asistencia sanitaria cubierta por el contrato de seguro, y cumple con la organización y gestión adecuada de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, lo que supondrá la contratación de profesionales y centros cualificados para la realización de esos servicios.

Se observa así cómo la complejidad estructural del seguro de asistencia sanitaria y la implicación de diferentes sujetos y entes además del propio asegurador en la prestación de los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, hace que la calificación de la prestación material o concreta de servicios sanitarios por médicos, clínicas y hospitales como una obligación de medios interfiera de manera apreciable en el alcance que deba atribuirse a la obligación de resultado propia de la prestación de seguridad o garantía genérica del asegurador, incidiendo en los aspectos relacionados con el incumplimiento del contrato y la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria. A mi juicio, sin embargo -como ya se ha dicho- la prestación de seguridad o garantía, concebida en todo caso como obligación de resultado, predetermina la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, consistente en la organización y gestión de una infraestructura asistencial necesaria para ofrecer y permitir la correcta prestación de servicios sanitarios a sus asegurados, como una obligación de resultado y no de medios o actividad.

Surge inmediatamente la duda de si esa garantía de correcta prestación de servicios sanitarios debe extenderse al resultado final concreto, o si basta con crear las condiciones objetivamente idóneas para ofrecer en abstracto la posibilidad de una asistencia sanitaria amplia y de calidad, garantizando el acceso inmediato o al menos en un tiempo razonable, presumiendo la correcta ejecución por parte de los profesionales y centros concertados. Es decir, surge la duda de si deben separarse tajantemente la obligación de resultado del asegurador (que se agotaría con la organización y provisión o puesta a disposición de medios materiales y personales idóneos, de calidad y en número y diversidad suficiente para atender todas las posibles dolencias de los asegurados que no estén expresamente excluidas de la cobertura en la póliza,

²³³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 84-86.

entre los cuales cada asegurado pueda elegir libremente) y la obligación de medios o actividad de los profesionales y centros sanitarios incluidos en el cuadro médico del asegurador (que serían así los únicos responsables frente al paciente-asegurado de los daños derivados de errores o negligencias médicas).

En particular, el principal interrogante que se plantea es el del *alcance que debe atribuirse a la obligación de seguridad* que, en forma de cobertura asistencial sanitaria, ofrece el asegurador de asistencia sanitaria:

¿Cumple el asegurador con su obligación de organización, gestión y provisión de servicios sanitarios ofreciendo un catálogo amplio y de calidad de profesionales y centros sanitarios en régimen de libre elección por el asegurado?

¿O debe entenderse que la obligación genérica de seguridad o garantía en forma de cobertura asistencial, concebida como obligación de resultado, supone que el asegurador debe asumir también la correcta ejecución de todos los servicios sanitarios ofrecidos al asegurado?

En fin: *¿La obligación de cobertura asistencial del asegurador le hace civilmente responsable de los daños sufridos por los asegurados como consecuencia de una mala praxis asistencial de los profesionales y centros sanitarios incluidos en su cuadro médico-asistencial?*

Para poder responder con mayor juicio a estas cuestiones, resulta oportuno realizar un somero análisis por separado del contenido obligatorio concreto de la prestación consistente en la organización y gestión de medios asistenciales por el asegurador y de la prestación o ejecución material de asistencia médica, diagnóstica, clínica, quirúrgica y hospitalaria por los facultativos y centros integrados en el cuadro asistencial del asegurador. Una vez examinado el alcance de las obligaciones asumidas por el asegurador, en un epígrafe posterior se analizarán las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones que pueden incumbir al asegurador de asistencia sanitaria y a los profesionales y centros sanitarios incluidos en su cuadro médico-asistencial, dejando para el capítulo III el estudio de la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los errores o negligencias médicas cometidas por profesionales y establecimientos sanitarios incluidos en su cuadro médico-asistencial.

2.4.2.1. Organización, gestión y provisión por el asegurador de servicios de asistencia sanitaria...idóneos y de calidad para garantizar la libertad de elección y la correcta ejecución

La idea básica que defendemos en este trabajo es que la cobertura ofrecida por el asegurador de asistencia sanitaria no se limita al pago directo de los servicios sanitarios prestados por centros y facultativos a sus asegurados, sino

que asume una obligación de cobertura asistencial sanitaria, para lo cual debe crear una estructura asistencial adecuada -formada por un elenco de facultativos y centros e instalaciones clínicos y hospitalarios- para ponerla a disposición de sus asegurados, garantizando la efectiva prestación del servicio sanitario requerido por el asegurado siempre que se encuentre dentro de la cobertura de la póliza. Y es así porque, al concertar un seguro de asistencia sanitaria, el asegurado no busca solamente que el asegurador asuma los gastos de asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria (para eso bastaría, probablemente, con el seguro de reembolso de gastos sanitarios y farmacéuticos), sino que su principal interés contractual reside en disponer de la posibilidad de acceder de forma inmediata y en régimen de libre elección a una lista amplia y de calidad de médicos y establecimientos sanitarios cuando su salud lo requiera (es decir, ante una situación de necesidad más o menos grave, más o menos perentoria), sin asumir además (o asumiendo parcialmente, en caso de pactarse franquicias) el coste de dicha asistencia.

La obligación esencial del asegurador consiste en la organización, gestión y puesta a disposición del asegurado de los servicios de asistencia sanitaria por profesionales y centros médicos y hospitalarios capacitados para ello, estén integrados en su estructura empresarial o sean terceros independientes concertados mediante contratos de servicios, pero en condiciones objetivas de idoneidad y calidad de manera que permitan al asegurado una libertad de elección real entre los facultativos, profesionales y centros clínicos y hospitalarios de su cuadro médico, y ofrezcan una garantía en abstracto -siquiera en forma de presunción- de corrección en la ejecución de esos servicios. (Lo cual no significa que esa garantía en abstracto de correcta ejecución, asociada a la calidad de los servicios ofertados, deba extenderse a una garantía de la correcta ejecución final de la prestación, ya que -como vamos a ver- el asegurador no se inmiscuye por lo general en la selección del centro o profesional ni en la prestación material del servicio.)

A) Contenido y alcance de la obligación de cobertura asistencial

Del art. 105 LCS se desprende -en sintonía con los antecedentes históricos de la institución- que el asegurador de asistencia sanitaria asume directamente la provisión de servicios médicos y quirúrgicos para el tratamiento de enfermedades comprendidas o no excluidas expresamente en la póliza.

Así, en principio, la aseguradora no tiene por qué facilitar los servicios sanitarios necesarios ni hacerse cargo del coste de enfermedades no cubiertas por la póliza, incluso aunque según el criterio médico estén indicadas pruebas de diagnóstico, tratamientos o intervenciones quirúrgicas para el adecuado tratamiento de la enfermedad del asegurado²³⁴. Quedarán en todo caso fuera de la cobertura las enfermedades preexistentes, salvo que se pacte otra cosa,

²³⁴ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 17.

resultando determinante en este caso la declaración del riesgo (cfr., arts. 10 y 89 LCS, aplicados al seguro de asistencia sanitaria)²³⁵ y, en su caso, los plazos de carencia para el disfrute de determinadas prestaciones sanitarias (por ejemplo, asistencia al parto), que la Jurisprudencia dominante considera cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (por lo que deberán ser específicamente aceptadas por escrito, ex art. 3 LCS) y no tendrán efecto en caso de urgencia vital²³⁶.

Caracterizado el seguro de asistencia sanitaria como un seguro asistencial en la modalidad de prestación de servicios sanitarios, y siendo requisito esencial de la actividad de asistencia la ayuda inmediata caso de producirse la situación de necesidad derivada de una enfermedad, podrá comprenderse que, para garantizar una intervención asistencial puntual e inmediata, es absolutamente imprescindible que el asegurador implemente una estructura operativa dotada de los medios materiales y personales necesarios para facilitar una ayuda o asistencia rápida, de calidad y lo más completa posible al asegurado²³⁷. Eso significa que el asegurador que no utilice sus propios centros y facultativos para prestar esos servicios, deberá constituir una pluralidad de relaciones contractuales de prestación de servicios con profesionales y establecimientos sanitarios capacitados para ello. Sin embargo, existe una alarmante falta de concreción del contenido concreto de esa obligación instrumental de

²³⁵ Vid. *in extenso*, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 109 y ss. Vid. también TIRADO SUÁREZ, *Seguro de Personas*, cit., pgs. 207-208.

²³⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 79. TIRADO SUÁREZ, *Seguro de Personas*, cit., pgs. 207-208, con cita de Jurisprudencia.

No debe confundirse la obligación de prestar asistencia sanitaria por los profesionales y centros incluidos en el cuadro médico en casos de urgencia vital, incluso aunque la enfermedad que provoca esa dolencia esté excluida de cobertura o sometida a plazo de carencia, con la obligación del asegurador de reembolsar gastos de asistencia sanitaria prestada a los asegurados por centros y facultativos ajenos a su cuadro asistencial en casos de urgencia vital, la cual exponemos más adelante en este mismo apartado.

²³⁷ En Italia, en relación con el seguro de asistencia (regulado actualmente en el art. 175 del *Codice della Assicurazione* de 2005), el decreto de 29 de noviembre de 1992 (modificado por el decreto legislativo nº 175 de 1995) reguló con detalle la composición y funciones de la llamada central operativa, encargada de establecer contacto y ofrecer una respuesta inmediata a la solicitud de asistencia del asegurado, poniendo a su disposición los distintos medios técnicos y humanos integrados en la estructura asistencial del asegurador. En concreto, el art. 3 del citado decreto establecía que las empresas aseguradoras de asistencia deben crear una red de colaboradores y proveedores, cuya específica profesionalidad sea utilizada para intervenir inmediatamente y resolver en Italia y en el extranjero los problemas del asegurado. Vid. Marino BIN, *Comentario al codice delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2006, pgs. 548-549.

El decreto ministerial de 1992 ha sido derogado por el decreto legislativo nº 209 de 2005, cuyo art. 192.2º establece que las empresas que ejercitan la actividad aseguradora en el ramo de asistencia deben estar sometidas a un control más estrecho por parte de la ISVAP, que concierne también al personal y a los medios técnicos de que disponga la empresa para prestar la asistencia comprometida. Asimismo, el art. 30 atribuye a la Autoridad (ISVAP) determinar reglamentariamente los requisitos de profesionalidad del personal y las características técnicas de las herramientas que debe satisfacer la empresa que ejercita actividades aseguradoras en el ramo de asistencia. Cfr., FURCI, *L'assicurazione assistenza*, cit., pgs. 1511-1512.

organización y gestión asistencial; lo cual incrementa la sensación de inseguridad jurídica para los asegurados, pero también puede repercutir negativamente en la esfera jurídica del asegurador en lo relativo a los daños y perjuicios sufridos por los asegurados como consecuencia de una incorrecta praxis médica o asistencial por parte de los facultativos y centros integrados en la organización asistencial del asegurador.

Como se expuso en su momento, tras el periodo de liberalización iniciado con la LCS 1980 se fueron derogando las normas administrativas que reglamentaban férreamente la actividad de las entidades de asistencia sanitaria (los primeros igualatorios que luego se transformaron en entidades de seguros)²³⁸. El art. 105 *in fine* LCS prevé un desarrollo reglamentario de la actividad de la asistencia sanitaria que no ha llegado a producirse nunca, por lo que, en la actualidad, y a pesar de la relevancia social y económica del seguro de asistencia sanitaria en nuestro país, nuestra legislación no establece normas concretas sobre la forma (el contenido y alcance) en que el asegurador debe realizar su prestación de hacer²³⁹. Sólo existen algunos controles por parte de la Administración competente de los medios técnicos provistos por el asegurador para la prestación de servicios de asistencia sanitaria (cfr., arts. 12.2 y 71.2 TRLOSSP y arts. 3.2 y 25.2 ROSSP), aunque se antojan excesivamente vagos e imprecisos si se comparan con la importancia de los intereses en juego (la salud y la vida de los asegurados). Y ello a pesar de que los arts. 8.3 y 10.3 de la Primera Directiva no vida 73/239/CEE, en la redacción dada por el art. 6 de la Tercera Directiva no vida 92/49/CEE, facultan a los Estados miembros a someter a las entidades que ofrezcan cualesquiera prestaciones asistenciales al control de los medios directos o indirectos de personal y material incluida la calificación de los equipos médicos y la calidad de los aparatos de que dispongan para hacer frente a sus compromisos, permitiendo con ello a los Estados establecer controles de suficiencia o calificación profesional de los equipos médicos propios o concertados y de la calidad de los medios materiales o técnicos disponibles para prestar servicios de asistencia médico-quirúrgica, sea en el terreno de la asistencia turística o sea en cualquier otro terreno asistencial que incluya prestaciones de servicios sanitarios²⁴⁰. La Directiva 2009/138/CE (que deroga las anteriores a partir del 1 de noviembre de 2012) señala en su art. 30.2 que cuando se trate de empresas de seguros autorizadas para cubrir los riesgos clasificados bajo el ramo 18 de la parte A del anexo I (que el art. 197 hace extensivos a otros seguros asistenciales), la supervisión se extenderá también a los medios técnicos de que dispongan las empresas de seguros para llevar a cabo las operaciones de asistencia que se hayan comprometido a efectuar, siempre que la legislación

²³⁸ Supra I.

²³⁹ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 84.

²⁴⁰ En Italia, el mencionado decreto de 29 de noviembre de 1992 dispone que, si lo solicita la Autoridad de control del sector (ISVAP), las empresas aseguradoras deberán entregar los contratos sobre los que sustentan las relaciones de colaboración con los prestadores de servicios de asistencia. Vid. Marino BIN, *Comentario al codice delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2006, pg. 549.

del Estado miembro de origen disponga el control de dichos medios. No hace referencia, por tanto, al control de los medios humanos y al material o aparatos médicos, por lo que habría que pensar si estos recursos pueden incluirse en el concepto general de medios técnicos necesarios para la prestación del servicio específico comprometido en cada caso por el asegurador. En cualquier caso, el art. 206 de la Directiva establece que los Estados miembros en los que los contratos que cubran los riesgos correspondientes al ramo de enfermedad constituyan una alternativa parcial o total a la cobertura sanitaria prestada por el régimen legal de seguridad social (algo que parece evidente en el caso concreto del seguro de asistencia sanitaria en el ordenamiento jurídico español), podrán exigir que el contrato cumpla las disposiciones legales específicas para proteger el interés general establecidas por ese Estado miembro en dicho ramo de seguro (lo que habilitaría a un control y exigencia de medios humanos, materiales y técnicos suficientes para dar una adecuada cobertura sanitaria al asegurado) y que las condiciones generales y particulares de dicho seguro sean comunicadas a las autoridades de supervisión de dicho Estado miembro antes de su utilización (permitiendo así un control a priori por parte de las autoridades nacionales competentes).

Existe pues margen normativo suficiente para que el legislador nacional arbitre los mecanismos adecuados para establecer un control de las medios predispuestos por los aseguradores asistenciales para la adecuada prestación de su servicio, especialmente en el caso de asistencia sanitaria y asistencia a la dependencia. No obstante, aún faltando los controles administrativos necesarios para garantizar el cumplimiento de la obligación del asegurador, parece que de la obligación de resultado asociada a la prestación genérica de seguridad o garantía (en este caso, cobertura de asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria) se desprende la existencia de una obligación instrumental también de resultado encaminada al cumplimiento de aquélla, consistente en la provisión de facultativos, hospitales, clínicas, centros de diagnóstico y cualesquiera otros medios técnicos y humanos (ambulancias, centros de asistencia telefónica, etc.), distribuidos por todo el territorio nacional y en su caso en el extranjero, que resulten necesarios para garantizar una respuesta inmediata a la solicitud de asistencia por el asegurado e idónea para atender la dolencia o enfermedad que presente en cada momento, salvo -claro está- que estuviera expresamente excluida de la cobertura del seguro. Si en el domicilio del asegurado no existieran facultativos o centros especializados para atender su dolencia, el asegurador tendrá que ofrecer alternativas al asegurado en otras localidades²⁴¹.

²⁴¹ Cfr., *ad. ex.*, las Condiciones Generales de la póliza “Sanitas Multi 2010”: “*Por el presente contrato, el Asegurador asume, en los términos y con los límites que se expresan en las presentes Condiciones Generales, en las Particulares y, en su caso, en las Especiales y Suplementos de Póliza que se emitan, la asistencia médica y quirúrgica a nivel nacional, según la práctica usual, tanto en régimen ambulatorio como hospitalario de las enfermedades o lesiones comprendidas en la descripción de los servicios de la Póliza (...) La asistencia, de conformidad con lo previsto en las disposiciones reglamentarias aplicables, se prestará en todas las poblaciones donde el Asegurador tenga representación debidamente autorizada o cuenta con cuadros médicos concertados. Cuando en cualquiera de las poblaciones donde radique dicha representación o cuadros médicos concertados no exista alguno de los servicios*”

Los medios técnicos y humanos -sean propios o ajenos- que conforman la estructura organizativa del asegurador de asistencia sanitaria, además de equilibrados en grado de preparación y experiencia (los facultativos) e idóneos y adaptados al nivel de la técnica de cada momento (los medios técnicos), tienen que ser razonablemente amplios y diversos para ofrecer una cobertura suficiente que permita a los asegurados elegir libremente facultativos y centros si tienen necesidad de requerir sus servicios al constatarse una alteración en su estado de salud, y también de una calidad contrastada para garantizar -siquiera *a priori* y en abstracto²⁴²- la correcta ejecución de los servicios, a la vista de los importantes intereses subyacentes a la asistencia sanitaria. Parece que sólo poniendo a disposición de los asegurados un cuadro asistencial razonablemente amplio y de calidad cumplirá el asegurador de asistencia sanitaria con su diligencia como profesional del sector, pues el esquema o modelo típico del seguro de asistencia sanitaria se caracteriza (frente a otros seguros de servicios como el de asistencia en viaje o el de decesos, o que ofrecen servicios como prestación complementaria, como los seguros multirriesgo hogar y multirriesgo automóvil) por la facultad de libre elección de centros y facultativos por el asegurado de entre los que formen parte del cuadro médico y hospitalario organizado por el asegurador.

Pero la actividad aseguradora de asistencia sanitaria, a la vista de los sensibles intereses en juego (la salud y la propia vida), es necesariamente más compleja que el mero agregado de medios personales y materiales para garantizar una asistencia amplia y suficiente a los asegurados²⁴³.

Teniendo en cuenta que, material o económicamente, los centros y facultativos propios y concertados (aunque gocen, los ajenos, de independencia organizativa, profesional y funcional) actúan como “auxiliares” o “agentes” del asegurador²⁴⁴, en la medida en que desarrollan su actividad asistencial-sanitaria por cuenta del asegurador, éste, como responsable del conjunto asistencial, debe desplegar la máxima diligencia en elegir cuidadosamente a los centros y facultativos que integra en su cuadro asistencial, velando porque tengan la cualificación profesional precisa para desarrollar su profesión y porque hayan superado todos los controles exigidos en su caso por las autoridades sanitarias, exigiendo, en su caso, una cobertura adecuada en forma de seguro de responsabilidad civil para hacer frente a posibles responsabilidades por negligencia profesional que deriven en daños a los

comprendidos en el contrato, serán facilitados en la provincia donde los mismos puedan realizarse a elección del Asegurado”.

²⁴² Diferente, por tanto, de la garantía de correcta ejecución frente a posibles negligencias o errores médicos que deriva en la responsabilidad subsidiaria o solidaria de la entidad aseguradora, como admite reiteradamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales. Vid. infra III.5.

²⁴³ Así, NÚÑEZ LOZANO, *Las aseguradoras de asistencia sanitaria*, cit., pg. 210. Y así se desprende del art. 206 de la Directiva 2009/138/CE.

²⁴⁴ NÚÑEZ LOZANO, *Las aseguradoras de asistencia sanitaria*, cit., pg. 210.

pacientes asegurados²⁴⁵, y vigilando que estén dotados los equipos e instrumentos necesarios para desplegar su actividad de acuerdo con el estado de la técnica de cada momento. Este deber de cuidado o diligencia en la elección y vigilancia de los facultativos y centros debe hacerse extensivo a los casos en que el asegurador indica y nombra a un médico o centro sanitario específico (forme parte o no de su cuadro médico) para el tratamiento particular (por su dificultad) de uno de sus asegurados, interfiriendo así en la libertad de elección del asegurado²⁴⁶.

Asimismo, el asegurador deberá vigilar que los médicos y centros atiendan a los asegurados de la manera más rápida y eficaz posible, así como establecer los mecanismos de control oportunos para detectar posibles fallos en la asistencia al asegurado y en la práctica sanitaria propiamente dicha y adoptar, en su caso, las medidas oportunas para evitar que posibles errores o negligencias se repitan en el futuro con otros asegurados. Deberá, en definitiva, establecer todas las medidas y controles necesarios, *a priori* y *a posteriori*, para garantizar al asegurado una cobertura asistencial amplia y de calidad. Así pues, con carácter general puede decirse que el asegurador, en el ejercicio de su diligencia profesional, tiene un deber *in eligendo* e *in vigilando* a la hora de seleccionar a los centros y profesionales sanitarios que desea incluir en su cuadro asistencial, lo cual no quiere decir que ese deber (asociado a su obligación de organización y gestión de la infraestructura asistencial) se tenga que traducir en todos los casos en una responsabilidad por errores y negligencias médicas cometidas por los profesionales y centros concertados en el ejercicio de su actividad sanitaria a los asegurados, sino únicamente -según mi criterio- en aquellos casos en que el médico sea incluido o mantenido en el cuadro asistencial sin disponer de la acreditación necesaria para ejercer la especialidad, sin disponer del seguro obligatorio de responsabilidad civil con cobertura suficiente, sin disponer de medios técnicos adecuados para desarrollar su actividad, o si se mantiene en el cuadro médico a pesar de haber incurrido anteriormente de manera manifiesta en negligencias reiteradas.

Según reiterada Jurisprudencia, el asegurador estará obligado a mantener la prestación de asistencia sanitaria incluso una vez resuelto unilateralmente el contrato por su voluntad (mediante la pertinente oposición a la prórroga con notificación escrita efectuada en el plazo legal de dos meses de anticipación a

²⁴⁵ La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, dispone en su art. 46 ("cobertura de responsabilidad") que los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación del tal asistencia o servicios. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de agentes del sector, pudiendo también los colegios profesionales adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación.

²⁴⁶ Cfr., SSTs de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/677) y de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7998). Vid. el análisis de las mismas, infra III.5.1.A).

la conclusión del periodo del seguro en curso, ex art. 22 II LCS), si persistiera el tratamiento médico por parte del asegurado²⁴⁷.

Más aún, la cobertura de la salud del asegurado va incluso más allá de la cobertura asistencial que constituye el objeto prioritario del contrato de seguro de asistencia sanitaria. La obligación de cobertura del asegurador de asistencia sanitaria puede ampliarse a los gastos sanitarios producidos por la asistencia prestada a sus asegurados por centros y profesionales no incluidos en su cuadro médico en situaciones de urgencia vital²⁴⁸. En este caso el asegurador no asume una obligación de prestación de servicios sanitarios, sino de indemnización pecuniaria en forma de reembolso de los gastos de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que resultaren necesarias para el asegurado por razones de urgencia. La justificación para que el asegurador de asistencia sanitaria asuma esta obligación indemnizatoria complementaria de su obligación principal de naturaleza asistencial, reside en el art. 106 LCS que, en su intención de completar el exiguo -por no decir inexistente- régimen jurídico establecido para los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria en el art. 105 LCS, dispone que quedarán sometidos a las normas sobre el seguro de accidentes en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros; resultando que según el art. 103 LCS, los gastos de asistencia sanitaria previstos en la póliza de seguro de accidentes no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente.

El caso es que podría discutirse si la norma del art. 103 LCS, prevista para un seguro de reembolso de gastos sanitarios (seguro de daños en el patrimonio) es compatible con la naturaleza asistencial o de servicios del seguro de asistencia sanitaria, que no se restringe al pago de servicios médico-hospitalarios sino a prestar (organizar y proveer) tales servicios a sus asegurados. No obstante, dada de la importancia de los intereses subyacentes (la salud y la propia vida) y a la vista de la doctrina firme de nuestros Tribunales a favor de una extensión de la cobertura asistencial al reembolso de los gastos sanitarios ocasionados por los servicios médicos y hospitalarios prestados por terceros en situaciones de urgencia vital (o de urgencia, simplemente)²⁴⁹, la

²⁴⁷ Vid. STS (Sala 1ª) de 3 de mayo de 2006 (La Ley 48405/2006). En la doctrina, vid. TIRADO SUÁREZ, *Seguros de personas*, cit., pg. 209, con cita de Jurisprudencia. Opina este autor, por lo demás, que el seguro de enfermedad en todas sus modalidades no debe ser rescindible por el asegurador.

²⁴⁸ Vid. TIRADO SUÁREZ, *Los seguros de personas*, cit., pg. 206, con cita de Jurisprudencia. El art. 95.2 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011, establece expresamente que “*cuando el seguro de enfermedad garantice la prestación de los servicios de asistencia sanitaria, no podrá excluir el coste de aquellas actuaciones sanitarias que, por su urgencia, el asegurado precise con carácter inmediato*”. Norma cabal que debería incorporarse en todo caso en una futura reforma de la LCS.

²⁴⁹ Puede ser objeto de discusión qué ha de entenderse por urgencia vital. Parece que no siempre puede interpretarse en sentido estricto, es decir, que esté en riesgo inmediato la vida del asegurado (asistencia urgente, inmediata y vital), sino que incluye atenciones sanitarias de carácter urgente para conservar la vida u obtener la curación ante accidentes y lesiones de gravedad, o incluso de una gravedad relativa si el evento fortuito se produce en un lugar donde

mayoría de las entidades de asistencia sanitaria han optado por incluir en sus pólizas el compromiso de asumir el coste de esas intervenciones²⁵⁰.

El reembolso del coste asistencial se hará al asegurador que hubiera realizado previamente el desembolso, previa acreditación en forma de factura, o bien directamente al establecimiento o profesional que hubiera atendido al asegurado en situación de urgencia. Sin embargo, se discute si procede realizar ese reembolso de gastos sanitarios por la asistencia sanitaria prestada a un asegurado de la entidad en situaciones de urgencia cuando hubiera sido atendido en un establecimiento de la Sanidad pública, en tanto en cuanto si el paciente dispone de una doble cobertura (la obligatoria y universal de la Sanidad pública y la privada de una entidad aseguradora de asistencia sanitaria) dependerá de su libre elección acudir a los servicios sanitarios públicos o privados, no existiendo razón para que el ente público reclame el reembolso de los gastos de asistencia al ente privado, ya que dicha asistencia estaba dentro de su obligación legal de asistencia. Esa reclamación de gastos asistenciales no tiene cabida en el art. 103 LCS, al que se remite el 106 LCS para los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria, pues el Sistema Nacional de Salud Pública está tan obligado como la entidad aseguradora a prestar a asistencia al sujeto que disponga de la doble cobertura. Como señala la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2006²⁵¹, el beneficiario de una doble cobertura asistencial (pública-privada) o las personas que lo auxilian disponen de la opción de elegir la asistencia pública o la privada y, por tanto, determinar a cuál de las dos entidades, la pública o la privada, corresponde asumir el coste de su asistencia, sin que puedan reclamar los gastos posteriormente a la otra. Apunta también la doctrina científica, que el art. 103 LCS no implica que el asegurador de accidentes, de enfermedad o de asistencia sanitaria tenga que asumir los gastos de asistencia sanitaria de carácter urgente en todo caso, pues quedarán exoneradas de la obligación en los casos en que un tercero haya causado el accidente o enfermedad que requiere la asistencia y en los casos en que el asegurado disponga de una doble cobertura, ya por otros

el asegurador no dispone de medios sanitarios idóneos para atender la dolencia. Las SSTS de 21 de marzo de 2002 (La Ley 11303/2003) y de 20 de octubre de 2003 (La Ley 468/2004) establecen que existe necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital cuando la referida asistencia es precisa para conservar la vida, los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento. En esta línea pueden incluirse enfermedades que, aunque no pongan en riesgo inminente la vida misma, exigen una atención urgente con carácter preventivo. Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2004, que considera la anorexia un caso de asistencia sanitaria urgente. Sin embargo, la STS (Sala 4ª) de 17 de julio de 2007 (La Ley 162066/2007) declara que no hay situación de urgencia vital cuando un paciente abandona un centro de la Seguridad Social para ingresar dos días después en un centro privado para recibir un tratamiento no disponible en el sistema público de salud.

²⁵⁰ Cfr., "Sanitas Multi 2020": "*Según dispone el artículo 103 de la Ley de Contrato de Seguro, el Asegurador asume la necesaria asistencia de carácter urgente de acuerdo con lo previsto en las Condiciones de la Póliza*".

²⁵¹ La Ley 77485/2006.

aseguradores privados (seguro múltiple o cumulativo) o ya por el Sistema Nacional de Salud Pública²⁵².

B) Implementación de la infraestructura organizativa para la provisión de servicios sanitarios por el asegurador. Aspectos contractuales

El asegurador de asistencia sanitaria debe organizar la infraestructura asistencial necesaria para prestar los servicios sanitarios requeridos por los asegurados cuando se verifique el evento fortuito en forma de enfermedad no excluida expresamente de la cobertura en los términos del contrato, disponiendo al efecto el llamado cuadro médico o asistencial, formado por un elenco plural de médicos y establecimientos sanitarios a los que podrá acudir el asegurado en caso de necesidad en régimen de libre elección. Si bien se trata de una libertad de elección relativa, dentro de un cuadro asistencial cerrado, pues sólo podrá acudir a los profesionales y centros sanitarios incluidos en el cuadro asistencial del asegurador; por eso resulta más coherente hablar de la obligación del asegurador de predisponer los medios técnicos y humanos suficientes para facilitar el acceso del asegurado a los servicios sanitarios en régimen de libertad de elección razonable, en lugar de libertad de elección real.

Los facultativos y establecimientos clínicos y hospitalarios pueden formar parte de la propia estructura empresarial del asegurador, en régimen dominical (los centros) y laboral (el personal) directo o indirecto, esto es, integrados dominical y laboralmente en la propia entidad aseguradora (sociedad anónima, cooperativa o mutua de seguros) o bien integrados en alguna entidad filial que forme parte del grupo empresarial del asegurador. Pero lo habitual es que la mayoría de médicos y centros incluidos en el cuadro asistencial sean independientes formal y funcionalmente, ajenos por tanto a la empresa del asegurador, aunque integrados en la organización asistencial creada por éste mediante una pluralidad de vínculos contractuales con carácter estable o continuado.

En el caso de establecimientos propiedad de la entidad aseguradora y de facultativos vinculados laboralmente (o mediante contratos de servicios o de obra) con la misma que prestan servicios en esos establecimientos, la prestación de servicios sanitarios a los asegurados quizás podría justificarse directamente -en virtud de su dependencia dominical y laboral del asegurador- en el mismo contrato de seguro de asistencia sanitaria concertado entre el asegurador y los asegurados, y por el cual aquél se obligaría a organizar la infraestructura asistencial necesaria para ofrecer los servicios sanitarios comprometidos y además a prestar directamente esos servicios a través de sus establecimientos y personal sanitarios cuando sean solicitados por el asegurado. De modo que a través del contrato de seguro de asistencia sanitaria el asegurador asumiría dos obligaciones superpuestas: la obligación

²⁵² Vid. Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Atribución del pago de los gastos de asistencia sanitaria en los casos de doble cobertura asistencial*, RES, 2006, pgs. 128 y ss. VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 854-855.

de organización y gestión de la infraestructura asistencial sanitaria y la obligación de prestación de servicios sanitarios a través de sus centros y personal sanitarios. No obstante, también podría admitirse que el asegurado que elije acudir a un centro clínico u hospitalario propiedad directa o indirecta de la entidad aseguradora, estaría concertando en ese mismo momento un segundo contrato con la entidad, distinto y complementario al contrato de seguro de asistencia sanitaria; un contrato, en fin, de arrendamiento de servicios médico-sanitarios.

Más compleja es la situación cuando los servicios sanitarios son prestados a los asegurados por facultativos y establecimientos independientes, concertados de manera estable con el asegurador mediante relaciones contractuales de servicios de carácter duradero. Puede discutirse aquí si los facultativos y los establecimientos sanitarios independientes integrados en el cuadro asistencial del asegurador, que prestan servicios a los asegurados que los eligen libremente, lo hacen exclusivamente en virtud de un contrato de servicios celebrado con el asegurador y si éste puede calificarse como un contrato a favor de terceros; o si, además, celebran en cada caso un contrato *ad hoc* de prestación de servicios sanitarios con el paciente asegurado que acude a las consultas médicas o a los centros solicitando asistencia sanitaria.

Aparentemente, la relación concertada entre el asegurador y los profesionales que prestan los servicios a terceros por cuenta de aquél parece ajustarse a la estructura de la estipulación a favor de terceros²⁵³. Un contrato a favor de terceros es aquel que, realizado válidamente entre dos personas (estipulante y promitente), pretende atribuir un derecho a una tercera persona (beneficiario o favorecido) que, no obstante, no ha tenido participación alguna directa ni indirecta en su tramitación y conclusión²⁵⁴. El art. 1257 II CC establece que si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada. El beneficiario o favorecido podrá deducir una pretensión singular en su propio nombre e interés²⁵⁵; en nuestro caso, el cumplimiento de una obligación de hacer en forma de prestación de servicios sanitarios.

²⁵³ Así lo entiende también, De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pgs. 149, nota 17. Entiende este autor, que el convenio con cada médico constituye para la aseguradora una irreprochable forma de hacer provisiones en torno al cumplimiento de sus obligaciones respecto a los asegurados, sugiriendo que también será una forma de hacer sus provisiones de carácter técnico.

También comparte esta interpretación de la relación asegurador-médico o clínica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14) de 5 de mayo de 2004 (AC 2004/1834).

²⁵⁴ Vid. G. PACCHIONNI, *Los contratos a favor de terceros: estudio de derecho romano, civil y mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948. También, Carmen PÉREZ CONESA, *El contrato a favor de terceros*, Comares, Granada, 1999.

²⁵⁵ PÉREZ CONESA, *El contrato a favor de terceros*, cit., pg. 52.

No habrá contrato a favor de terceros, cuando se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación, pero sin poder exigirla²⁵⁶. Es éste precisamente el aspecto que no permite afirmar contundentemente si esta estructura subyace a los contratos de seguros de prestación de servicios, pues no resulta claro determinar si el asegurado está legitimado para reclamar el cumplimiento al prestador del servicio designado por el asegurador, si debe reclamar en todo caso al propio asegurador, o si puede dirigirse contra ambos. Pero, como decimos, aparentemente la construcción negocial basada en el pacto o estipulación a favor de tercero subyace a los seguros asistenciales o de prestación de servicios en general (asistencia en viaje, decesos, asistencia sanitaria, asistencia a la dependencia, defensa jurídica) y a los seguros de daños que ofrecen coberturas complementarias de reparación o de prestación de algún servicio (incendio, multirriesgo hogar, multirriesgo automóvil, etc.), cuando éstos son prestados por terceros independientes subcontratados por la entidad aseguradora.

En el seguro de asistencia sanitaria el asegurador concluiría un contrato de arrendamiento de servicios con prestaciones a favor de terceros con profesionales y centros sanitarios independientes para incluirlos en su cuadro asistencial, para el cumplimiento de la cobertura asistencial comprometida por el asegurador frente al asegurado en el contrato de seguro de asistencia sanitaria si se produjere la situación de necesidad consecuente a la verificación del evento fortuito en forma de enfermedad. Todo el contenido del contrato -no sólo estipulaciones concretas- estaría dirigido hacia el tercero que resulta ajeno a su conclusión; el facultativo o centro sanitario (promitente) se comprometería frente al asegurador (estipulante) a realizar la prestación de servicios sanitarios a favor de los asegurados (beneficiarios o favorecidos), concertados contractualmente de forma previa con el primero, siempre y cuando sus servicios se encuentren dentro de la cobertura de la póliza. El asegurado, como beneficiario o favorecido, podría exigir a cualquier profesional o centro sanitario incluido en el cuadro asistencial del asegurador que le reciba en su consulta o en el establecimiento clínico u hospitalario para prestarle los servicios sanitarios de su especialidad o competencia (lo que supondría una aceptación de la obligación de prestación de servicios asumida en su favor por el promitente), siempre y cuando no hubiera sido resuelto previamente el vínculo contractual entre el asegurador y el profesional o centro.

Lo que no resulta claro -como antes decíamos- es si el asegurado puede exigir verdaderamente la prestación de servicios sanitarios a los facultativos y centros incluidos en el cuadro asistencial del asegurador, es decir, exigirles que le reciban en su consulta o en el establecimiento clínico u hospitalario para prestarle los servicios sanitarios de su especialidad o competencia (lo que supondría una aceptación de la obligación de prestación de servicios asumida en su favor por el promitente), siempre y cuando no hubiera sido resuelto previamente el vínculo contractual entre el asegurador y el profesional o centro. Como tampoco es claro si los facultativos y centros concertados con el

²⁵⁶ Cfr. STS de 9 de diciembre de 1940, citada por Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pg. 87.

asegurador resultan verdaderamente obligados frente a dicho asegurado a prestarle sus servicios sanitarios. Los escasos autores que se han manifestado al respecto, entienden que el asegurado no puede exigir directamente al médico o centro sanitario que les preste sus servicios, ni tampoco que respondan frente a él por los posibles daños y perjuicios que la falta de asistencia requerida les hubiera irrogado; ya que el compromiso del médico y de los centros sanitarios sólo vincularía a éstos frente al asegurador, el único que podría exigirles la asistencia inmediata y el único que -en virtud de la obligación de resultado consistente en la organización y gestión de la infraestructura asistencial- resultaría responsable frente al asegurado por los daños y perjuicios que les causare la falta de asistencia incluida entre los servicios de la póliza sería el asegurador, rechazando así la existencia de una estipulación a favor de tercero en la relación entre asegurados y prestadores de servicios de asistencia sanitaria²⁵⁷.

Este argumento puede resultar coherente desde el plano de la responsabilidad, pero no tanto desde la perspectiva de la obligación. El contrato a favor de tercero faculta a éste para deducir (reclamar) el cumplimiento de una obligación en su propio nombre e interés, lo cual se articula ex art. 1257 II CC como una aceptación por su parte de la obligación a la que el promitente se ha comprometido de antemano con el estipulante. Lo que ocurre es que esa obligación ha sido constituida a su favor por el estipulante, por lo que parece lógico que cualquier reclamación derivada del incumplimiento del promitente se dirija contra aquel que concluyó el contrato en interés de ese tercero y que seguramente se había obligado previamente frente a él para proporcionarle ese servicio a través de profesionales y establecimientos independientes. Así, entiendo que en los seguros de prestación de servicios, el asegurado podrá exigir al tercero (promitente) nombrado por el asegurador (estipulante) que cumpla con la prestación comprometida, si bien tendrá que dirigirse contra el asegurador para reclamar posibles incumplimientos contractuales por parte del prestador del servicio, en tanto en cuanto él no ha concluido ningún contrato directamente con el mismo, sin perjuicio de posibles reclamaciones en concepto de responsabilidad extracontractual o aquiliana por omisión contra el promitente, ex art. 1902 CC, si la falta de asistencia inmotivada produjo daños o perjuicios en el asegurado beneficiario.

Sea como fuere, lo cierto es que en el seguro de asistencia sanitaria profesionales y centros resultan obligados a prestar asistencia a los asegurados en virtud del pacto con la entidad aseguradora, por lo que en la práctica será extraño que un médico, profesional o centro sanitario concertado por el asegurador de asistencia sanitaria se niegue a recibir y atender a un asegurado. Cuestión diferente es que el asegurado pueda exigir una asistencia inmediata, porque ésta dependerá de las circunstancias y condiciones particulares en que cada profesional o centro sanitario desarrolle su actividad; por cierto siempre con independencia y libertad de criterio respecto al

²⁵⁷ Cfr., MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 82, nota 145.

asegurador. Por eso, ni siquiera el asegurador puede exigir una asistencia inmediata al prestador de servicios sanitarios, salvo que se trate -claro está- de un centro que ofrece servicios de urgencias; y para prevenir situaciones de este tipo, el asegurador viene obligado en función de su prestación de organización y gestión de medios a ofrecer alternativas suficientes a los asegurados en forma de un cuadro asistencial amplio formado por profesionales y centros con condiciones similares de formación, conocimientos, experiencia y medios técnicos, derivando en una libertad de elección -aunque limitada al cuadro asistencial- para el asegurado.

Es precisamente la libertad de elección característica del seguro de asistencia sanitaria (y del seguro de asistencia a la dependencia), siempre dentro de un cuadro cerrado de facultativos y centros sanitarios, frente a otros seguros asistenciales donde el asegurador nombra directamente al prestador del servicio o bien ofrece una reducida alternativa al asegurado, la que para parte de la doctrina determina en todo caso la existencia de una tercera relación contractual en el esquema operativo de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, la responsabilidad contractual del profesional o centro asistencial frente al asegurado. Si el asegurado elige libremente al médico, profesional sanitario o establecimiento de entre los que le ofrece el asegurador en su cuadro asistencial, en el momento en que éstos le reciban en su consulta particular o en el establecimiento o centro sanitario se estaría concluyendo tácitamente un contrato de arrendamiento de servicios que se suma al contrato de seguro de asistencia sanitaria y al contrato de servicios a favor de tercero. De esta forma, tras la asistencia sanitaria ofrecida por un asegurador mediante profesionales y centros ajenos a su infraestructura empresarial existe un *entramado de contratos coligados, conexos o interdependientes que dan lugar a una relación negocial triangular asegurador-médico-asegurado*²⁵⁸.

Por un lado el contrato de seguro de asistencia sanitaria entre la entidad aseguradora y el asegurado, por medio del cual la entidad, a cambio de una prima, se compromete a ofrecer cobertura asistencial sanitaria al asegurado en régimen de libre elección; por otro lado el contrato de colaboración entre la entidad aseguradora y los centros y profesionales sanitarios, por el que éstos se comprometen a prestar servicios sanitarios a los asegurados de la entidad cuando éstos se lo soliciten acudiendo a sus consultas y establecimientos, asumiendo el asegurador el pago de los servicios efectivamente prestados normalmente en régimen de pago por acto médico²⁵⁹; finalmente, un contrato

²⁵⁸ Cfr. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 78-79. Vid. también, De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pgs. 149-150. Sintéticamente, vid. VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 844-845.

²⁵⁹ Señala la SAP Baleares de 5 de julio de 2006, que “*el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios (...), estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica o funcional*”.

de prestación de servicios médicos, diagnósticos u hospitalarios entre el profesional o el centro sanitario y el asegurado que requiere sus servicios, con la particularidad de que tales servicios serán abonados por la entidad aseguradora²⁶⁰.

Aunque se trate de contratos jurídicamente independientes, realmente se encuentran coligados funcional o causalmente²⁶¹, ya que persiguen una finalidad económica unitaria: la prestación de servicios sanitarios a los asegurados, haciéndose cargo el asegurador del coste de los mismos. El contrato de seguro de asistencia sanitaria actúa como causa de los otros dos contratos: el contrato de servicios a favor de terceros, por el que profesionales

Sin embargo, MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 79, nota 134, se refieren a la calificación jurisprudencial del contrato de colaboración como un contrato atípico, consensual, bilateral y oneroso, diferente del arrendamiento de servicios y con una gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico (cfr., SSTs de 25 de octubre de 1999 y 13 de abril de 2004).

Para estos autores resulta más apropiada la calificación de esta relación entre asegurador y prestadores de servicios sanitarios como contrato de colaboración, ya que ambos cooperan de manera continuada y estable con sus respectivas actividades, obligándose los centros y profesionales sanitarios a atender y prestar los servicios sanitarios que necesite el asegurado sin coste alguno para éste siempre que estén incluidos en la cobertura de la póliza, y el asegurador a abonar al profesional o centro correspondiente la remuneración convenida, sea por acto médico o -lo que actualmente resulta poco frecuente- por pago capitativo. La diferencia con el contrato de arrendamiento de servicios reside en que los centros y profesionales sanitarios no prestarían un servicio al asegurador, sino que ambos colaboran en el ejercicio de actividades interrelacionadas que ponen a disposición de terceros, en este caso, los asegurados de asistencia sanitaria.

A mi juicio, sin embargo, el denominado contrato de colaboración no es más que un contrato duradero o continuado de prestación de servicios a favor de terceros, por el que los profesionales y centros sanitarios se comprometen a prestar asistencia sanitaria a los asegurados que acuden a sus consultas o establecimientos, siempre que tales servicios estén incluidos en la cobertura de la póliza, y el asegurador se obliga a abonar esos servicios por acto médico o profesional salvo que se pacte un pago capitativo o por grupo de asegurados. Cuestión muy diferente, como veremos en su momento, es que a raíz de ese contrato de servicios o de colaboración se pueda deducir una situación de dependencia, siquiera indirecta, económica o funcional, de los médicos y facultativos respecto a la entidad aseguradora, tal y como viene haciendo la Jurisprudencia en los últimos años para concluir en la responsabilidad de la aseguradora por los daños derivados de una mala praxis médico-asistencial (cfr., STS de 4 de junio de 2009 ó de 16 de enero de 2012; vid. infra. III.5.1 y IV).

²⁶⁰ Sin embargo no habrá relación contractual alguna entre el asegurado y los médicos y personal sanitario que presten sus servicios en una clínica, centro de diagnóstico, hospital o cualquier centro sanitario en general. Es el centro sanitario el que contrata con el asegurado la prestación de uno o varios servicios sanitarios, la cual tiene lugar a través del personal que trabaja para ese centro, actuando así frente al asegurado a modo de auxiliar del prestador contractual del servicio, quien responderá de todos los daños y perjuicios que pudieran derivarse de una asistencia tardía o defectuosa por una mala praxis médica, así como por un incorrecto funcionamiento de las instalaciones y aparatos empleados por su personal sanitario.

²⁶¹ Vid. Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994, pgs. 280 y ss.

y centros sanitarios se comprometen a prestar servicios sanitarios a los asegurados tiene su causa en el contrato de seguro, y el contrato de arrendamiento de servicios entre cada profesional o centro sanitario y el asegurado tiene su razón de ser o causa asimismo en el contrato de seguro. De suerte que, cada contrato, considerado individualmente, no tiene sentido sin los demás, desplegando una eficacia refleja sobre los demás²⁶². De esta forma, “se explica por qué el médico incluido en el cuadro médico está obligado a prestar sus servicios al asegurado que le elija (esto es a contratar con él), sin que sin embargo aquél pueda reclamarle sus honorarios, ni principal ni subsidiariamente”; cada facultativo y cada centro sanitario “facturará directamente a la aseguradora de acuerdo con la tabla de honorarios que haya convenido con aquélla”²⁶³.

Ahora bien, entiendo que este esquema o entramado contractual trilateral sólo se producirá cuando el asegurado elija libremente al facultativo o centro donde quiere recibir la asistencia en cada caso concreto. No se dará el contrato entre el asegurado y el facultativo o centro clínico hospitalario si éste es elegido o impuesto por la entidad aseguradora. Por ejemplo, si ante una situación delicada, la aseguradora nombra un médico concreto para que realice un tratamiento o una intervención quirúrgica; o si, en caso de desplazamiento del asegurado fuera de su domicilio habitual o en caso de necesitar atención urgente, el asegurador -mediante atención telefónica- remite al asegurado a un centro hospitalario específico o le envía un médico al lugar donde se encuentre en ese momento.

Estas circunstancias tienen consecuencias en materia de responsabilidad, pues parece que si el asegurador impone al prestador de servicios responderá solidariamente de los daños derivados de posibles errores o negligencias, aunque el asegurado podrá dirigirse también contra el médico, profesional o centro sanitario por la vía de la responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC. Mientras que si el asegurado puede elegir libremente al profesional o centro sanitario, parece que éste resultará responsable *ex contractus* (art. 1101 y ss. CC) por cualquier daño que pudiera derivarse de errores o negligencias en la prestación del servicio; más complicado es determinar si también resultará responsable de esos daños el asegurador de asistencia sanitaria²⁶⁴.

²⁶² Se trata de una estructura contractual similar a la de los contratos vinculados de crédito al consumo, a los contratos coligados en los viajes combinados y a las relaciones contractuales que subyacen al pago con tarjeta de débito y crédito. Sobre la eficacia refleja de los contratos, vid. Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pgs. 401 y ss.

²⁶³ Vid., ampliamente MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 81-82.

²⁶⁴ Vid. infra III.3.

2.4.2.2. Prestación material de servicios sanitarios por facultativos y centros incluidos en el cuadro asistencial del asegurador

El asegurador de asistencia sanitaria organiza, gestiona y pone a disposición de sus asegurados los medios personales y materiales para la prestación de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, aunque también puede prestar esos servicios a través de centros de su titularidad y profesionales sanitarios vinculados laboralmente o mediante contratos de servicios o de obra. No obstante, lo habitual es que subcontrate esos servicios sanitarios con centros y profesionales independientes.

Sea cual fuera la forma en que se organiza la prestación de servicios sanitarios a los asegurados por el asegurador de asistencia sanitaria y la interpretación que se haga del entramado contractual que subyace a la estructura de este seguro, lo cierto es que la obligación final de prestar materialmente los servicios de asistencia sanitaria, aunque sea ofrecida por el asegurador de asistencia sanitaria, incumbe realmente a los facultativos y centros que prestan los servicios médicos, diagnósticos, clínicos y hospitalarios (los cuales, hemos dicho, pueden estar integrados en su infraestructura empresarial). Por eso conviene recordar a continuación sintéticamente cuál es la naturaleza y alcance de la obligación propia de los médicos y profesionales de la medicina o de la asistencia sanitaria en general, así como la de los centros sanitarios.

A) La prestación material de servicios sanitarios como obligación de medios. Consecuencias del incumplimiento

Los médicos y profesionales sanitarios en general asumen obligaciones de actividad, que deben realizar con criterios de diligencia y prudencia profesional. Se trata en principio de una obligación de medios (salvo en casos muy concretos de medicina voluntaria o satisfactiva donde se espera una prestación de servicios médicos con un resultado concreto siquiera aproximado), ya que - como apunta la mejor doctrina- en su actividad se halla siempre presente un elemento aleatorio, por cuanto el resultado perseguido no depende exclusivamente de su proceder sino también de otros factores ajenos a su actuación y que escapan a su control; de modo que el médico y los profesionales de la salud no pueden garantizar la curación del enfermo, limitándose su obligación al empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso concreto²⁶⁵. Así, la obligación de facultativos y profesionales de la medicina consiste en la prestación de asistencia sanitaria conforme a las reglas propias del oficio en cada caso concreto (*lex artis ad hoc*). Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no vaya acompañada de la curación del enfermo, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación, de las

²⁶⁵ Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pg. 65.

circunstancias concretas de personas, tiempo y lugar, y al estado actual de la ciencia²⁶⁶.

La prestación de servicios sanitarios debe apreciarse en términos de cumplimiento de la diligencia exigible en cada caso concreto de acuerdo con las reglas propias de la profesión. Entonces, las obligaciones de medios, y muy en particular la obligación de los profesionales de la asistencia sanitaria, sólo derivan en responsabilidad si se prueba la culpa o negligencia en su actuación. (Por eso se habla también de obligaciones de diligencia.) En estas obligaciones la infracción de la diligencia profesional equivale a incumplimiento, lo que explica el habitual solapamiento en este campo entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual, que suele desembocar en la denominada unidad de culpa civil²⁶⁷.

La obligación de medios sólo existe si media contrato entre el médico y el paciente, por lo que no es correcto hablar de obligaciones de medios en el terreno de la responsabilidad extracontractual²⁶⁸. Entonces, dado que no es pacífica la existencia de una tercera relación contractual entre facultativo o centro sanitario y paciente (complementaria del contrato de seguro y del contrato de servicios a favor de tercero), el caso es que el asegurado podrá dirigirse en todo caso contra el médico, profesional o centro sanitario que le cause daños como consecuencia de una mala praxis profesional, sea por error o sea por negligencia, bien reclamando responsabilidad civil extracontractual (si no se reconoce la existencia de un contrato) o bien a través de la responsabilidad contractual (si se reconoce que existe tal contrato con el paciente).

No hay contrato de servicios ni, por tanto, obligación de medios ni responsabilidad contractual entre un paciente y el médico o profesional clínico que presta sus servicios en una clínica u hospital; en este caso, el paciente contrata con la clínica, que será responsable contractualmente frente a él por la actuación de sus auxiliares: el personal que presta los servicios sanitarios dentro del establecimiento, sea por la vía del incumplimiento contractual (art. 1101 CC), sea por la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno (art. 1903 CC), o sea combinando ambos criterios²⁶⁹. Aunque el perjudicado también podrá dirigirse directamente contra los profesionales que le atendieron

²⁶⁶ Cfr. SSTS, Sala Primera, de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668), de 26 de julio de 2006 (RJ 2006/5554), de 24 de enero de 2007 (RJ 2007/977) o de 18 de mayo de 2012, entre otras muchas.

²⁶⁷ Vid. por todos, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., cit., pgs. 41 y ss.; y Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., T. II, Thomson-Aranzadi, 2008, pg. 731 y ss.

²⁶⁸ Cfr., SSTS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8690) y de 13 de abril de 1999 (RJ 1999/2583).

²⁶⁹ STS de 30 de marzo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100228).

por la vía extracontractual (art. 1902 CC). Tampoco habrá contrato cuando un asegurado de asistencia sanitaria es atendido por un médico o profesional o por un centro clínico u hospitalario nombrado directamente por el asegurador para el acto médico concreto, resultando responsable de los resultados de la asistencia el asegurador, aunque el asegurado podrá ejercitar también las acciones de responsabilidad extracontractual pertinentes. Sin embargo, los parámetros para medir la diligencia de los profesionales sanitarios y en el extracontractual no son distintos; ocurre simplemente que *“lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente -cuyo contenido se integra por la diligencia- en el extracontractual es simplemente negligencia. Por eso, cualquier detalle del contenido de la obligación de medios que se realice es para el profesional no vinculado contractualmente simplemente diligencia”*²⁷⁰.

Si entre médico y paciente se celebra un contrato de arrendamiento de servicios, nace una obligación de medios en forma de despliegue de una conducta diligente de acuerdo con los conocimientos propios de la profesión y el estado de la ciencia (*lex artis*). Sin embargo, como antes se apuntó, hay casos en que el médico asume obligaciones encaminadas a conseguir un resultado concreto (cirugía estética, ortodoncia, determinación del grupo sanguíneo, técnicas de reproducción y de esterilización, etc.), lo que ha llevado a distinguir entre medicina curativa o terapéutica y medicina voluntaria o de satisfacción. En estos casos la obligación del médico se aproxima a las obligaciones de resultado, pero sin abandonar su carácter básico o primario de obligación de medios. Se dice, en concreto, que en la medicina voluntaria la obligación del médico puede calificarse como obligación de medios acentuada, por cuanto si bien no cabe garantizar el resultado por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una cierta o relativa garantía en la obtención de un resultado si no cierto, sí al menos aproximado²⁷¹. Por lo tanto, no estando en rigor ante obligaciones de resultado, que producen la responsabilidad del deudor por el simple hecho de no conseguir el resultado previsto pactado de antemano, la responsabilidad por una mala praxis de actos de medicina voluntaria o satisfactiva seguirá rigiéndose por el criterio de la culpa o negligencia profesional, ya que, como señala la Jurisprudencia del Alto Tribunal, está reconociendo científicamente que la seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual²⁷²; de manera que las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las

²⁷⁰ ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., cit., pg. 736.

²⁷¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., cit., pgs. 76 y ss. En la Jurisprudencia, vid., SSTS de 25 de abril de 1994, 13 de abril de 1999, 11 de diciembre de 2001 ó 15 de noviembre de 2004.

²⁷² SSTS de 12 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2009.

circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias²⁷³.

El criterio básico de actuación profesional diligente y la consecuente responsabilidad por culpa en la prestación de servicios sanitarios debe aplicarse también, en principio, a las actividades realizadas por clínicas, centros de diagnóstico o centros hospitalarios, pues dicha actividad no deja de ser desarrollada por profesionales de la medicina o de la asistencia sanitaria en general, aplicándose, como antes se dijo la responsabilidad contractual por la actuación de los auxiliares (art. 1101 CC) o la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos (art. 1903 CC). Sin embargo, en este campo ha venido a interferir la responsabilidad objetiva aplicable a los servicios sanitarios, prevista en el art. 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, derogado y sustituido por el actual art. 148 II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007.

El art. 148 TRLGDCU 2007 establece una responsabilidad *a priori* objetiva por los daños originados en la prestación de servicios, cuando por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, incluyendo su apartado segundo entre estos servicios, con carácter específico, a “los servicios sanitarios”. Y digo, *a priori* objetiva, porque, realmente, como señala la doctrina, esta supuesta responsabilidad objetiva no es puramente objetiva, ya que no acaba de desprenderse de la culpa o negligencia, y, de hecho, nunca ha sido utilizada por el Tribunal Supremo para atribuir responsabilidad sin realizar algún tipo de reproche culpabilístico, sino que ha sido empleado como argumento de refuerzo para imputar responsabilidad a prestadores de servicios sanitarios previa constatación de una conducta culposa²⁷⁴. Realmente, estamos más bien ante un supuesto de responsabilidad por riesgo, debido a la naturaleza de los servicios prestados y a la importancia de los bienes en juego, que no exime de esfuerzo probatorio al demandante, ya que la inversión de la carga de la prueba ha desaparecido con la LEC 2000 salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC), aunque puede llegarse a un resultado similar en

²⁷³ SSTS de 23 de octubre de 2008 y 20 de noviembre de 2009.

²⁷⁴ ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., cit., pgs. 792 y ss. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., cit., pgs. 226 y ss., con cita de abundante Jurisprudencia, entre las que destaca las SSTS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997/5471) y de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552).

Apunta también José Antonio SEIJÁS QUINTANA, *Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?*, en Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 29, 2009, pgs. 9 y ss., que la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto, pero en los casos de medicina satisfactiva se acrecienta el deber de información médica de los riesgos previsible, con independencia de su probabilidad (...), pues a través de la información es posible prometer o comprometer un resultado satisfactorio o lo que es igual, asegurar o garantizar el interés final perseguido por el paciente.

casos de daños desproporcionados en virtud de la necesidad de dar una explicación que recaerá sobre el que causa un daño no previsto ni explicable²⁷⁵.

Salvo en casos aislados²⁷⁶, la responsabilidad objetiva no se aplica a los médicos y profesionales de la sanidad, pero se ha convertido en un criterio de imputación habitual para los establecimientos y entidades sanitarias, llegando a aplicarse incluso con relativa frecuencia a las entidades de seguros de asistencia sanitaria, para reforzar la responsabilidad solidaria de éstas por actuaciones culpabilísticas de los profesionales y centros sanitarios incluidos en su cuadro médico²⁷⁷. La doctrina del Alto Tribunal establece que la responsabilidad establecida en el art. 28 LGDCU (ahora 148 TRLGDCU), no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, resultando aplicable únicamente en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha²⁷⁸. En palabras del propio Tribunal, la aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios, “*debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos*”²⁷⁹, pues, de lo contrario acabaría “*midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención*”²⁸⁰. La doctrina considera asimismo que si la responsabilidad se imputara sin culpa, lo más apropiado sería entender que sólo debe atribuirse responsabilidad por este concepto a quien asuma un riesgo empresarial en la prestación de servicios sanitarios, pero no a quien presta esos servicios sanitarios de modo dependiente (auxiliares en el cumplimiento o prestación de servicios sanitarios)²⁸¹.

Por lo demás, se apunta con acierto que la imputación de la responsabilidad “objetiva” del art. 148 TRLGDCU no se puede realizar de forma automática,

²⁷⁵ STS de 20 de noviembre de 2009.

²⁷⁶ Cfr., SSTS de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10404) y 31 de enero de 2003 (RJ 1993/646).

²⁷⁷ Vid. infra III.3.

²⁷⁸ SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001/541), 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238), 5 de enero de 2007, 26 de abril de 2007 (RJ 2007/3176), 4 de junio de 2009 (RJ 2009/3380) ó 20 de noviembre de 2009.

²⁷⁹ STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552), STS de 20 de julio de 2009, y STS de 24 de mayo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100321), que imputa responsabilidad cuasi-objetiva por el fracaso en el sistema organizativo de guardias.

²⁸⁰ STS de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8427).

²⁸¹ ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., cit., pg. 801.

sino sólo cuando el servicio sanitario causante de daños se haya prestado de forma anómala y siempre que esos servicios incluyan una garantía de pureza, eficacia y seguridad, de modo que sea el incumplimiento de esos niveles lo que determine la responsabilidad. El demandado deberá probar, para exonerar su responsabilidad, que ha cumplido con los niveles de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación propios del servicio sanitario en cuestión, y que ha seguido los controles técnicos, profesionales y sistemáticos de calidad²⁸². Con lo cual, no todo servicio sanitario quedará sometido al régimen de responsabilidad objetiva, sino que será aplicable únicamente a los centros sanitarios (nunca a los médicos y profesionales individualmente considerados) “cuando presten el tipo de servicios sanitarios que, por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria, deban cumplir los requeridos niveles de pureza, eficacia o seguridad, bajo controles técnicos y profesionales”; y la aplicación de responsabilidad no puede ser automática, sino “sólo en la medida en que el servicio causante del daño se haya prestado de forma anómala, sin que sea relevante la diligencia que se haya podido desplegar para prevenir o evitar el daño”²⁸³.

B) El principio de no intervención de la entidad aseguradora en los criterios y decisiones médicas de los profesionales y centros sanitarios de su cuadro asistencial

A diferencia del modelo estadounidense del “*Managed Health Care*”²⁸⁴, en el modelo tradicional de asistencia sanitaria que se desarrolla en España, la entidad aseguradora no interviene en la praxis profesional de los centros y facultativos de su cuadro médico, salvo -en algunos casos- que se trate de centros y profesionales incluidos en su estructura empresarial (asumiendo así la doble condición de aseguradora y prestadora de servicios sanitarios). Esta circunstancia viene motivada por el principio de libre elección en cuadro cerrado que caracteriza este modelo de seguro de salud en nuestro país y que se aplica tanto a la medicina básica, general o de cabecera, como a las especialidades médicas, a los centros de diagnóstico, a los hospitales y clínicas y a los servicios de urgencias²⁸⁵.

²⁸² Vid. C. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pgs. 206-207. Vid. también, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., cit., pg. 227.

²⁸³ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 71.

²⁸⁴ Vid. Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales...*, cit., pgs. 807 y ss. Vid. supra I.4.6.

²⁸⁵ Póliza “Sanitas Multi 2010”: “Los Asegurados podrán acudir libremente a las consultas de los facultativos especialistas que forman parte del cuadro médico de la Entidad. Además, el Asegurador podrá asignar al Asegurado el médico general o de familia y, en su caso, pediatra o puericultor, de entre los que figuran en el Cuadro Médico de la Entidad, a fin de adscribirle a sus servicios como médico de cabecera”.

Las entidades no interfieren, en principio, en el criterio y decisiones médicas. Únicamente establecen un control *a priori*, en forma de autorización de la compañía, para determinadas pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos, previamente indicados por un facultativo del cuadro médico (que, en ocasiones, deberá aportar un informe justificativo de la necesidad de esas pruebas) y siempre y cuando se lleven a cabo en clínicas y hospitales concertados con el asegurador o que sean de su titularidad. Generalmente, las compañías admiten en sus Pólizas que el asegurador otorgará la autorización y, por tanto, facilitará la prestación de esas pruebas, tratamientos, intervenciones y hospitalizaciones, a no ser que no se incluyan en la cobertura asistencial de la Póliza; de modo que esas autorizaciones, no suponen realmente un control sobre el criterio y actuación de los médicos, sino únicamente un control de la cobertura asistencial en cada caso concreto²⁸⁶. En algunos casos el control se lleva a cabo para evitar que los facultativos prescriban tratamientos o pruebas de diagnóstico avanzadas o de última generación, a modo experimental, o para situaciones que la patología del asegurado no exige. No obstante, en estos casos, cabe preguntarse si el asegurador no pretende realmente evitar costes que considera innecesarios, y si esto podría suponer una interferencia en el criterio médico. Por lo demás, los asegurados también podrán elegir libremente la clínica o centro de diagnóstico que les realice las pruebas o los tratamientos prescritos por los facultativos, siempre dentro del cuadro asistencial del asegurador, el cual, no obstante, podrá en ocasiones obligar al asegurado a acudir a centros concretos si la patología exige centros especializados.

Además, como hemos visto en el epígrafe anterior, se admite por la Jurisprudencia y se reconoce así en las pólizas, el derecho de los asegurados a ser atendidos por profesionales y centros hospitalarios no incluidos en el cuadro médico en casos de urgencia vital; aunque en ocasiones se exige la notificación de esa asistencia en un plazo breve posterior a la misma y la

²⁸⁶ Póliza “Sanitas Multi 2010”: *“Con carácter general, será necesaria la previa autorización expresa del Asegurador para intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones, médicos consultores y determinados métodos terapéuticos y pruebas diagnósticas, previa prescripción escrita de los facultativos de la Entidad. El asegurador otorgará esta autorización, salvo que entendiéndose que se trata de una prestación no cubierta por la Póliza. Dicha autorización vinculará económicamente al Asegurador”.*

Es significativa en este sentido la previsión contenida en el capítulo 4.7 del Anexo de la Resolución de 15 de diciembre de 2009, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publican los conciertos suscritos por la misma para la prestación de asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2010 y 2011, según la cual: *“...la Entidad podrá exigir los requisitos adicionales que procedan, tales como prescripción médica o autorización previa de la Entidad (...) La solicitud de autorización de un determinado medio diagnóstico o terapéutico deriva de la necesidad de ordenar y canalizar las prestaciones por parte de la Entidad, para facilitar el servicio y evitar demorar, pero nunca puede suponer una restricción al acceso a las prestaciones reconocidas en la Cartera de Servicios. En ningún caso se denegará una solicitud de un medio de diagnóstico o terapéutico incluido en la Cartera de Servicios establecida en este Concierto, indicado por un facultativo de la Entidad y, en el caso de que se trate de un proceso para que la Comisión de Prestaciones haya aprobado un protocolo, que la indicación se ajuste al mismo”.*

confirmación de la entidad²⁸⁷. Asimismo, las Pólizas suelen contener cláusulas en las que se comprometen a remitir o trasladar al asegurado a centros hospitalarios públicos para su tratamiento médico u hospitalización, cuando necesidades asistenciales de carácter excepcional así lo requieran.

El caso es que la entidad aseguradora permite al asegurado elegir libremente entre los centros y profesionales incluidos en el cuadro médico, salvo que la oferta personal y material sea tan escasa cuantitativamente o tan dispar cualitativamente que el asegurado carezca de una libertad de elección real, o que para determinadas pruebas, intervenciones o tratamientos especializados el asegurador imponga un determinado centro o facultativo. Asimismo, por lo general y salvo prueba en contrario en casos concretos, el asegurador no se inmiscuye, no interviene en la ejecución material de los servicios sanitarios que oferta a sus asegurados, como tampoco interfiere en la decisión médica de centros y facultativos; no predetermina ni supervisa su actuación, ni tampoco -salvo que se pruebe otra cosa- establece directrices o mecanismos que directa o indirectamente influyan sobre la actividad de médicos, clínicas y hospitales integrados en su cuadro asistencial²⁸⁸, salvo, quizás, en los centros y profesionales integrados en su estructura empresarial o en los centros y profesionales que designa específicamente para un determinado acto médico.

No existe, por tanto, una gestión centralizada de la prestación material de servicios sanitarios, a diferencia de lo que ocurre en el modelo estadounidense del “*Managed Health Care*”, donde las denominadas “*Health Maintenance Organizations*” (HMO) o “*Maintenance Care Organizations*” (MCO) actúan como organizaciones aseguradoras que intervienen activamente en la selección, control y supervisión de los centros y profesionales sanitarios, actuando como central de coordinación de la prestación de servicios sanitarios que pretende combinar una atención eficiente al asegurado y una racionalización de los costes asistenciales, lo que supone una injerencia o intervención más o menos intensa en el quehacer de los centros y facultativos²⁸⁹.

²⁸⁷ Póliza “Sanitas Multi 2010”: “*En los casos de urgencia vital será suficiente, a estos efectos, la orden del médico del Asegurador, debiendo el Asegurado notificar el hecho a la Entidad y obtener su confirmación dentro de las 72 horas siguientes al ingreso en la institución hospitalaria o a la prestación del servicio asistencial. En estos supuestos de urgencia, el Asegurador quedará vinculado económicamente hasta el momento en que manifieste sus reparos a la orden del médico, en el caso de entender que la póliza no cubre el acto médico o la hospitalización*”.

²⁸⁸ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 23-24.

²⁸⁹ Sobre el “*Managed Health Care*” se puede consultar, como obra de referencia, Peter R. KONGSTVEDT, *Essentials of Managed Health Care*, 5ª ed., Jones & Bartlett, Sudbury, 2007. Puede encontrarse una explicación básica de este modelo, señalando las diferencias con el modelo español del seguro de asistencia sanitaria en MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 24-30.

En fin, sea como fuere, una vez analizada la estructura íntima del seguro de asistencia sanitaria desde la perspectiva contractual y examinada con detalle la naturaleza, el contenido y el alcance de la prestación de cobertura asistencial asumida por el asegurador, interesa abordar con detalle a continuación si los incumplimientos o cumplimientos defectuosos de la obligación de prestar asistencia sanitaria, comprometida por centros y profesionales con el asegurador a través del contrato concertado entre ambos para prestar servicios a los asegurados, deben ser asumidos exclusivamente por estos centros y profesionales o si se hacen extensivos también a las entidades aseguradoras que organizan y gestionan la infraestructura asistencial, resultando éstas responsables civilmente frente a los asegurados.

CAPÍTULO TERCERO

INCUMPLIMIENTO, CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA

El estudio sobre la naturaleza de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, completado con el análisis del contenido y alcance de las obligaciones asumidas en función de esa prestación, culmina -para cerrar el círculo- con las cuestiones relativas al incumplimiento y la responsabilidad del asegurador, entre las que se incluye la materia más compleja y polémica relacionada con el seguro de asistencia sanitaria: la responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria por los errores y negligencias médicas de su cuadro médico-asistencial.

La compleja estructura de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria no supone una variación en la consideración de la prestación general de garantía o seguridad como una obligación de resultado.

Desde la perspectiva general de los seguros asistenciales o de prestación de servicios, dado que las prestaciones intermedia o instrumental -de organización de medios técnicos y humanos- y final o material -ejecución o prestación efectiva de los servicios- tienen un carácter accesorio o secundario respecto a la prestación general o abstracta de seguridad o garantía frente a una eventual situación de necesidad, la doctrina científica afirma que la entidad aseguradora asume en todo caso una obligación de resultado, consistente en el ofrecimiento -también psicológico- de seguridad o garantía, que se hace extensiva a las obligaciones derivadas de las prestaciones accesorias; y ello aunque la prestación material concreta consista en una obligación de hacer o prestar un servicio, ya que esta obligación tiene en todo caso un carácter instrumental para, en el caso concreto de que se verifique el evento fortuito, procurar la obtención por el asegurado del resultado de seguridad que perseguía al celebrar el contrato de seguro²⁹⁰.

²⁹⁰ Para SCALFI, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, cit., pg. 14, la configuración de la prestación general de garantía del asegurador como una obligación de resultado no choca con el contenido de la prestación concreta o material -caso de producirse el siniestro- como una obligación de hacer mediante la prestación de un servicio. Vid. también, DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., pgs. 147 y 149, quien apunta que la prestación *in natura* (servicios) constituye sólo una actividad instrumental para alcanzar el resultado de certeza o seguridad perseguido *ab initio* por el asegurado.

De acuerdo con este esquema, además de garantizar el acceso inmediato o dentro de un lapso temporal razonablemente breve a un elenco plural, diverso, equilibrado y de calidad de profesionales y centros sanitarios, el asegurador de asistencia sanitaria debería también garantizar el resultado final querido por el asegurado. En consecuencia, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones organizativas y asistenciales inherentes a la prestación general de cobertura sanitaria propia del seguro de asistencia sanitaria, con niveles razonables de amplitud y calidad, podría derivar en responsabilidad del asegurador por incumplimiento de la obligación de resultado.

Pero la cuestión clave está en delimitar si ese resultado, esa cobertura querida por el asegurado, consiste en la seguridad o garantía de disponer de acceso inmediato o en un plazo razonable a unos servicios de asistencia sanitaria lo suficientemente amplios, diversos y equilibrados para el tratamiento de la enfermedad en régimen de libre elección; o si el resultado garantizado por el asegurador y perseguido por el asegurado se extiende al disfrute de servicios idóneos, plurales y de calidad, incluyendo la correcta ejecución de los mismos, resultando responsable de los daños y perjuicios que -en su caso- pudiera sufrir el asegurado como consecuencia de servicios médicos, clínicos y hospitalarios defectuosos por parte de los facultativos y centros -propios y ajenos- integrados en el cuadro asistencial del asegurador; aceptando la premisa de que el daño provocado por la actuación culposa o negligente del facultativo o centro hospitalario integrado en el cuadro médico del asegurador supone un incumplimiento contractual del asegurador al verse defraudadas las expectativas legítimas (de idoneidad y calidad del servicio, de correcta prestación del mismo etc.) del asegurado cuando contrató ese seguro.

En primer lugar se tratarán los aspectos relativos al incumplimiento de la garantía de acceso a los servicios sanitarios comprometidos en la póliza y la consiguiente responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por esos incumplimientos. A continuación se abordará la problemática relativa a la existencia o no de una cobertura de garantía por parte del asegurador que incluya también los daños y perjuicios derivados de cumplimientos defectuosos de la prestación asistencial por los médicos y centros sanitarios incluidos en su cuadro asistencial, prestando especial atención -por resultar la cuestión práctica más relevante y la más compleja y debatida en el panorama jurídico del seguro y de la responsabilidad civil sanitaria- a la responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria por errores y negligencias cometidos por profesionales y establecimientos sanitarios independientes o ajenos a su estructura empresarial.

3.1. Incumplimiento de la garantía de acceso a los servicios sanitarios comprometidos en la póliza. Consideraciones sobre la aplicación del régimen relativo a la mora del asegurador (arts. 18 y 20 LCS)

La prestación general de seguridad o garantía se concreta, de forma inmediata tras la celebración del contrato, en una prestación intermedia de

implementación de los medios personales y materiales necesarios para hacer posible la asistencia en caso de que llegara a ser necesaria si se verifica una enfermedad en el asegurado. El riesgo se concreta en la situación de necesidad creada por la enfermedad y la prestación específica o final comprometida por el asegurador consiste en la prestación de una ayuda inmediata en forma de servicios sanitarios. Por lo tanto, en primer lugar el asegurador debe organizar los servicios sanitarios suficientes para permitir el acceso y disfrute inmediato a los mismos a los asegurados si llegare a verificarse el siniestro (la situación de necesidad producida por la enfermedad, incluyendo lesiones y accidentes).

La estructura asistencial, se ha dicho antes²⁹¹, debe estar dotada de medios personales y materiales -propios o ajenos- razonablemente amplios y diversos para ofrecer una cobertura suficiente que permita a los asegurados elegir libremente facultativos y centros, además de equilibrados en grado de preparación y experiencia y adaptados al nivel de la ciencia y de la técnica, todo ello con la finalidad de ofrecer una cobertura asistencial que sirva para garantizar *a priori* una atención adecuada y una correcta ejecución de los servicios requeridos por el asegurado. Para ello el asegurador debe elegir cuidadosamente a los profesionales y centros asistenciales que van a formar parte de su cuadro sanitario, velando porque cumplan con todos los requisitos profesionales necesarios para el ejercicio de la actividad sanitaria y que cuenten además con los medios técnicos imprescindibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica actuales. Además deberá establecer controles para vigilar si se produce un tratamiento adecuado a los asegurados y para expulsar del cuadro asistencial a los profesionales y centros que hayan incurrido en negligencias reiteradamente en perjuicio de sus pacientes, sean asegurados o no, o de aquellos que no renueven de manera razonable sus instrumentos técnicos de acuerdo con la evolución de la ciencia y de la técnica.

En consecuencia, el asegurador incumpliría su obligación de garantizar el acceso a los servicios sanitarios si no es capaz de implementar una infraestructura adecuada para facilitar la asistencia sanitaria a los asegurados para las distintas enfermedades o dolencias incluidas dentro de la cobertura de la póliza. Eso sucederá cuando no disponga de facultativos o profesionales en disciplinas concretas -siempre y cuando no se trate de enfermedades raras o excepcionales- o cuando disponga de un solo profesional o de un número a todas luces inadecuado, en función del número de asegurados que tenga y de la densidad poblacional en cada provincia o ciudad, para ofrecer una atención razonable a la demanda de asistencia de sus asegurados (lo cual dependerá de criterios poblacionales, entre otros factores). Lo mismo sucederá si no ofrece centros de diagnóstico o de tratamientos específicos para determinadas enfermedades -incluidas en la póliza- que puedan requerir centros especializados. También se produce un incumplimiento si el asegurado, una vez constatada la situación de necesidad en forma de enfermedad, no puede tener acceso inmediato o razonablemente breve a los servicios sanitarios que

²⁹¹ II.4.2.1,A).

necesite para el diagnóstico y tratamiento de su dolencia (lo cual normalmente estará relacionado con la falta de profesionales y centros suficientes para atender la demanda de manera razonable), pues el cumplimiento tardío puede restar utilidad al asegurado, el cual podría tener que recurrir a médicos y centros no incluidos en el cuadro asistencial y abonarlos de su propio bolsillo o podría experimentar agravamientos en su estado de salud que podrían haberse evitado si hubiera recibido una asistencia sanitaria adecuada en el momento oportuno. Por último (y aunque no sea habitual), se produce también un incumplimiento si alguno de los profesionales o centros asistenciales incluidos en el cuadro del asegurador se niegan a recibir y atender a un asegurado si no media justificación razonable para ello.

Producido el incumplimiento en la obligación de proveer acceso a los servicios sanitarios necesarios para tratar las enfermedades incluidas en la póliza, aparecen inmediatamente los aspectos jurídicos relativos a las consecuencias de ese incumplimiento o del cumplimiento tardío. Consecuencias que no son otras que la responsabilidad contractual del asegurador de asistencia sanitaria por hecho propio o ajeno (las omisiones de sus auxiliares contractuales), ex arts. 1101 y ss. CC, lo que habilita al asegurado para resolver unilateralmente el contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento o el cumplimiento tardío le hubieren irrogado (art. 1124 CC). El asegurado tiene que demandar necesariamente al asegurador, pues él es su contraparte contractual y el único que puede responder contractualmente como sujeto pasivo del incumplimiento, aunque éste se deba a la conducta de un tercero que actúa como auxiliar contractual. El asegurado no tiene por qué demandar al médico o clínica que se negó a asistirle cuando lo solicitó; esto es, no se da aquí un litisconsorcio pasivo necesario. El asegurado podrá, en su caso, demandar al médico o clínica que se negaron a asistirlo cuando requirió sus servicios por la vía extracontractual (art. 1902 CC), si de esa falta de atención se derivaron daños y perjuicios para él y se dan los presupuestos de la responsabilidad aquiliana; o por la contractual (art. 1101 CC) si se admite la existencia de un contrato autónomo aunque accesorio o complementario entre el médico o centro y el paciente asegurado. En cualquier caso se produciría un concurso de responsabilidades que funcionan autónomamente²⁹².

Naturalmente, en caso de falta de asistencia por no existir profesionales necesarios para tratar su dolencia en el cuadro asistencial o existir en un número insuficiente de manera que provoquen un retraso apreciable en la asistencia (lo cual no será fácil de probar), o incluso en el caso (poco probable) de que un centro o profesional se niegue a recibir y atender al asegurado, éste siempre podrá reclamar al asegurador que le ofrezca alguna alternativa a la mayor brevedad posible, incluso fuera de su lugar de residencia, haciéndose

²⁹² Vid. Manuel JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, pg. 586.

cargo del coste de desplazamiento, alojamiento y manutención^{293 / 294}. Se trataría, entonces, de exigir el cumplimiento, aun de forma tardía, sea por el mismo profesional o centro sanitario que en un principio había elegido el asegurado o bien por un profesional o centro distinto, además, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios. Si el cumplimiento resultara imposible por la falta de profesionales o centros especializados o inapropiado al haberse superado ya la situación de necesidad y no haber recibido la asistencia requerida en ese momento, es decir en casos de incumplimiento definitivo, es posible que el asegurado hubiese tenido que contratar por su cuenta los servicios de un médico u otro profesional sanitario o de cualquier centro de diagnóstico o tratamiento u hospitalización, por lo que podrá reclamar como indemnización los gastos originados por esos servicios. Más complejos son los casos en que la falta de asistencia o el retraso injustificado en la prestación de la misma genere daños irreparables en la salud del asegurado, facultándole para reclamar además de los gastos que pueda generar la posterior asistencia de esa dolencia (incluidos gastos de asistencia permanente en casos de dependencia), los daños morales o extrapatrimoniales derivados de esa falta de asistencia²⁹⁵.

En estas situaciones de cumplimiento tardío o incumplimiento definitivo de la prestación de cobertura asistencial, es preciso plantearse si son aplicables a las reclamaciones de los asegurados por falta de cumplimiento o cumplimiento tardío las reglas sobre la mora del asegurador, ex art. 20 LCS.

El art. 20 LCS se aplica en relación directa con el art. 18 LCS, que establece las reglas sobre el cumplimiento de la obligación del asegurador. Ambos fueron

²⁹³ De hecho la mayoría de pólizas de asistencia sanitaria contemplan la posibilidad de que el asegurado reclame al asegurador la prestación de servicios sanitarios en otros territorios si no existe la especialidad requerida en su propio lugar de residencia, haciéndose cargo el asegurador de los gastos de desplazamiento y manutención.

²⁹⁴ De admitirse la existencia de un contrato de servicios a favor de tercero entre el asegurador y el profesional o centro sanitario, el tercero beneficiario podría reclamar directamente al obligado o promitente, aunque también podrá reclamar al estipulante al verse frustrada la prestación de seguridad propia del contrato de seguro y, éste, al ver frustrado su propio interés podrá exigir el cumplimiento al promitente. Ya no resulta tan claro si, de acuerdo con esta construcción del pacto a favor de tercero, el asegurado podría dirigirse contra el promitente para reclamar daños y perjuicios derivados de su incumplimiento. Dado que entre ellos no hay relación obligatoria, es posible que sólo pudiera exigir el cumplimiento, pero no la responsabilidad contractual, aunque siempre podría recurrir a la responsabilidad extracontractual por omisión (art. 1902 CC). Lo normal, no obstante, será que el asegurado se dirija contra el asegurador para reclamar los daños que le hubiera causado la falta de asistencia del profesional o centro sanitario que no quiso atenderle sin alegar causa justificada. Sobre el contrato de prestación de servicios a terceros como explicación de la relación contractual estable entre asegurador de asistencia sanitaria y prestadores de servicios sanitarios, vid. supra II.4.2.1,B).

²⁹⁵ Sobre la siempre compleja valoración de los daños morales, en este caso en concepto de responsabilidad solidaria de una compañía aseguradora por mala praxis médica de un anestesista de su cuadro médico, vid. STS de 30 de noviembre de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100900).

redactados pensando exclusiva o fundamentalmente en los seguros contra daños en las cosas o en el patrimonio, por lo que su aplicación a los seguros de prestación de servicios, y en particular al seguro de asistencia sanitaria, resulta forzada y sólo puede admitirse forzando al máximo la interpretación de los términos legales o admitiendo la tesis del seguro de asistencia sanitaria como seguro de indemnización de daños sobre el patrimonio como consecuencia de la enfermedad.

Según el art. 18 I LCS, el asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier caso, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días siguientes a la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. El art. 18 II LCS prevé la posibilidad de realizar prestaciones de hacer, en forma de reparación o reposición, como sustitución del pago de la indemnización, si la naturaleza del seguro lo permite y lo consiente el asegurado. Pues bien, obviamente, la regla especial del art. 18 I LCS sobre pago del importe indemnizatorio mínimo no resulta aplicable a los seguros asistenciales, ya que el asegurador no se obliga a abonar una indemnización pecuniaria, sino a prestar un servicio. Por eso, debe recurrirse para fijar el plazo de cumplimiento al art. 20.3º LCS, según el cual el asegurador incurrirá en mora cuando no hubiera cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, el cual se verifica con la situación de necesidad producida por la enfermedad, sin que sea necesario realizar investigaciones y peritaciones, ya que la prestación de hacer no depende de la determinación de una cuantía indemnizatoria²⁹⁶. Así las cosas, de acuerdo con el tenor legal, el asegurador de asistencia sanitaria dispondría de un plazo máximo de tres meses para dar comienzo a la prestación de los servicios sanitarios²⁹⁷. Caso contrario incurriría en mora, aplicándose los intereses previstos en el art. 20.4º LCS y aplicándose por analogía lo previsto en el art. 20.5º LCS para el cálculo de los intereses moratorios en las prestaciones de reparación (pues constituyen prestaciones de hacer), de modo que la base de cálculo de tales intereses será el importe líquido de los servicios médicos, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha de producción del siniestro.

Los intereses moratorios se aplicarán únicamente en situaciones en que el cumplimiento tardío de la obligación del asegurador pueda resultar útil al asegurado. Esto es, como apunta la doctrina con carácter general sobre la mora del deudor, *“para que pueda hablarse con propiedad de retardo y de mora o morosidad es menester que no se haya producido un cumplimiento*

²⁹⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 99-100.

²⁹⁷ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 100-101, quien propone que si una prestación continuada de asistencia sanitaria comprende una pluralidad de actos médicos (revisión, diagnóstico, ingreso hospitalario, intervención quirúrgica...), la mora sólo se puede producir siempre que transcurran más de tres meses entre acto médico.

*puntual de la obligación, en el momento establecido para ello, pero es necesario también que la obligación pueda todavía ser cumplida y que cumplida retrasadamente sea idónea para satisfacer el derecho del acreedor. Si la prestación se ha hecho imposible o no es ya idónea para satisfacer el derecho del acreedor, no hay mora, sino incumplimiento definitivo*²⁹⁸. La mora se perfila como un mecanismo que sitúa al deudor moroso de una obligación positiva de dar o hacer en la obligación de resarcir al acreedor los daños y perjuicios derivados de una satisfacción tardía de su derecho, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante (cfr., art. 1101 CC).

De modo que un incumplimiento tardío que ya no resulte útil al asegurado se convertirá en un incumplimiento definitivo. Situación que es muy posible que se produzca en incumplimientos tardíos de la prestación de acceso a servicios sanitarios si se aplican las reglas previstas en el art. 20 LCS. El plazo de tres meses desde la producción del siniestro, previsto en el art. 20.3 LCS para que el asegurador pueda cumplir su prestación, probablemente no servirá en la mayoría de los casos al enfermo o lesionado asegurado de asistencia sanitaria, salvo en situaciones puntuales de operaciones programadas o tratamientos de carácter no urgente²⁹⁹. Dada la peculiar naturaleza de los seguros asistenciales, no puede entenderse que el asegurador cumple con su obligación si ofrece un cumplimiento de la prestación sanitaria en el plazo de tres meses fijado con carácter general en la Ley. El retraso se produce desde el mismo momento en que el asegurado experimenta una situación de necesidad al verificarse una alteración en su estado de salud y solicita la asistencia a cualquiera de los profesionales o centros -propios o ajenos- integrados en el cuadro médico organizado por el asegurador.

En los seguros asistenciales la inmediatez o ayuda inmediata en forma de asistencia o prestación de servicios constituye un elemento fundamental en la estructura causal del contrato de seguro, ya que el riesgo reside en la situación de necesidad creada por un evento fortuito. Pero no necesariamente la asistencia tiene que tener carácter de urgencia, sino que dependerá del tipo de prestación requerida por el asegurado, la cual a su vez obedecerá además a otros factores puntuales de naturaleza diversa³⁰⁰. En el seguro de asistencia sanitaria, el acceso inmediato a los servicios sanitarios penderá de la naturaleza de la dolencia y de la mayor o menor dificultad o especialidad de las pruebas de diagnóstico o del tratamiento que requiera su curación, pero no debe entenderse como asistencia urgente en todo caso. El momento a partir del cual la prestación resulta inútil para el asegurado dependerá del tipo de servicio garantizado por el asegurador y de la situación concreta de dificultad

²⁹⁸ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pg. 656.

²⁹⁹ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 101.

³⁰⁰ Supra, II.3.2.

que atravesase el asegurado, así como del lugar donde se verifique dicha situación³⁰¹.

Por lo tanto, si la prestación sanitaria no recibida a tiempo por el asegurado le sigue siendo de utilidad, éste podrá reclamar al asegurador el cumplimiento de la misma (forzando a un concreto profesional o centro sanitario que atienda al asegurado u ofreciendo alguna alternativa si la falta de asistencia vino motivada por la falta o número reducido de especialistas en la dolencia experimentada por el asegurado) y, en principio, estaría en condiciones de reclamar los intereses moratorios previstos en el art. 20.4º LCS a modo de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el cumplimiento tardío de la obligación de hacer garantizada por el asegurador.

Sin embargo, por muchos esfuerzos que se hagan para justificar la aplicación de la mora a los casos de cumplimiento tardío en el seguro de asistencia sanitaria, lo cierto es que las reglas previstas para la mora no se ajustan en absoluto a la naturaleza asistencial del seguro y a la estructura operativa del mismo. Así, el plazo de tres meses para la constitución en mora no se corresponde, salvo excepciones, con la situación de necesidad del asegurado que reclama la prestación de asistencia sanitaria (art. 20.3º LCS). La equiparación de la prestación de servicios sanitarios con las prestaciones de reparación y reposición del objeto siniestrado propias de los seguros de daños, no siempre resulta coherente ni posible: tomar como base de cálculo de los intereses moratorios el importe líquido de los servicios médicos que deben ser prestados al asegurado (art. 20.5º LCS), no será fácil de computar cuando el asegurado necesite una asistencia sanitaria plural y continuada; tomar como término inicial del cómputo de los intereses moratorios la fecha del siniestro (art. 20.6º LCS), entendiéndose por tal el día en que el asegurado reclame la asistencia sanitaria, tampoco tiene fácil acomodo por cuanto en el seguro de asistencia sanitaria la solicitud se hace directamente a los profesionales y centros sanitarios incluidos en la póliza del asegurado y no siempre quedará constancia de la misma; la regla relativa al cómputo final de los intereses moratorios (art. 20.7º LCS) sólo puede adaptarse al seguro de asistencia sanitaria interpretando de forma creativa la norma, entendiéndose que el término final será el día en que se realice el acto médico si la prestación sanitaria se sustancia en un solo acto, y el día en que haya dado comienzo la prestación de los servicios sanitarios si la prestación es continuada³⁰².

Pero lo que sobre todo hace poco probable la aplicación de los intereses moratorios al cumplimiento tardío de la cobertura sanitaria es la propia dinámica de la prestación asistencial. Lo lógico es que si, intimado por el asegurado, el asegurador reacciona rápidamente ofreciendo alternativas asistenciales para solucionar la falta de asistencia al tiempo de ser solicitada por el asegurado, a éste le satisfará el cumplimiento tardío si le sigue

³⁰¹ Vid. VOLPE PUTZOLU, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, cit., pg. 18.

³⁰² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 101-103.

resultando útil para combatir su dolencia, y no pensará en complejas reclamaciones en concepto de daños y perjuicios por mora. En caso de que el cumplimiento tardío no resulte útil al asegurado, no resulte idóneo para tratar su enfermedad o lesión, o no llegue a producirse por cualquier causa, se convertirá en incumplimiento definitivo, en cuyo caso la mora del asegurador pierde su razón de ser y será sustituido el art. 20 LCS por el régimen general de incumplimiento del Código Civil: la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual *ex arts. 1101 y ss. CC*; daños que podrán de naturaleza patrimonial (*v.gr.*, los gastos de asistencia médica privada que hubiera tenido que asumir el asegurado ante la falta de asistencia por los profesionales del seguro de asistencia sanitaria) o de naturaleza moral o extrapatrimonial (daños que deriven de las consecuencias físicas o anímicas provocadas por la falta de asistencia en el momento en que lo necesitó el asegurado)³⁰³.

Estas mismas consideraciones -como veremos más adelante- son aplicables con matices a los casos de cumplimiento defectuoso de la prestación asistencial por los profesionales o centros sanitarios que atienden al asegurado por cuenta o en interés del asegurador, si se admite -como hace la Jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Supremo- que el asegurador de asistencia sanitaria debe responder de los daños y perjuicios provocados por errores o negligencias médicas de los profesionales y centros integrados en su cuadro asistencial.

3.2. Cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios por los profesionales y centros sanitarios incluidos en el cuadro asistencial del asegurador ¿Garantiza el asegurador la correcta ejecución de los servicios sanitarios? La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria por errores y negligencias en la prestación de servicios sanitarios. (Planteamiento)

Como se dijo antes, la cuestión clave, el principal problema hermenéutico planteado en la praxis del seguro de asistencia sanitaria en nuestro país, reside en determinar el contenido y alcance concretos de la obligación asumida por el asegurador de asistencia sanitaria.

³⁰³ Coincido con MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 104-105, quien sostiene que el régimen de la mora del asegurador del art. 20 LCS no es aplicable al cumplimiento tardío o incumplimiento definitivo de las prestaciones de hacer propias del seguro de asistencia sanitaria si no pueden satisfacer ya las pretensiones del asegurado. Si bien, a diferencia de él, entiendo que no es objetivamente aplicable al cumplimiento tardío de la asistencia sanitaria el plazo de tres meses previsto con carácter general en el art. 20.3º LCS, ya que la situación de necesidad asociada a la enfermedad puede requerir una ayuda o asistencia inmediata, aunque no urgente, pero en todo caso inferior al plazo de tres meses. Sólo excepcionalmente puede considerarse que el plazo de tres meses puede ser suficiente para dar comienzo a la prestación sanitaria solicitada por el asegurado y satisfacer igualmente su interés.

Obviamente, la obligación de resultado que deriva del contrato de seguro, consistente en la prestación de seguridad o garantía en forma de cobertura de asistencia sanitaria, no puede extenderse hasta incluir la curación de la enfermedad o lesión que dio origen a la necesidad y prestación de asistencia sanitaria. Ni siquiera quienes prestan materialmente la asistencia sanitaria (médicos, profesionales sanitarios y centros clínicos y hospitalarios) pueden garantizar un resultado (tampoco en la medicina voluntaria o de satisfacción). Pero eso no significa, a mi juicio, que la obligación de medios en que consiste la actividad sanitaria propiamente dicha, la praxis médica y asistencial de facultativos y profesionales de la medicina, acabe por caracterizar la obligación del asegurador de asistencia sanitaria también como una obligación de medios³⁰⁴. La moderna dogmática del contrato de seguro concibe la prestación de seguridad o garantía asumida con carácter general por el asegurador en todos los tipos de seguros como una obligación de resultado, aunque ésta se concrete o despliegue finalmente en obligaciones de hacer caracterizadas como obligaciones de medios.

El asegurador de asistencia sanitaria asume también una obligación de seguridad o garantía en forma de cobertura asistencial sanitaria para el caso de que una enfermedad produzca una situación de necesidad en el asegurado. *La cuestión fundamental está en el alcance que debe atribuirse a esa obligación de resultado.* El debate está en torno a si la prestación de garantía en forma de cobertura asistencial asumida por el asegurador de asistencia sanitaria se limita a la organización, gestión y provisión o puesta a disposición de medios humanos y materiales suficientes para procurar una asistencia sanitaria amplia y de calidad al asegurado, o si debe ir más allá para incluir también la correcta ejecución de los servicios sanitarios comprometidos en la póliza, respondiendo en su caso frente a los asegurados por los daños y perjuicios derivados de errores y negligencias cometidos por los profesionales y centros incluidos en su cuadro asistencial.

Aunque la obligación genérica de cobertura asistencial del asegurador constituya una obligación de resultado que se extiende también a las obligaciones secundarias de organización y efectiva prestación de servicios médicos, clínicos y hospitalarios, la misma no puede alcanzar nunca el resultado final, esto es, el asegurador de asistencia sanitaria no puede resultar obligado a garantizar la curación o sanación del asegurado, en tanto en cuanto ni siquiera los propios profesionales y centros sanitarios pueden comprometerse a ese resultado. No obstante, para la Jurisprudencia y parte de la doctrina científica existen argumentos de peso para afirmar que el asegurador sí que puede y debe garantizar una cobertura de calidad y, por tanto, la correcta ejecución de los servicios sanitarios concretos prestados por los facultativos y centros integrados en su cuadro asistencial, pertenezcan a su propia estructura empresarial o se trate de profesionales y centros independientes.

³⁰⁴ Así, sin embargo, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 85.

De modo que la cobertura de seguridad o garantía, el resultado esperado por el asegurado, podría no quedar limitado a la organización y gestión de los servicios sanitarios para ponerlos a disposición de los asegurados asumiendo el coste (total o fundamental, en caso de pactarse franquicias) de los mismos, sino que podría extenderse a la correcta ejecución del servicio sanitario; por lo que el asegurador resultaría responsable no sólo en casos de falta de medios humanos y materiales suficientes para atender holgadamente las necesidades de asistencia de los asegurados (falta de asistencia o retraso injustificado en la prestación de servicios sanitarios incluidos en la póliza), sino también cuando una mala prestación de esos servicios derive en daños y perjuicios para los asegurados (incorrecta ejecución del servicio sanitario que presume la falta de calidad del mismo y el incumplimiento del asegurador que garantiza servicios sanitarios de calidad).

De hecho así lo viene admitiendo nuestra Jurisprudencia en la última década, sobre la base de diferentes argumentos que analizaremos inmediatamente, entre los que destaca la valoración que se hace sobre la naturaleza de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria. En la STS núm. 438/2009, de 4 de junio de 2009³⁰⁵, el Alto Tribunal ha reforzado su posición sobre la naturaleza de la prestación, indicando -de forma mucho más precisa que en resoluciones anteriores- que *“la función del asegurador no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección e idoneidad de los medios personales y materiales empleados”* (...) *“La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela”* (...) El contrato de seguro *“no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 de la Ley del Contrato de Seguro, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden”* (Fdto. Dcho. 2º).

El Tribunal rechaza frontalmente la consideración indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria como un seguro de daños en el patrimonio del asegurado, como patrocina una parte apreciable de la doctrina científica, como antes se expuso³⁰⁶. Antes bien, confirma la consideración de este seguro como un seguro asistencial o de prestación de servicios, que compartimos en este trabajo. Sin embargo, en los argumentos empleados por el Tribunal Supremo

³⁰⁵ RJ 2009/3380.

³⁰⁶ Supra, II.3 y II.4.

en su doctrina sobre este punto (seguida de manera casi unánime por la de las Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia), se respira con fuerza un claro sentimiento o intención *pro consumatore*, dada la importancia de los intereses presentes en la relación contractual del seguro de asistencia sanitaria y ante la insuficiencia, en muchas ocasiones, de las pólizas de responsabilidad civil obligatorias de los profesionales y centros sanitarios para satisfacer las indemnizaciones correspondientes a una mala praxis profesional³⁰⁷. Esto es, la defensa del usuario de seguros (“*in dubio pro asegurado*”)³⁰⁸ se convierte en muchas ocasiones en elemento determinante de la doctrina jurisprudencial, condicionando en exceso la decisión sobre el contenido y alcance que debe atribuirse a la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, y aplicando los criterios propios de la responsabilidad civil extracontractual, contractual y objetiva, sin examinar a fondo si concurren las circunstancias necesarias para su aplicación al caso concreto a la vista de la estructura y finalidad última del contrato de seguro de asistencia sanitaria.

Una interpretación de este tipo corre el riesgo de derivar en condenas automáticas del asegurador cada vez que uno de los facultativos, profesionales o centros integrados en su cuadro médico incurra en errores o negligencias puntuales que provoquen daños resarcibles a los pacientes asegurados, lo cual aboca a una responsabilidad solidaria de carácter cuasi-objetivo (aplicando la doctrina de la solidaridad impropia o por interés social, para tutela de los derechos de los perjudicados), eludiendo cualesquiera valoraciones sobre la mayor o menor diligencia desplegada por el asegurador en la organización y gestión de la infraestructura sanitaria que pone a disposición de sus asegurados: la suficiencia, diversidad y calidad de los servicios sanitarios organizados por el asegurador y las circunstancias de cada caso concreto.

Asimismo, una interpretación motivada por el espíritu de protección de los consumidores y usuarios impide o elude examinar a fondo un elemento fundamental en la compleja estructura del seguro de asistencia sanitaria: la libertad de elección de facultativos, profesionales y centros sanitarios por el asegurado dentro del cuadro médico-asistencial organizado y puesto a su disposición por el asegurador, que constituye una piedra angular en la

³⁰⁷ Art. 46 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias: “*Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios*”.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector.

En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación”.

³⁰⁸ Vid. el estudio de M^a del Carmen GÓNZALEZ CARRASCO, *Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España*, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 20/2007.

estructura del seguro de asistencia sanitaria³⁰⁹ y se puede y debe erigir en un factor clave para resolver cuestiones de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso (en forma de daños causados por una mala praxis profesional o un mal funcionamiento de servicios sanitarios de diagnóstico, quirófono o tratamiento) de la asistencia sanitaria.

En la libertad de elección del prestador del servicio sanitario por el asegurado reside probablemente la diferencia fundamental entre el seguro de asistencia sanitaria (y el seguro de dependencia) y otros seguros asistenciales o cualesquiera seguros que incluyen coberturas accesorias de prestación de servicios. En éstos (seguros de asistencia turística, seguros de decesos, seguros de defensa jurídica...seguros multirriesgo hogar, seguros multirriesgo automóvil), el profesional que presta el servicio o realiza una obra suele imponerse por el asegurador, o bien (salvo, quizás, en el seguro de defensa jurídica) se deja un reducidísimo margen de elección al asegurado, motivo por el que el asegurador debería garantizar en todo caso el buen fin, el resultado buscado por el asegurado), esto es, la adecuada prestación del servicio u realización de la obra (v.gr., reparación del objeto siniestrado) efectuado por el profesional, y, en consecuencia, responder de los daños ocasionados por una ejecución defectuosa del servicio u obra, independientemente de si ha sido ejecutada por profesionales incluidos en su infraestructura empresarial o por terceros independientes subcontratados de forma específica por el asegurador para prestar servicios a sus asegurados. La imputación de responsabilidad se justificaría en la responsabilidad contractual por hechos cometidos por los auxiliares, ya que en este caso los prestadores de servicios actúan siguiendo las instrucciones del asegurador³¹⁰.

En el seguro de asistencia sanitaria el asegurado debe gozar normalmente de un margen razonablemente amplio de libertad de elección entre un cuadro asistencial plural y equilibrado en condiciones objetivas de cualificación profesional y técnica, por lo que, siempre que el asegurador proporcione una libertad de elección razonable a profesionales y centros sanitarios que presenten condiciones similares de formación, experiencia y medios técnicos y humanos, habría cumplido con su obligación de proporcionar cobertura asistencial, aunque -dado que asume una obligación de resultado- deberá garantizar la efectiva prestación de esos servicios, es decir, el acceso a los

³⁰⁹ De hecho, la composición verdaderamente plural y equilibrada del cuadro médico y asistencial se tendrá muy en cuenta para optar por la contratación de uno u otro seguro de asistencia sanitaria. Aunque en otras ocasiones, los pacientes optan por un seguro si éste incluye a un concreto facultativo o centro hospitalario que le ofrece mayor confianza. Cfr., Joaquín ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pg. 227.

³¹⁰ Vid. en la doctrina italiana, VOLPE PUTZOLU, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, cit., pg. 16, remitiéndose al art. 1228 del Codice Civile Italiano, que regula la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares: "*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro*".

mismos cuando sea solicitado por el asegurado. Pero su obligación, en principio, debería llegar hasta ahí. El asegurador no puede garantizar la correcta ejecución o prestación material de los servicios sanitarios, ya que no influye directa o indirectamente en los criterios médicos, desligándose así de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de una mala práctica profesional por parte de los profesionales y centros que prestan el servicio sanitario al asegurado³¹¹.

Entiendo, en fin, que una adecuada respuesta al problema del alcance de la obligación del asegurador de asistencia sanitaria debe tener en cuenta la mayor o menor diligencia desplegada por el asegurador en la organización de una infraestructura sanitaria idónea y de calidad para atender las diversas dolencias o enfermedades incluidas en la cobertura asistencial de la póliza, y, en relación con ello, la existencia en cada caso concreto de una libertad de elección razonable (que, aunque no libertad plena, sea real y no ficticia dentro de la limitación que supone el cuadro médico-asistencial) de profesionales y centros sanitarios por los asegurados. Estos elementos se sitúan a su vez en relación directa con la compleja estructura contractual que subyace a la dinámica u operativa de este seguro. La respuesta que finalmente se ofrezca, tiene que sustentarse en el complejo entramado negocial que está tras la operativa habitual de estos seguros; en la concatenación causal entre los distintos contratos que subyacen a la relación triangular asegurador-médico-asegurado o asegurador-centro sanitario-asegurado.

A continuación vamos a analizar separadamente el problema del cumplimiento defectuoso de servicios sanitarios generador de daños y perjuicios en los pacientes asegurados y la concurrencia o no de responsabilidad civil en el asegurador de asistencia sanitaria, entremezclando doctrina jurisprudencial y científica.

Para ello partiremos de tres situaciones distintas en función, primero, de si la prestación sanitaria es prestada por terceros completamente ajenos a la infraestructura asistencial organizada por el asegurador, incluso aunque éste resulte obligado al reembolso de los gastos médicos (es el caso de pólizas mixtas de asistencia sanitaria y reembolso de gastos sanitarios y de asistencia por terceros por razones de urgencia vital); y segundo, de si los servicios

³¹¹ El debate sobre el equilibrio profesional de los facultativos incluidos en el cuadro médico, en relación con factores como la formación, la experiencia, el prestigio y los medios técnicos disponibles, quedará normalmente en el plano de las apreciaciones subjetivas, sin perjuicio de que en situaciones puntuales pueda acreditarse un desequilibrio evidente que se traduciría en la falta de una libertad de elección real, ya por el escaso número de profesionales en una disciplina o ya por la notoria diferencia de cualificación y prestigio profesional entre los distintos facultativos integrados en el cuadro del asegurador.

Como veremos en su momento, estas circunstancias o situaciones puntuales, debidamente acreditadas, pueden servir para justificar la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los daños derivados de una falta de asistencia por profesionales adecuados o idóneos para el diagnóstico y tratamiento acertado de una enfermedad o dolencia, o por los daños derivados de una mala praxis profesional de los facultativos y centros concertados por el asegurador.

sanitarios son prestados “directamente” por el asegurador de asistencia sanitaria a través de profesionales y centros incluidos en su cuadro asistencial, distinguiendo en función de si se integran en su estructura empresarial o si son independientes:

- 1) La responsabilidad por errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y centros no integrados en la estructura asistencial del asegurador de asistencia sanitaria.
- 2) La responsabilidad por errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y centros del cuadro asistencial del asegurador que forman parte de su propia infraestructura empresarial.
- 3) La responsabilidad por errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y establecimientos independientes incluidos en el cuadro asistencial del asegurador mediante un contrato estable de prestación de servicios a los asegurados.

Una vez concluida la exposición de Jurisprudencia y doctrina, abordaremos de manera sintética la aplicación del régimen relativo a la mora del asegurador para, finalmente, realizar una recapitulación crítica del problema sobre la base de la estructura causal de las operaciones de seguro de asistencia sanitaria, añadiendo algunas consideraciones finales *de lege ferenda* sustentadas en el análisis económico del mercado de los seguros de asistencia sanitaria.

3.3. La responsabilidad por daños de los asegurados derivados de errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y centros no integrados en el cuadro asistencial del asegurador de asistencia sanitaria

Este grupo de casos hace referencia a aquellas situaciones en que los asegurados de asistencia sanitaria acuden a profesionales y centros clínicos y hospitalarios no integrados en el cuadro médico-asistencial del asegurador de asistencia sanitaria, resultando perjudicados por errores y negligencias en la prestación de esos servicios y reclamando posteriormente al asegurado de asistencia sanitaria, al que pretenden hacer responsable solidario de esos daños y perjuicios.

Pueden darse tres situaciones diferentes:

- 1) Que los daños provengan de la asistencia sanitaria efectuada por profesionales y centros sanitarios no incluidos en la lista o cuadro asistencial del asegurador, a los que acuden libremente los asegurados sin estar incluidos esos servicios en la cobertura de la póliza.
- 2) Que los daños sean provocados por profesionales o centros sanitarios no incluidos en el cuadro asistencial del asegurador, aún cuando éste haya asumido el coste de tales servicios frente al asegurado mediante un seguro

de reembolso de gastos sanitarios complementario del seguro de prestación de servicios de asistencia sanitaria (póliza mixta)

- 3) Que los daños hayan sido consecuencia de la asistencia profesional realizada por centros o profesionales ajenos al cuadro médico del asegurador de asistencia sanitaria en situaciones de urgencia vital o similar, aún cuando el asegurador deba asumir el pago directo de dicha asistencia.

En el primero de los casos referidos, el asegurado acude a profesionales o centros sanitarios no incluidos en la cobertura de la póliza sin concurrir situaciones de urgencia vital, por lo que ni siquiera el asegurador tendrá que asumir el coste de la asistencia sanitaria, por lo que en ningún caso puede resultar responsable del la mala praxis profesional, incluso en el caso de que el asegurador continúe posteriormente con el tratamiento iniciado por aquellos a través de centros y facultativos integrados en su cuadro médico-asistencial. En este sentido, la STS de 18 de mayo de 2006³¹² indica que la entidad aseguradora es ajena a los daños provocados por la realización de una prueba de amniocentesis contratada directamente por un asegurado que se hizo cargo del coste de la misma, *“puesto que la relación contractual se estableció al margen de la misma al tratarse de una intervención no cubierta por el seguro de asistencia médica suscrito con la paciente”* (Fdto. Dcho. 5º).

Cuando los daños provengan de la asistencia sanitaria prestada por profesionales o establecimientos completamente independientes no sólo dominicalmente sino funcionalmente del asegurador, por no estar integrados en su cuadro médico, el asegurador de asistencia sanitaria tampoco resultará responsable de los mismos, pues, si acaso, la única obligación asumida es la de reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria abonados previamente por el asegurado a terceros elegidos libremente por él (en pólizas de reembolso de gastos sanitarios complementarias de seguros de asistencia sanitaria, art. 105 LCS), o bien la de pagar directamente a terceros los gastos ocasionados por asistencia sanitaria urgente a alguno de sus asegurados (a los que resulta obligado por la aplicación del art. 103 LCS al seguro de asistencia sanitaria, ex art. 106 LCS)³¹³. Así lo expresa, de forma clara y precisa, la STS de 27 de septiembre de 2010³¹⁴, poniendo de manifiesto en el caso concreto que los facultativos fueron contratados y pagados directamente por la paciente, sin que el posterior reembolso del gasto por la compañía aseguradora, altere esta relación convirtiendo el contrato de seguro de reembolso de gastos sanitarios en uno de prestación de servicios asistenciales o de asistencia médica.

En todas estas situaciones el asegurador de asistencia sanitaria no responderá de los daños y perjuicios asociados a errores o negligencias de los

³¹² La Ley Juris 1195/2006.

³¹³ Cfr., supra II.4.2.1,A).

³¹⁴ La Ley Juris 171481/2010.

profesionales o centros que prestaron la asistencia a sus asegurados sin formar parte de su cuadro médico-asistencial, ya que no habría asumido directamente la prestación de servicios sanitarios sino, a lo sumo, el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria abonados previamente por el asegurado o el pago directo del coste de la asistencia en situaciones de urgencia vital o asimiladas a la misma.

Es paradigmática en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sala 2ª) de Valencia de 14 de mayo de 2007³¹⁵, en el tristemente célebre caso del anestesista Maeso. A la hora de determinar la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 120.4º Código Penal), el Ministerio Fiscal adujo que las compañías aseguradoras de asistencia sanitaria implicadas (como Medisalud, S.A., Banco Vitalicio de España, DKV-Previa, Fiatc, Hermandad Nacional de Arquitectos, Amefe, Aegón, La Estrella, Asmequiva, Asisa, Sanitas, o Adeslas) se beneficiaban de la actividad de los facultativos que prestaban servicios por cuenta de ellas a sus asegurados, razón por la que deberían soportar las consecuencias negativas que resultaron de la actuación de aquéllos, de acuerdo con el principio, jurisprudencialmente consagrado en el ámbito de la responsabilidad civil, *“cuius commoda, eius est incommoda”*; esto es, que quien se beneficia de una actividad debe soportar el perjuicio causado por ésta. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia entiende que en el caso concreto las aseguradoras *“ciertamente venían contractualmente obligadas a soportar el coste de determinados gastos médicos de atención a sus asegurados, o beneficiarios; pero no puede entenderse que deban por ello responder civilmente por hecho ajeno, cual es la actividad profesional de un facultativo, como el anestesista procesado, a quien ninguna relación estable laboral o de dependencia directa le unía con dichas entidades, las cuales ni le elegían, ni le habían incorporado a su cuadro médico, y que en la mayoría de los casos sabían de su actuación como anestesista tras producirse ésta...”*. De modo que, al no pertenecer el facultativo procesado al cuadro médico de las compañías aseguradoras, siendo elegido para cada intervención por el cirujano (según declaró el propio procesado en el acto del Juicio), el Tribunal considera que no existe una póliza de asistencia sanitaria sino lo que denomina “pólizas de reembolso de gastos médicos”, por las que las compañías aseguradoras *“tan sólo (...) vienen contractualmente obligadas a soportar ex post el coste de los servicios prestados por éstos”*. Y concluye que: *“No existe, pues, en este caso, entre el procesado y dichas mercantiles, «la relación de dependencia entre el autor de la infracción y la persona natural o jurídica para la que prestan servicio» que exige la jurisprudencia (y así, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 1.372/2.003, de 30-10-2.003 (La Ley 10485/2004, fundamento de derecho vigésimo séptimo) para establecer la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4º del vigente Código Penal; y la acción civil ejercitada contra éstas en el presente procedimiento no podrá ser acogida”* (Fdto. Dcho. 7º).

Realmente, los afectados por el contagio habían suscrito mayoritariamente pólizas de asistencia sanitaria con las entidades demandadas, pero el

³¹⁵ La Ley 12501/2007.

procesado, Dr. Maeso, no figuraba en el cuadro médico de ninguna de las aseguradoras. Cuando la Audiencia se refiere a las pólizas de reembolso de gastos médicos lo único que quiere decir -pues así se deduce del conjunto de la argumentación- es que dichas entidades se limitan a garantizar el reembolso o pago de la participación del anestesista procesado en una intervención quirúrgica en la que el asegurado elige al cirujano entre los que figuran en su cuadro médico, y éste a su vez nombra libremente al anestesista para que le asista en la operación³¹⁶. Motivo por el que no se puede hacer responsable a las entidades aseguradoras, aunque de la fundamentación jurídica se infiere que la solución habría sido otra (la condena de las compañías aseguradoras) si el anestesista hubiera formado parte de su cuadro asistencial, presumiendo en este caso una relación de dependencia entre el autor de la infracción y la entidad para la que prestaría sus servicios, de acuerdo con la doctrina que imputa responsabilidad a los empresarios por los actos de sus auxiliares, laborales o no, acogida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la hora de aplicar la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*, y también -como luego veremos- por la Sala Primera, de lo Civil, para imputar responsabilidad contractual y extracontractual a las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria³¹⁷.

3.4. La responsabilidad por errores o negligencias médicas cometidas por profesionales y centros sanitarios del cuadro asistencial del asegurador integrados en su propia estructura empresarial

Cuando los asegurados acuden a centros sanitarios titularidad de la misma entidad aseguradora y padecen daños o perjuicios por el funcionamiento defectuoso del servicio sanitario o por negligencias o errores de los facultativos que trabajan en dichos centros, existen varios argumentos para reconocer la responsabilidad civil de la entidad aseguradora.

El asegurado que acude a los centros propiedad de la aseguradora, vendría a concertar -siquiera tácitamente- un nuevo contrato de prestación de servicios médico-asistenciales con el centro en cuestión. Por eso, en principio los servicios sanitarios deben ser prestados por la misma aseguradora, esto es, en cuanto tal persona jurídica propietaria o titular de centros sanitarios y empleadora o arrendadora de servicios u obra del personal facultativo y profesional que trabaja en dichos centros; actuando así en una doble condición de aseguradora de asistencia sanitaria y prestadora efectiva de servicios sanitarios. En estos casos, la aseguradora responde directamente, precisamente, por su condición de prestadora de servicios sanitarios defectuosos, fruto de errores o negligencias médicas o por el mal

³¹⁶ Vid. el comentario de José Ignacio HEBRERO ÁLVAREZ, *Comentarios a los aspectos civiles y aseguradores de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de mayo de 2007 (Caso del anestesista Maeso)*, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, nº 7, 2007, pgs. 4 y ss. (esp. pg. 8).

³¹⁷ *Infra*, III.5.

funcionamiento de las instalaciones sanitarias de su propiedad³¹⁸. Pero si el centro sanitario pertenece a otra empresa, a otra entidad con personalidad jurídica propia y un ámbito de gestión propio, la responsabilidad no podrá imputarse a la entidad aseguradora dedicada exclusivamente a su actividad propiamente aseguradora, sino a la entidad (integrada en el mismo grupo empresarial y, por tanto, filial de la primera) que presta los servicios sanitarios defectuosos a los asegurados³¹⁹. Ahora bien, en este último caso, si la entidad aseguradora que ocupa la posición de entidad matriz o cabecera de grupo, ejerce activamente funciones de control y dirección sobre los centros y facultativos que trabajan en los mismos, considero que, aplicando el principio de levantamiento del velo de la personalidad jurídica podrán realizarse imputaciones de responsabilidad directamente sobre la aseguradora. Y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad -que analizaremos a continuación- de imputar responsabilidad a la aseguradora por el simple hecho de tener que garantizar el buen funcionamiento de los profesionales y centros sanitarios independientes (aun formalmente independientes, como en el caso que planteamos) integrados en su cuadro asistencial³²⁰.

3.4.1. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno

En primer lugar, podría imputarse a la entidad aseguradora la *responsabilidad civil extracontractual por la actuación culposa o negligente de su personal médico y sanitario dependiente*. Los médicos o profesionales resultarán responsables extracontractualmente por culpa o negligencia (art. 1902 CC), pues ellos no han contratado directamente con los pacientes que tratan. Los pacientes-asegurados contratan con la clínica o centro sanitario propiedad de la aseguradora, por lo que, declarada la responsabilidad de los médicos, ésta incurrirá también en responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903.4 CC), que requiere así la previa determinación de la culpa del personal sanitario y la posterior del centro médico integrado en la estructura empresarial del asegurador por *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*³²¹, correspondiendo la prueba al perjudicado demandante o a sus herederos.

En este caso, los profesionales que trabajan en los centros sanitarios titularidad de la aseguradora, sea en régimen laboral, de servicios o de obra o fruto de cualquier otro vínculo³²², dependen jerárquica y funcionalmente de la misma y

³¹⁸ Vid. VEIGA COPO, *Tratado...*, cit., pgs. 843-844.

³¹⁹ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 40.

³²⁰ *Infra* III.5.

³²¹ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 107-108.

³²² Cfr., Javier BARCELÓ DOMENECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pgs. 257 y ss. En la

desarrollan su labor asistencial por cuenta o en interés de su empleador o principal, actuando bajo su dirección y control y siguiendo las instrucciones organizativas o empresariales del mismo. Por lo que si su actuación negligente o culposa, en el ámbito de las competencias o funciones asistenciales encomendadas por el principal³²³, produce un daño al paciente-asegurado, resultará responsable el principal (la aseguradora propietaria del centro médico u hospitalario) por los conceptos antedichos. La responsabilidad derivada del art. 1903.4 CC, constituye realmente una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario (el asegurador) por su propia culpa o falta de diligencia en la elección (*culpa in eligendo*) o en la vigilancia (*culpa in vigilando*) de sus dependientes.

3.4.2. Responsabilidad contractual por actos de los auxiliares

En segundo lugar resulta de aplicación también en estos casos la *responsabilidad contractual del deudor de una prestación por los hechos cometidos por sus auxiliares*; esto es, la responsabilidad del deudor por los incumplimientos contractuales que resulten de una inadecuada actuación de sus auxiliares en la preparación o ejecución de la prestación. Responsabilidad ésta que, a pesar de no tener reconocimiento explícito general en nuestro ordenamiento civil³²⁴, ha sido consagrada como lícita y posible por la Jurisprudencia y la doctrina científica, extrayéndola por analogía de la responsabilidad extracontractual de los empresarios por hechos de sus auxiliares y dependientes por *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, o bien deduciéndola del viejo aforismo "*Cuius est commodum eius est periculum*", esto es, quien se beneficia de una actividad ajena debe soportar el perjuicio causado por la misma³²⁵. De aquí se deduce la posibilidad de imputar responsabilidad contractual al empresario o principal por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus auxiliares sin necesidad de demostrar la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, ni de demostrar siquiera si existe o no una situación de dependencia o subordinación jerárquica³²⁶.

Jurisprudencia, vid. entre otras, SSTS de 2 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9641) y de 13 de junio de 2003 (RJ 2003/4127).

³²³ Cfr., Javier BARCELÓ DOMENECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pg. 311.

³²⁴ A diferencia, por ejemplo, del ordenamiento alemán (parágrafo 278 del *Bürgerliches Gesetz Buch*) o del ordenamiento italiano (artículo 1228 del *Codice Civile*).

En el Código Civil se hace referencia a esta responsabilidad contractual por comportamientos de auxiliares puntual y aisladamente, en algunos preceptos relativos al arrendamiento de cosas (art. 1564 CC), del arrendamiento de obra (art. 1596 CC) o del mandato (art. 1721 CC).

³²⁵ Vid. La fundamental STS de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1656).

³²⁶ STS de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1656). En la doctrina, es imprescindible la obra de Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

Se concibe el auxiliar contractual en sentido amplísimo, entendiendo por tal cualquier persona física o jurídica que intervenga en el cumplimiento de una obligación frente al acreedor como colaborador del deudor y por iniciativa o voluntad de éste³²⁷. Y se entiende que la imputación del incumplimiento del auxiliar al deudor o principal se hace objetivamente, es decir, prescindiendo de la existencia de culpa o negligencia en la conducta personal del deudor en relación al hecho dañoso de su auxiliar, sea en la vigilancia, supervisión o dirección de su actividad (*culpa in vigilando*) o sea en la selección o nombramiento del mismo (*culpa in eligendo*)³²⁸. El fundamento principal esgrimido es la introducción voluntaria del auxiliar en el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor. Se considera asimismo que la objetivación de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares constituye una exigencia económica y jurídica; entre otras razones porque la actividad de los auxiliares del deudor se encuentra comprometida por éste según la naturaleza misma de la prestación y, por tanto, se encuentra implícita en la voluntad contractual, a lo que debe sumarse el principio de confianza, en virtud del cual el deudor debe asumir las consecuencias de los actos de los dependientes³²⁹.

En la prestación de servicios sanitarios al asegurado por centros médicos y personal sanitario propios del asegurador de asistencia sanitaria, es éste, en cuanto titular o propietario de los centros quien asume el compromiso de prestar los servicios sanitarios, ejecutando la prestación de hacer a través del personal a su servicio en los centros clínicos y hospitalarios de su propiedad, que actuará en el marco de su competencia dentro de la estructura empresarial, siguiendo las instrucciones del principal y bajo su control y supervisión.

Por supuesto, ante un mismo supuesto pueden concurrir conjuntamente la responsabilidad contractual y extracontractual (criterio de la unidad de culpa)³³⁰. A los facultativos se les puede reclamar responsabilidad extracontractual por los asegurados perjudicados por errores o negligencias médicas o profesionales, al tiempo que pueden imputar responsabilidad al asegurador sea por la vía extracontractual (responsabilidad por hecho ajeno) o sea por la contractual (responsabilidad por los actos de sus auxiliares), debiendo decidir el juzgador qué criterio o qué criterios acumulados aplicar para solucionar el caso concreto, de acuerdo con los principios “*iura novit curia*” (el tribunal conoce el derecho) y “*da mihi factum dabo tibi ius*” (dame los hechos y yo te daré el derecho).

³²⁷ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pg. 45.

³²⁸ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pg. 522.

³²⁹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª ed., cit., pgs. 730-731.

³³⁰ Cfr., STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1587).

3.4.3. Responsabilidad objetiva de los servicios sanitarios

En tercer lugar, es posible también imputar al asegurador de asistencia sanitaria por los errores médicos acaecidos en centros de su titularidad la mal llamada *responsabilidad objetiva en defensa de los consumidores y usuarios de servicios sanitarios*, prevista en el art. 28 LGDCU 1984, sustituido por el vigente art. 148 I TRLGDCU 2007. Como antes se dijo³³¹, Jurisprudencia y doctrina científica afirman que la responsabilidad objetiva prevista en el art. 148 II TRLGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, sino únicamente a los aspectos organizativos de la prestación de servicios sanitarios, por lo que sólo puede dirigirse contra las personas físicas o jurídicas titulares de centros médicos y hospitalarios³³².

Entonces, los aseguradores de asistencia sanitaria propietarios o responsables (en caso, si se admite, de titularidad indirecta a través de entidades del mismo grupo) de centros sanitarios, que prestan directamente servicios sanitarios a los asegurados, pueden quedar sujetos al régimen de responsabilidad del art. 148 II TRLGDCU. Sin embargo, ya es conocido que la imputación de la responsabilidad “objetiva” del art. 148 II TRLGDCU no se puede realizar de forma automática, sino -en necesaria conexión con el apartado I del mismo precepto- sólo cuando el servicio sanitario causante de daños se haya prestado de forma anómala y siempre que esos servicios incluyan una garantía de pureza, eficacia y seguridad, de modo que sea el incumplimiento de esos niveles lo que determine la responsabilidad³³³. De modo que la aplicación de la responsabilidad del art. 148 II TRLGDCU no permite desvincularla de manera absoluta e incondicional de la concurrencia del factor culposo. Así, el asegurador de asistencia sanitaria que presta servicios sanitarios directamente -a través de sus propios centros médicos- a sus asegurados, podrá probar, para exonerar su responsabilidad por presuntos errores médicos no atribuibles a una negligencia médica, que ha cumplido con los niveles de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación propios del servicio sanitario en cuestión, y que ha seguido los controles técnicos, profesionales y

³³¹ Supra, II.4.2.2

³³² Por todas, STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552) y STS de 24 de mayo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100321). En la doctrina, ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., cit., pg. 801.

³³³ En concreto, este tipo de responsabilidad se suele aplicar en casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario, en caso de transfusiones de sangre defectuosas, en errores en el instrumental quirúrgico o en dispositivos de implante, en una mala organización del servicio de urgencias o de vigilancia de pacientes o, en fin, en caso de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención. Cfr., STS de 26 de marzo de 2004 (La Ley 1114/2004) y STS de 24 de mayo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100321).

sistemáticos de calidad³³⁴.

3.5. La responsabilidad por errores o negligencias médico-sanitarias cometidos por profesionales y establecimientos independientes incluidos en el cuadro asistencial del asegurador

Entramos ya de lleno en el estudio del principal problema práctico planteado en nuestro país en torno al funcionamiento de los seguros de asistencia sanitaria. La posibilidad y conveniencia de exigir responsabilidad civil a las entidades de seguros por el cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria comprometida con sus asegurados, imputable a centros y profesionales sanitarios independientes (ajenos por tanto a su estructura empresarial) incluidos en su cuadro médico-asistencial.

Puede decirse que este problema constituye ya un “clásico” de la Jurisprudencia civil española de los últimos años, que ha sido y es objeto de debate, discusión y crítica entre la doctrina especializada, la cual, por lo general, no se muestra conforme con la doctrina firme de la Sala Primera (de lo Civil) de nuestro Tribunal Supremo (seguida por la mayoría de las Audiencias Provinciales), objetando como crítica principal “a la totalidad” que se aplican al caso los mecanismos típicos de la responsabilidad civil (extracontractual, contractual y objetiva) de manera indistinta y sin conexión lógica entre ellos, y sin llevar a cabo un análisis riguroso de los elementos o presupuestos fundamentales para la aplicación de esos mecanismos; lo cual ha derivado en una progresiva ampliación de la responsabilidad con el ánimo de favorecer a los asegurados víctimas de errores y negligencias médicas y sanitarias, produciendo como resultado una imputación cuasi-automática de responsabilidad a las aseguradoras de asistencia sanitaria por cualquier error o negligencia sanitaria cometida por los centros y profesionales de su cuadro asistencial, sin realizar un mínimo análisis en profundidad de la compleja estructura del seguro de asistencia sanitaria ni de la no menos compleja realidad del sector³³⁵.

³³⁴ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 71-72.

³³⁵ Vid. MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 31 y ss. De ÁNGEL YAGÜEZ, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, cit., pgs. 176-179. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La responsabilidad de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, RES, nº 128, 2006, pgs. 839 y ss. Mercedes VÁZQUEZ DE PADURA, *La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, RES, nº 128, 2006, pgs. 846 y ss. Julio LÓPEZ QUIROGA, Guillermo SAN PEDRO MARTÍNEZ y Antonio QUIRÓS DE SAS, *La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria*, RES, nº 128, 2006, pgs. 868 y ss. José Ignacio HEBRERO ÁLVAREZ, *Comentarios a los aspectos civiles y aseguradores de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de mayo de 2007 (Caso del anestesista Maeso)*, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, nº 7, 2007, pgs. 4 y ss. Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por*

En dos relevantes Sentencias de 4 de diciembre de 2007 (Fdto. Dcho. 13º) y 4 de junio de 2009 (Fdto. Dcho 1º)³³⁶, continuadas miméticamente por otras posteriores, la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo defiende su postura frente a la crítica de la doctrina científica, remarcando que no se imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de asistencia médico-sanitaria, sino que, el examen de las resoluciones promulgadas en los últimos años sobre la materia pone de manifiesto que la expresada responsabilidad ha venido reconociéndose o rechazándose en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso.

Conviene puntualizar que, en todos los casos enjuiciados que veremos a continuación, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la prestación del asegurador de asistencia sanitaria se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza, organizando la infraestructura asistencial que pone a disposición de sus asegurados y asumiendo una posición de garante de tales servicios³³⁷. Por el contrario, la mayoría de la doctrina científica considera que el asegurador de asistencia sanitaria asume únicamente la obligación de organizar, gestionar y abonar el coste de los servicios sanitarios en lugar del asegurado, aproximando este seguro a la subcategoría de los seguros de daños en el patrimonio.

En este estudio compartimos la visión del Alto Tribunal sobre la naturaleza asistencial de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, pues así se deriva del art. 105 LCS, en relación con sus antecedentes normativos y el desarrollo empírico de este tipo de seguro en el mercado de los seguros de salud. Sin embargo, no coincidimos en el alcance ultragarantista que el Tribunal atribuye a la prestación del asegurador, estirando las reglas de la responsabilidad civil extracontractual y contractual para hacer extensiva al asegurador la responsabilidad por los daños sobrevenidos como consecuencia de una prestación defectuosa de los servicios médico-asistenciales llevados a cabo por los centros o profesionales independientes incluidos en su cuadro

efectos adversos, errores o negligencias médicas, RES 2006, nº 128, pgs. 803 y ss. Mª del Carmen GÓNZALEZ CARRASCO, *Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España*, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 20/2007. VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., pgs. 844 y ss., quien asegura (pag. 843), que si la aseguradora sólo organiza, gestiona y facilita la asistencia pero no la presta directamente, la responsabilidad debe atenuarse por mucho que los giros jurisprudenciales, en algunos casos copernicanos, se empeñen en estirar las reglas de la responsabilidad extracontractual a campos y ámbitos donde realmente no deben prosperar.

³³⁶ RJ 2008/251 y RJ 2009/3380 respectivamente.

³³⁷ De hecho, en la Sentencia de 16 de enero de 2012 (La Ley Juris 3558/2012) el Tribunal señala abiertamente que el contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tienen que asumir los costes para el restablecimiento de su salud (negando así su naturaleza indemnizatoria), sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas.

médico, y consagrando prácticamente una unidad de culpas cuasi-automática³³⁸.

Vamos a examinar el origen y evolución de la doctrina Jurisprudencial sobre la materia³³⁹, para, finalmente concluir este estudio con un epílogo donde realizaré un análisis crítico de los principales argumentos empleados por el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil del asegurador, siguiendo la estela de la mejor doctrina científica, y plasmaré mi postura al respecto, en consonancia con las consideraciones realizadas hasta el momento sobre el origen y evolución del seguro de asistencia sanitaria y sobre la estructura íntima y finalidad última del contrato de seguro de asistencia sanitaria, añadiendo a las consideraciones estrictamente jurídicas un breve examen del problema desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

3.5.1. Examen de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo

A) Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1990**³⁴⁰ es la primera resolución del Tribunal Supremo que abordó la problemática de la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los errores o negligencias médicas-sanitarias de centros y facultativos incluidos en su cuadro médico. En el supuesto de hecho, se interpuso demanda contra el médico que practicó una intervención quirúrgica que produjo parálisis facial a una menor de 14 años, demandando también a las entidades aseguradoras Adeslas S.A. y La Catalana Compañía de Seguros S.A.

Aunque en la resolución no quedan claras todas las circunstancias que rodearon el supuesto de hecho, el Tribunal Supremo consideró probado que existía una subordinación jurídica del médico respecto a la compañía Adeslas S.A., especialmente porque el facultativo prestaba sus servicios utilizando los medios que la entidad ponía a su disposición. Se deduce, entonces, que el Tribunal consideró que el facultativo prestaba sus servicios en algún centro médico de la entidad aseguradora, estando vinculado con ésta mediante un contrato de arrendamiento de servicios, por lo que ésta resultaría responsable por hecho ajeno en la vía extracontractual ex arts. 1903 IV CC.

³³⁸ Vid. infra, IV, Epílogo.

³³⁹ II.5.1.

³⁴⁰ RJ 1990/677.

En la posterior **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1994**³⁴¹ se enjuicia una demanda de responsabilidad contra Cruz Roja Española y la entidad aseguradora ASISA S.A. por los daños neurológicos irreversibles sufridos por un menor de dos años como consecuencia de un incidente con la anestesia cuando estaba siendo intervenido en un centro de quemados de Cruz Roja para tratar las quemaduras y desgarros sufridos por el niño al recibir una descarga eléctrica cuando manipulaba un enchufe.

En este caso, el Tribunal condenó a Cruz Roja pero consideró que no existía una relación de dependencia entre los médicos y la entidad aseguradora, concluyendo así que *“mientras la recurrente Cruz Roja Española responde conforme al artículo 1903, párrafo 4, por responsabilidad directa (...) no le afecta tal responsabilidad a la aseguradora”* (Fdto. Dcho. 4º), por cuanto *“no se ha demostrado relación alguna de dependencia de los facultativos que intervinieron al menor respecto de «ASISA»; los que sí en cambio están adscritos a la Clínica de Cruz Roja Española, como dependientes de la misma, la que fue la únicamente requerida por el demandante, y sólo a través de este requerimiento actuaron los dichos médicos, sin relación alguna con la aseguradora; entidad que únicamente actuó de conformidad con el convenio preexistente con la demandada Cruz Roja Española, convenio que cumplió, no sólo en esa perspectiva de su actuación, sino también en la otra, en cuanto dispensó a su asociado o afiliado, el actor, la asistencia médica a que se comprometió”* (Fdto. Dcho. 6º).

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999**³⁴² se analizan las demandas de responsabilidad civil extracontractual dirigidas contra un médico oftalmólogo y la entidad Esfera Médica S.A., que fue absorbida luego por Adeslas S.A., por los daños sufridos por un asegurado durante una delicada intervención de cataratas. En el supuesto de hecho se da la peculiaridad de que, ante la dificultad de la intervención, la entidad aseguradora recomendó expresamente al especialista codemandado para realizar la intervención, en lugar de nombrar a un especialista cualificado en problemas de retina.

A juicio del Alto Tribunal *“...a la recurrente no cabe reputarla totalmente ajena a las consecuencias del grave actuar imprudencial en que incurrió el facultativo de su cuadro médico, que lo había elegido y designado voluntariamente para formar parte del mismo, indudablemente por su cualificación profesional. En este caso se reconoció expresamente, toda vez que conforma hecho probado, que los órganos directivos superiores de «Esfera Médica, SA» (hoy «Adeslas, SA»), tuvieron conocimiento del alcance de la gravedad de la operación y autorizaron y recomendaron expresamente al doctor codemandado para su asistencia al actor, conviniendo los correspondientes honorarios, con lo que se omitió la intervención de un superespecialista en retina que era lo procedente. De este modo la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente, con apoyo probatorio adecuado, pues evidentemente entre*

³⁴¹ RJ 1994/7307.

³⁴² RJ 1999/7998.

«Adeslas, SA» y el médico medió vínculo contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios y si bien el mismo no crea propia relación jerárquica, sí genera la contractual correspondiente a este contrato y así lo ha establecido la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\677), la que resulta incrementada por la especialidad que supone la prestación de servicios facultativos a fin de procurar la mejora de la salud de las personas aseguradas mediante la correspondiente póliza. Dicha responsabilidad convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado y obliga a aquélla a prestar la asistencia no sólo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, el que resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y como sucede en este caso con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo que practicó la operación y atendió también al enfermo en el postoperatorio; acreditando todo ello una actuación de la recurrente carente de cuidado, celo y atención no sólo en la elección del médico de principio, que impone a los asegurados, sino también suficientemente intensificada cuando designó quién debía realizar la operación que sufrió el demandante, en el ámbito de sus facultades de aprobar las exploraciones e intervenciones a practicar, dejando de lado la propia actuación médica; con lo cual vino a solidarizarse con resultado negativo que se produjo, por lo que debe de asumir las correspondientes responsabilidades, no sólo por el hecho ajeno, sino también por hecho propio, dándose yuxtaposición de culpas, la contractual referida (aseguradora-asegurado) y extracontractual, ésta en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, toda vez que en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a paciente como el que nos ocupa, concurren conjuntamente los aspectos contractual y contractual (SS. 7-2-1990 [RJ 1990\668] y 22-2-1991 [RJ 1991\1587]), actuando la extracontractual completando a la contractual (SS. de 11-3 y 8-7-1996 [RJ 1996\2415 y RJ 1996\5663])”.

Por lo tanto, existe dependencia del médico respecto a la aseguradora en tanto en cuanto aquél fue nombrado e impuesto expresamente por ésta al asegurado para realizar la intervención quirúrgica, circunstancia particular que determina su condena por responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno (art. 1903 IC IV), pero también -y fundamentalmente- por hecho o culpa propia *in eligendo* (art. 1902 CC). Además el Tribunal utiliza un argumento adicional al declarar que la responsabilidad extracontractual convive con la responsabilidad que surge de la relación contractual entre aseguradora y asegurado y que obliga a aquella a ofrecer y prestar una asistencia sanitaria idónea, segura y eficaz, lo cual alcanza a la elección del facultativo adecuado, resultando defraudado el asegurado si la asistencia recibida resulta incorrecta. Así se da un paso adelante en la justificación de responsabilidad de la entidad aseguradora, ahora con base en el resultado esperado por el contrato de seguro, si bien en este caso esa responsabilidad encuentra plena justificación

por el hecho de haber intervenido directamente el asegurador en el nombramiento del facultativo³⁴³.

De las tres resoluciones expuestas hasta el momento, se extrae la clara conclusión de que, en un primer momento, el Tribunal Supremo supeditaba la responsabilidad civil extracontractual del asegurador de asistencia sanitaria a la existencia de una relación de dependencia directa con los profesionales que cometieron la negligencia médica, la cual sólo consideraba probada si los facultativos trabajaban en un centro médico titularidad del asegurador o bien habían sido nombrados específicamente por éste para atender al asegurado, utilizando prioritariamente los criterios de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* característicos de la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903 IV CC), pero incluyendo también por primera vez la responsabilidad contractual derivada directamente del contrato de seguro.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999**³⁴⁴, ha sido considerada por la doctrina como el punto de inflexión en la doctrina del Tribunal, abriendo paso a una línea de responsabilidad más amplia e indeterminada a favor de los asegurados perjudicados.

En este caso, se demandó a un oftalmólogo que no detectó una esquirla en el ojo de la demandante como consecuencia de un accidente laboral, lo que provocó posteriormente un desprendimiento de retina que provocó la pérdida de visión del ojo izquierdo. También se demanda a la entidad aseguradora Mutua Vizcaya Industrial, vinculada con el médico mediante un contrato de arrendamiento de servicios por el que éste se comprometía a prestar asistencia a los asegurados de aquélla cobrando una remuneración por acto médico. La Sala reproduce íntegramente los fundamentos de la STS de 2 de noviembre de 1999, considerando acreditada la concurrencia de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno *“pues entre Mutua Vizcaya Industrial y el médico medió conexión contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios, y si bien la misma no crea propia relación jerárquica, sí genera la contractual relativa a dicho contrato...”*. Además introduce el argumento adicional de responsabilidad contractual ex seguro, señalando que la relación contractual entre la aseguradora y la asegurada *“obliga a aquélla a prestar la asistencia no sólo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, quien resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y, como sucede en este caso, con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo que atendió a la lesionada; con lo que vino a solidarizarse con el resultado negativo producido, por lo que debe asumir las correspondientes responsabilidades, no sólo por el hecho ajeno, sino también por el propio”*.

³⁴³ Cfr., MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 35.

³⁴⁴ RJ 1999/8057.

La doctrina científica ha criticado duramente esta sentencia por ampliar el concepto de dependencia -que justifica la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno ex art. 1903 IV CC- a las relaciones de arrendamiento de servicios entre asegurador y asegurado, aun en los casos en que aquel no designe de forma específica al facultativo para que preste asistencia sanitaria al asegurado, siendo éste quien lo elige libremente entre los profesionales incluidos en el cuadro médico del asegurador. Asimismo se apunta el despropósito que supone hacer referencia a la obligación del asegurador de proporcionar la asistencia más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo cuando, en el caso concreto, no hubo ninguna elección de facultativo por la aseguradora, sino que fue elegido libremente por el asegurado³⁴⁵.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, en la ya citada Sentencia de 4 de diciembre de 2007, ha encontrado una disculpa para la criticada Sentencia de 10 de noviembre de 1999, señalando que en ésta parece apuntarse a la elección directa del médico por la aseguradora en el caso concreto, al indicarse en los fundamentos jurídicos de la misma que “...*la resolución recurrida no ha tenido en cuenta que el facultativo demandado no pertenecía a la plantilla de médicos adscritos a la recurrente*”. De modo que, si efectivamente la aseguradora hubiera nombrado directamente al médico (lo cual sería cierto de corroborarse que no formaba parte de su cuadro médico), tendría pleno sentido la reproducción de los *dicta* de la STS de 2 de noviembre de 1999, manteniéndose la misma doctrina restrictiva de las situaciones de dependencia justificativas de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno (*culpa in eligendo*) y contractual por no ofrecer la garantía más segura y eficaz al errar en la elección de facultativo.

En cualquier caso, la opción de ampliar la responsabilidad médica y sanitaria a las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria mediante una aplicación cuasi-automática de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno estaba tomada ya, y se confirmó con la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004**³⁴⁶, la cual, en un caso de daños cerebrales irreversibles con motivo de varias paradas cardiorrespiratorias sufridas por un paciente durante una intervención quirúrgica practicada en una clínica concertada con la entidad Adeslas S.A., se limitó nuevamente a reproducir los fundamentos jurídicos de la Sentencia de 2 de noviembre de 1999. A diferencia de la Sentencia de 10 de noviembre de 1999, en este caso no se aprecia vestigio alguno de que la clínica fuera designada directamente por el asegurador, por lo que se estaría deduciendo la relación de dependencia del contrato de servicios celebrado entre la clínica y la entidad aseguradora.

³⁴⁵ Cfr., MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 36-37. También, SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La responsabilidad de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, cit. Pgs. 841 y ss.

³⁴⁶ RJ 2004/7238.

Asimismo, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006**³⁴⁷, en un caso de pinzamiento del nervio ciático de un recién nacido con motivo de una inyección aplicada por una enfermera de la clínica donde se atendió el parto, la cual estaba integrada en el cuadro médico de Caja Salud Seguros y Reaseguros S.A., consideró los hechos subsumibles en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno del art. 1903 IV CC, que califica como “*responsabilidad del empresario como responsabilidad vicaria de la empresa empleadora (...) que incluso abarca a la responsabilidad por negligencia profesional del personal de la misma, cuya actividad no puede ser controlada de forma directa por la patronal en la que aquél presta sus servicios (...)* Resultando una responsabilidad de la empresa sobre la que surge la posibilidad de ser exigida directamente” (Fdto. Dcho. 1º).

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007**³⁴⁸ establece el carácter solidario de la responsabilidad por mala praxis médica entre el profesional y la aseguradora de asistencia sanitaria, invocando al efecto el art. 1903,4º CC, considerando irrelevante si la relación entre aseguradora y médico es laboral o no laboral o si hay mayor o menor grado de dependencia entre los médicos y el asegurador, lo cual -dice- en ningún caso puede invalidar la responsabilidad de la aseguradora como prestataria de servicios de asistencia sanitaria por hecho ajeno de los profesionales y centros que efectivamente prestan la asistencia. Esta sentencia apunta también que la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno convive con la contractual entre aseguradora y asegurado, por incumplimiento de la primera de prestar la asistencia más segura y eficaz, que alcanza la elección del facultativo más adecuado.

B) Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad contractual de la entidad aseguradora por la mala prestación del servicio por parte de los centros y profesionales concertados

Realmente el verdadero cambio de criterio o punto de inflexión en la doctrina del Alto Tribunal se estaba produciendo ya desde la Sentencia de 2 de noviembre de 1999 (cuyos argumentos fueron reproducidos por las posteriores de 10 de noviembre de 1999 y 17 de noviembre de 2004), pues aunque se ponía el acento en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, comenzó a introducirse -como argumento de refuerzo- la responsabilidad contractual de la aseguradora fundada en el incumplimiento de la obligación de prestar la asistencia sanitaria no sólo más idónea para la enfermedad del asegurado, sino también la más segura y eficaz. Aunque esa responsabilidad contractual parecía limitarse a los casos en que la aseguradora eligiera el facultativo adecuado para ponerlo al servicio del cliente; circunstancias que sólo se confirma claramente en la Sentencia de 2 de noviembre de 1999.

³⁴⁷ RJ 2006/3080.

³⁴⁸ RJ 2007/8253.

El caso es que el criterio contractual cobra fuerza por sí mismo a partir de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001**³⁴⁹, en la que se reclama indemnización por la lesión del nervio radial como consecuencia de un indebido pinzamiento durante una operación para reparar una fractura en el brazo y mano derechos.

Considera el Tribunal en este caso que la pretensión indemnizatoria que se ejercita *“deviene del contrato o póliza de seguro de asistencia sanitaria y en base a la función contractual que ocupa la demandada”*. *“La acción ejercitada, clara y contundentemente, es la de responsabilidad contractual, por las resultas dañosas derivadas de la deficiente prestación sanitaria prestada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que liga a demandante y demandada y por ello, a nadie más es preciso traer a este pleito para que quede bien trabada la litis y, consiguientemente, no tiene cabida la pretensión de litisconsorcio pasivo necesario”* (Fdto. Dcho. 1º).

Obsérvese que se desliga por completo la responsabilidad de la entidad aseguradora de la responsabilidad de los facultativos o profesionales causantes del daño al asegurado demandante, imputando a éstos responsabilidad extracontractual y a la entidad responsabilidad contractual por hecho propio derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de seguro de asistencia sanitaria. En consecuencia, podrá demandarse a la entidad por hecho propio sin necesidad de tener que demandar también a los centros y profesionales causantes del daño reclamado. De modo que, probada *“la producción del resultado lesivo en el ámbito del contrato de asistencia médica concertada entre las partes por una defectuosa prestación del servicio por personal y en centro pertenecientes al cuadro médico de aquélla”*, debe estimarse *“que en virtud del contrato suscrito, la entidad apelante asumió no sólo el pago de los gastos médicos sino la efectiva prestación de la asistencia sanitaria a través de los facultativos y los medios que la misma determina y en las condiciones y requisitos que la póliza detalla, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la compañía”*. Y lo anterior continúa- no se desvirtúa por el hecho de *“si la relación es laboral o no laboral, si hay mayor o menor grado de dependencia, entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro”*, lo cual concluye- *“no es cuestión que, en modo alguno, puede invalidar la responsabilidad directa de la compañía, como prestataria de los servicios”*. (Fdto. Dcho. 2º).

Así pues, se afirma contundentemente la responsabilidad contractual directa de la entidad aseguradora por los actos cometidos por los centros y profesionales integrados en sus cuadros médicos, a los que se considera auxiliares o agentes en el cumplimiento de la prestación de servicios sanitarios, resultando indiferente la naturaleza de la relación que les une con la entidad (laboral, de servicios...) y el mayor o menor grado de dependencia. Con ello, aunque implícitamente se está refiriendo al carácter objetivo de la responsabilidad

³⁴⁹ RJ 2001/4974.

contractual por actos de los auxiliares, sin necesidad de demostrar la concurrencia de culpa *culpa in eligendo o in vigilando*, ni de demostrar siquiera si existe o no una situación de dependencia o subordinación jerárquica³⁵⁰, realmente la Sentencia está afirmando la responsabilidad contractual por hecho propio. La entidad oferta la prestación de servicios sanitarios, que presta mediante una serie de centros y profesionales previamente seleccionados por ella, por lo que no hay una libertad de elección plena, sino limitada a ese cuadro médico, y en consecuencia debe responder de la mala ejecución de los servicios.

Esta doctrina fue seguida de manera casi literal por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004**³⁵¹, que enjuicia los daños padecidos por el hijo de la demandante durante el parto como consecuencia de un sufrimiento fetal no detectado a tiempo, condenando solidariamente por responsabilidad contractual al médico y a la comadrona, y también a la mutua Asistencia Sanitaria Colegial que incluía en su cuadro asistencial a los dos profesionales antedichos, absolviendo a la clínica donde se asistió al parto por entender que se había limitado a ceder las instalaciones a los profesionales mediante un contrato de clínica u hospitalización celebrado con la paciente, sin intervenir directa o indirectamente en el daño producido.

Considera el Tribunal en este caso que la aseguradora resulta responsable *“porque el daño se produjo en el ámbito de la relación contractual que mediaba entre la demandante y la recurrente”*, en tanto que *“la recurrente había asumido la obligación de prestar a sus afiliados los servicios médicos y porque (...) la prueba evidencia que promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos (la elección de médico de entre los incluidos en su lista y el pago por su parte de cada acto asistencial), sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta de contrato y, al fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida, como se ha señalado antes”*.

Esta Sentencia confirma el criterio de la responsabilidad contractual de la aseguradora, que consiste en el incumplimiento de la obligación de garantía asumida por el asegurador de asistencia sanitaria, la cual no se agota en la prestación de los servicios sanitarios ofrecidos en la póliza, sino que se extiende también a la correcta ejecución de los mismos³⁵². Pero quizás lo más característico es que refuerza el criterio de la responsabilidad contractual, al añadir a mayor abundamiento que esa prestación de garantía del asegurador

³⁵⁰ STS de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1656). Cfr. Supra III.4.2.

³⁵¹ RJ 2004/6066.

³⁵² En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14), de 5 de mayo de 2004 (AC 2004/1834), se afirma contundentemente sobre la base de la doctrina vertida en la STS de 19 de junio de 2001, que *“la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio...”* (Fdto. Dcho. 2º).

se integra en la oferta del contrato mediante actos de publicidad de acuerdo con la normativa de defensa de los consumidores y usuarios³⁵³.

C) *Sentencias que aplican el criterio de la responsabilidad objetiva de los servicios sanitarios en aplicación de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios*

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001**³⁵⁴, antes referida, en la que se solicita indemnización por una lesión provocada por un pinzamiento del nervio radial durante una intervención quirúrgica, dio un paso más en la interpretación *pro consumatore* del problema, aplicando directamente la responsabilidad objetiva prevista en el art. 28.2 LGDCU 1984 (actual art. 148 II TRLGDCU 2007) para los “servicios sanitarios” a las entidades de asistencia sanitaria por errores y negligencias de su cuadro médico. Ciertamente, este criterio se utiliza con carácter auxiliar o complementario, pues esta resolución - como antes vimos- ya había imputado responsabilidad contractual a la aseguradora por la frustración de la seguridad esperada en la prestación de los servicios sanitarios.

Así, considera que los conceptos de servicio sanitarios incluido en el art. 28.2 LGDCU “a no dudar comprenden los prestados en el caso, por la compañía demandada”. Con lo cual equipara el concepto de servicio sanitario del art. 28.2 LGDCU con la prestación directa de servicios sanitarios por parte de entidades aseguradoras, ex art. 105 LCS. Añade, no obstante, a continuación, que: “La conexión de estas normas con el artículo 1903 del Código Civil son evidentes, pues lo que vienen a establecer es que cuando las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad, se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquella a efectos de la realización de los dichos servicios, existe presumida por la Ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, aunque la relación no se formule como dependencia laboral, puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos, para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva, lo que no excluye, a efectos internos, que la entidad demandada “aseguradora” pueda reclamar, dentro de su esquema sanitario, de quién o quiénes produjeran los concretos perjuicios”. (Fdto. Dcho. 2°).

Parece, pues, que se pone en directa relación la responsabilidad aquiliana o extracontractual por hecho ajeno con la responsabilidad objetiva de tutela de

³⁵³ Art. 61.2 TRLGDCU 2007: “El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”.

³⁵⁴ RJ 2001/4974.

consumidores y usuarios prevista para los servicios sanitarios. Dicho de otro modo, que la aplicación de la denominada responsabilidad objetiva del art. 28.2 LGDCU (art. 148 II TRLGDCU 2007) no se puede realizar de forma automática, sino sólo cuando el servicio sanitario causante de daños se haya prestado de forma anómala y siempre que esos servicios incluyan una garantía de pureza, eficacia y seguridad, de modo que sea el incumplimiento de esos niveles lo que determine la responsabilidad. Con lo cual su aplicación no está por completo exenta de reproche culpabilístico, ya que, en conexión necesaria con el apartado I de la misma norma, el demandado podrá exonerar su responsabilidad si prueba que ha cumplido con las exigencias del art. 148 I TRLGDCU.

Sea como fuere, parece obvio que carece de sentido la aplicación de la responsabilidad objetiva a las entidades de asistencia sanitaria (a pesar de que este criterio se aplica sistemáticamente por muchas Audiencias Provinciales que citan como referencia la STS de 19 de junio de 2001, quizás por la “comodidad” del argumento y el “*imperium*” de la doctrina del Alto Tribunal). La propia doctrina del Tribunal Supremo establece que esta responsabilidad debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos³⁵⁵. Por ello, no puede aplicarse a casos de negligencia médico-profesional, como sucede en el caso de autos, sino cuando se producen fallos en la estructura o funcionamiento de un centro sanitario. Y tampoco puede aplicarse a la entidad de asistencia sanitaria que se limita a cumplir con su actividad aseguradora de organización, gestión y puesta a disposición de servicios sanitarios, salvo en el caso de que sea la misma entidad la que preste esos servicios a los asegurados por medio de centros y personal incluido en su infraestructura empresarial³⁵⁶.

El propio Tribunal Supremo, en la posterior e importante **Sentencia de 4 de diciembre de 2007**³⁵⁷, señala que “*en la mayoría de las sentencias de esta Sala la cita de la LCU (...) se ofrece como un argumento auxiliar*”. Y considera al respecto que: “*Por lo demás, este criterio parece irrelevante, pues en el caso de que la aseguradora contractualmente haya asumido la prestación médica, o su responsabilidad dimane de otros criterios relacionados, como los de dependencia, garantía contractual de la prestación, garantía de la calidad de la misma, o intervención directa en la elección o actuación del facultativo, su responsabilidad dependerá de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse la existencia de este tipo de responsabilidad médica o sanitaria*”. Y concluye en que: “*Los criterios de responsabilidad objetiva contemplados en la LCU únicamente son relevantes, según se ha dicho, para determinar la*

³⁵⁵ STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552) y STS de 24 de mayo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100321).

³⁵⁶ Vid. supra, III.4.3.

³⁵⁷ RJ 2008/251.

existencia de responsabilidad por parte de los servicios médicos, pero ésta, por sí, no predetermina la responsabilidad de la aseguradora” (Fdto. Dcho. 13º).

Se resta así importancia, de manera muy significativa, al criterio de la responsabilidad objetiva, que seguramente quedará desterrado para siempre de la Jurisprudencia futura del Tribunal Supremo cuando aborde nuevos casos de responsabilidad del asegurador por errores o negligencias sanitarias de su cuadro médico independiente.

D) Últimas Sentencias. Consolidación de la doctrina jurisprudencial y opción preferente por el criterio de la responsabilidad contractual

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dado un paso importante en los últimos cuatro años para consolidar su doctrina favorable a exigir responsabilidad a las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria por los errores y negligencias de su cuadro médico, limando y puliendo algunos aspectos oscuros y discutibles de la doctrina elaborada desde la primeras sentencias relevantes del año 1999, pero dejando abiertas varias posibilidades de imputación de responsabilidad a las aseguradoras.

La doctrina del Supremo se sintetiza ahora en la fundamental **Sentencia de 4 de diciembre de 2007**³⁵⁸, cuya doctrina es ratificada y consolidada por la no menos fundamental **Sentencia de 4 de junio de 2009**³⁵⁹.

Aunque parecen seguir una postura ecléctica, dejando abierta la puerta a una solución *ad hoc* del caso aplicando el criterio que mejor se ajuste -de entre los utilizados hasta el momento- al caso concreto, realmente de estas últimas sentencias sobre la materia se desprende una opción preferente por la apreciación del asegurador como garante del servicio sanitario prestado por los centros y facultativos incluidos en su cuadro médico y por el criterio de la responsabilidad contractual.

La **Sentencia de 4 de diciembre de 2007**, en un caso de contagio de hepatitis C como resultado de una transfusión de sangre realizada por los profesionales de un laboratorio clínico integrado en el cuadro asistencial de la entidad Adeslas S.A., realiza un considerable esfuerzo sistemático y analítico de todos los criterios que hasta la fecha ha venido utilizando el Tribunal Supremo en casos similares; a saber:

- a) La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el art. 1903 I y IV CC.

³⁵⁸ RJ 2008/251.

³⁵⁹ RJ 2009/3380.

- b) La responsabilidad contractual contraída por la aseguradora de asistencia sanitaria, en la medida en que garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica.
- c) La responsabilidad basada en la forma de actuación de los facultativos en virtud del principio de apariencia y los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores.
- d) La responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos, que actuarían así como auxiliares de la aseguradora en el ámbito de la prestación contractualmente convenida.
- e) La responsabilidad en aplicación de la Legislación para la defensa de consumidores y usuarios.

Tras examinar el supuesto de hecho, concluye imputando responsabilidad contractual a la aseguradora por la negligencia cometida por uno de los centros concertados, reforzada por la concurrencia del principio de apariencia y de actos de publicidad que integran la oferta contractual³⁶⁰, apartando de manera muy significativa la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno mediante una apreciación más rigurosa y realista de la relación de dependencia.

En concreto, por lo que se refiere a la responsabilidad por hecho ajeno dimanante de una relación de dependencia fundada en una relación de arrendamiento de servicios entre la aseguradora y el centro o profesional sanitarios, entiende el Tribunal que para poder fundar la dependencia en ese tipo de relación e imputar responsabilidad extracontractual por hecho ajeno (citando como ejemplo las Sentencias de 12 de febrero de 1990 y 10 de noviembre de 1999), *“debe salvarse el escollo de que el médico es un profesional independiente, el cual, en principio, responde por sí mismo - siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad...”*, señalando que precisamente para superar ese obstáculo algunas Sentencias, como la de 2 de

³⁶⁰ Criterios de imputación coincidentes de alguna manera con los utilizados en la práctica estadounidense para exigir responsabilidad civil (*“tort law”*) a las *“Health Maintenance Organizations”* (HMOs) por la prestación defectuosa de servicios médicos organizados por ellas. En concreto la jurisprudencia estadounidense recurre a la doctrina de la *“vicarious liability”*, un tipo de responsabilidad secundaria basada en la doctrina del *“superior responsible”* (*“respondeat superior”*) para hacerle responsable por los actos de los subordinados, o en la doctrina de la representación aparente (*“ostensible agency”*) que, en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, se aplica frecuentemente para hacer responsables a clínicas y hospitales por los actos de profesionales independientes contratados por el hospital que trabajan en determinadas operaciones en el hospital, en tanto en cuanto aparentemente esos profesionales se presentan como empleados o subordinados del centro. Pues bien esta doctrina se ha aplicado también para hacer responsables a los aseguradores de servicios sanitarios (HMOs) por los servicios defectuosos prestados por los profesionales independientes contratados por aquellos para prestar los servicios a sus asegurados. Vid. al respecto, Stephanie L. SCHAEFFER, *Cause of action against a health maintenance organization under state tort law*, Westlaw Database, September 2009.

noviembre de 1999, contemplan algún elemento adicional, cual es “la elección directa del médico por la aseguradora”.

Así pues, por primera vez se indica con meridiana claridad que no se puede fundar la dependencia justificativa de la responsabilidad extracontractual vicaria en la mera existencia de un contrato de servicios entre la aseguradora y los centros o profesionales incluidos en su cuadro médico, sino que tiene que darse algún elemento adicional (v.gr., el nombramiento directo del médico o del centro por el asegurador) para aplicar ese criterio. Concluye entonces en que: *“El criterio de responsabilidad por hecho de otro en virtud de la relación de dependencia contemplado en el artículo 1903.4 CC, no resulta aplicable en el caso examinado, pues no se ha alegado la existencia de relación laboral (y ni siquiera de arrendamiento de servicios, que por sí mismo podría resultar insuficiente) entre los responsables del laboratorio que suministró las bolsas de plasma para la transfusión o quienes la realizaron y la aseguradora. La sentencia recurrida funda la responsabilidad en el hecho, admitido por las partes litigantes, de que el centro en el que se practicó la transfusión estaba concertado con la aseguradora; sin embargo, según se ha visto, la jurisprudencia considera este hecho, en sí mismo, como insuficiente para la apreciación de una situación de dependencia, y no se ha demostrado que el centro esté gestionado de manera directa o indirecta por la aseguradora. Por ello es menester atender a otras circunstancias de la relación de aseguramiento, algunas de ellas destacadas en la sentencia recurrida, y otras susceptibles de ser apreciadas por esta Sala en virtud de la doctrina que faculta al tribunal de casación para la integración del factum [hechos]”* (Fdto. Dcho. 13º).

Y esas otras circunstancias son el compromiso contractual asistencial o de servicios adquirido por el asegurador de asistencia sanitaria frente al asegurado y la integración publicitaria de la oferta del contrato.

Según el Tribunal, *“el examen de la póliza de aseguramiento permite establecer que en el caso examinado la obligación de la aseguradora, en los términos que autoriza el artículo 105.2 LCS, comprendía no solamente la asunción del coste económico de las operaciones médicas, sino también su prestación por medio de médicos o establecimientos que actuaban como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones. En el artículo 1 de la póliza se hace referencia, como cometido de la aseguradora, a las prestaciones de asistencia médica; en el art. 16 de la póliza se atribuye, al incluir las transfusiones de sangre, «[a] cargo del aseguradora el acto médico de la transfusión en todos los casos, así como la sangre y/o plasma a transfundir dentro del sanatorio». Esta expresión -como arguye la aseguradora en su recurso- sería insuficiente para sostener que la aseguradora asumía la prestación (pues sólo hace referencia a su cargo), pero es suficiente para despejar las dudas que puedan suscitarse contemplar lo que se dispone en el número 37 del mismo artículo respecto de las transfusiones de sangre a domicilio, pues respecto de ellas, que guardan una indudable relación lógica con las realizadas en el sanatorio, se prescribe que la transfusión será*

«[p]rescrita por médicos del asegurador y realizadas por transfusores del mismo [...]». En las cláusulas del contrato se hace referencia en diversos lugares a los médicos o especialistas «del asegurador», o al internamiento en sanatorios o centros «designados por el asegurador». Analizado así el contenido de la póliza, se considera que “desde el punto de vista del principio de apariencia y de los actos de publicidad que integran el contenido normativo del contrato según la legislación de consumo se confirma y refuerza la conclusión anterior”, pues “se advierte la existencia en autos de cartas dirigidas al asegurado en una de las cuales se hace referencia a la introducción de especialistas de alta cualificación y a la incorporación al Cuadro médico de médicos consultores de gran prestigio y profesionalidad, y en otra de ellas se hace referencia a la oferta por parte de la aseguradora de cuadros médicos amplios y seleccionados, servicio y atención de calidad permanente, y, se afirma que la aseguradora es una de las compañías líderes del mercado de seguros de asistencia sanitaria fundándose, entre otros extremos, en la existencia de cuadros médicos y clínicas «a su servicio». Estos antecedentes revelan que la aseguradora no se limitó a asumir una simple posición de aseguramiento de los costos de la asistencia, sino que su garantía se extendía contractualmente a la calidad de los servicios prestados mediante cuadros médicos objeto de una especial selección y clínicas a su servicio” (Fdto. Dcho. 13).

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008**, abunda en el argumento contractualista, al señalar que la asistencia en parto por parte de la clínica codemandada tiene su razón de ser en la relación contractual entre la demandante y la aseguradora de asistencia sanitaria codemandada, concluyendo que tanto la clínica como la matrona que asistió en el parto a la actora actuaron como auxiliares en el cumplimiento de la obligación de asistencia sanitaria comprometida contractualmente por la aseguradora, la cual no presta asistencia por sí misma, sino a través de quienes contrata para poder cumplir el contrato.

En parecidos términos se pronuncia la **Sentencia de 4 de junio de 2009**, en un caso de indemnización por la actuación negligente del personal sanitario de una clínica concertada con la entidad Adeslas S.A. que produjo graves daños cerebrales en una recién nacida mediante la administración de un medicamento y que a la postre provocó su fallecimiento. Esta resolución reproduce en esencia el análisis sistemático de la anterior sentencia de 4 de diciembre de 2007, pero, a diferencia de ésta (mucho más pulcra en sus argumentos solutorios), entremezcla los planos de la responsabilidad extracontractual y la contractual.

Se afirma, en concreto, al examinar la aplicación de la responsabilidad extracontractual que “las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas”; ya que “la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos

movemos". "De esa forma, se llega a la condena por vía del art.1903 C.C a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, que no es de carácter laboral directa puesto que no es contratada laboral de plantilla de Adeslas, sino indirecta por razón del concierto con la Clínica Santa Elena donde dicha señora presta sus servicios, ya que la función del asegurador "no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección, e idoneidad de los medios personales y materiales empleados"; argumento que sería suficiente para establecer la responsabilidad por hecho ajeno desde la idea de que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado- cliente" (Fdto. Dcho. 1º).

Se insiste en el carácter de garante y no de mero facilitador o intermediario del servicio sanitario de la entidad aseguradora, reforzando significativamente la doctrina del Alto Tribunal respecto a la naturaleza y alcance de la prestación asumida por una entidad de asistencia sanitaria. Sin embargo, no se acaba de entender demasiado bien cómo se puede extraer de la naturaleza y alcance de la prestación del asegurador la pretendida relación de dependencia indirecta entre la aseguradora y el personal de un centro clínico concertado con ella a través de un contrato de arrendamiento de servicios³⁶¹.

Pero el aspecto más relevante de la sentencia es el análisis de la responsabilidad contractual de la entidad aseguradora, a partir de la consideración de la obligación de ésta como una obligación de resultado que alcanza no sólo a la garantía de prestación efectiva del servicio sanitario sino que se extiende a la garantía de calidad de los mismos. Se dice así que *"al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado el pago por la aseguradora no solo el coste económico de las operaciones médicas, y los gastos de estancia y manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la Póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios de Adeslas que de esa forma vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea*

³⁶¹ El art. 1903 CC es en realidad un supuesto de responsabilidad directa o propia de la organización empresarial por los actos que realizan personas que tiene a su cargo o emplea. Deducir una responsabilidad extracontractual de la entidad aseguradora por una persona, una profesional sanitaria, que no depende directamente de ella, que no ha elegido ni puede vigilar (responsabilidad *"in eligendo"* e *"in vigilando"*) resulta a todas luces excesivo. De ahí la importancia del argumento corrector de la STS de 4 de diciembre de 2007. Vid. Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Comentario a la Sentencia de 4 de junio de 2009, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, pgs. 470 y ss.

por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero” (Fdto. Dcho. 1º).

Lo que no queda del todo claro es si se está derivando el incumplimiento de la obligación contractual nuevamente hacia la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, o si, por el contrario, se está haciendo referencia -de forma imprecisa- a la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares, o bien ambas cosas (acumulando responsabilidades). La referencia a los auxiliares contractuales sugiere que es ésta última la intención del Tribunal. Y así parecen confirmarlo los *dicta* posteriores, en los que se insiste en que la obligación no se limita a la gestión asistencial sino que alcanza también a la garantía de calidad de los servicios, reforzada ésta por la publicidad que las propias compañías realizan de sus servicios: *“La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela”.*

Por último, a los argumentos anteriores, se añaden otros en los que el Tribunal parece querer justificar el carácter de auxiliar contractual de los centros y médicos concertados en el hecho de que no existe una libertad de elección, sino que aquellos se imponen directa o indirectamente por la aseguradora: *“El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 de la Ley del Contrato de Seguro, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden” (Fdto. Dcho. 1º).*

El Tribunal entiende entonces que la aseguradora impone los profesionales aunque sea en forma plural, al no permitir al asegurador elegir fuera del cuadro asistencial; y de ahí deduce una relación de dependencia que justifica tanto la responsabilidad por hecho ajeno como la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares.

La resolución comentada concluye con una declaración de principios sobre la doctrina de la Sala sobre esta materia, que suena a consolidación doctrinal y que augura un oscuro panorama para las entidades de asistencia sanitaria, que

seguramente se verán abocadas a responder en todo caso, sea por la vía extracontractual por hecho ajeno o sea por la contractual, hasta que no tenga lugar una reforma normativa que el propio Tribunal considera deseable y necesaria.

Dice así la sentencia que: *“Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad”* (Fdto. Dcho 1º).

Y efectivamente así ha sucedido. La doctrina del TS se reitera de forma casi mimética en otras relevantes resoluciones posteriores, como la **Sentencia de 4 de noviembre de 2010**³⁶², la **Sentencia de 16 de enero de 2012**³⁶³ y la **Sentencia 24 de mayo de 2012**³⁶⁴.

En la **Sentencia de 4 de noviembre de 2010**, donde se enjuicia el caso de un error de diagnóstico de un ginecólogo al no apreciar en el feto graves malformaciones que concluyeron con el nacimiento de una niña sin ambos brazos, concluye que *“por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, Sanitas S.A., y la codemandante, el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato (...) Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación*

³⁶² RJ 2010/ 208802.

³⁶³ La Ley Juris 3558/2012.

³⁶⁴ Id Cendoj: 28079110012012100321.

de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo”.

La **Sentencia de 16 de enero de 2012** enjuicia el caso de una operación de disectomía cervical, a resultas de la cual el paciente quedó afectado de una tetraplejía severa en ambas extremidades inferiores y parte de las superiores, con necesidad de ayuda para la vida diaria. El Tribunal insiste en los mismos argumentos de las resoluciones anteriores, señalando que la compañía no asume una posición de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual y contractual, produciéndose una situación de dependencia entre la compañía de seguros y el médico demandado sea por vínculos laborales o sea por un contrato de arrendamiento de servicios a favor del asegurado. Señala asimismo que quienes integran el cuadro médico del asegurador actúan como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones médicas, a partir de lo cual resulta posible responsabilidad a la compañía de los daños ocasionados por una mala praxis profesional. Y termina apuntando que la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela, indicando que el contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tienen que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas³⁶⁵.

Finalmente, la **Sentencia de 24 de mayo de 2012**, trata sobre las graves secuelas sufridas por un recién nacido como consecuencia de sufrimiento fetal durante el parto, repitiendo el argumentario fijado por el Tribunal en las fundamentales sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio de 2009, lo cual demuestra la consolidación de la doctrina construida por el TS en los últimos años, viendo en el seguro de asistencia sanitaria una garantía de la prestación de servicios sanitarios comprometidos en el contrato, incluyendo en esa garantía el resultado final, y en consecuencia, haciendo responsable al asegurador de los daños experimentados por el asegurado como consecuencia de una mala praxis médica.

3.5.2. La mora del asegurador ante el cumplimiento defectuoso de la prestación de servicios sanitarios por los centros y profesionales incluidos en su cuadro médico

³⁶⁵ Vid. un comentario de esta sentencia en PANIZA FULLANA Antonia, *Las Entidades Aseguradoras de Asistencia Sanitaria ante la Falta de Diligencia del Médico por Omisión de Información (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 2012)*, Revista Aranzadi Civil -Mercantil, núm. 3, junio 2012, pgs. 61 y ss.

Se expuso antes³⁶⁶, al estudiar la aplicación del art. 20 LCS al cumplimiento tardío o incumplimiento de la obligación de acceso a los servicios sanitarios comprometidos en la póliza, que en caso de que el cumplimiento tardío no resulte útil al asegurado, no resulte idóneo para tratar su enfermedad o lesión, o no llegue a producirse por cualquier causa, se convertirá en incumplimiento definitivo, en cuyo caso la mora del asegurador pierde su razón de ser y será sustituido el art. 20 LCS por el régimen general de incumplimiento del Código Civil. A eso se añade que la estructura normativa de la norma piensa exclusivamente en las prestaciones de carácter indemnizatorio propias de los seguros de daños.

Considero que esta misma conclusión podría ser aplicable también a los casos de cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria por parte de centros y profesionales concertados que termine en una condena de la entidad aseguradora al pago de la indemnización establecida. Aunque, desde luego, se trata de una cuestión compleja, de difícil respuesta, ya que caben argumentos convincentes a favor de la aplicación o no del art. 20 LCS a las prestaciones de servicios.

La mayoría de resoluciones judiciales que imputan responsabilidad al asegurador de asistencia sanitaria por errores o negligencias médicas de su cuadro médico, suelen imponer de manera automática los intereses moratorios del art. 20.4 LCS. Sólo contadas resoluciones se detienen a analizar este aspecto, por lo demás fundamental en el campo del derecho del seguro.

Por ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14) de 5 de mayo de 2004**³⁶⁷, ante el motivo de apelación formulado en materia de costas por la recurrente Adeslas S.A., en el sentido de que su prestación no es pecuniaria ni asimilable a las de un seguro de daños o de responsabilidad civil, el Tribunal, aunque las considera sugerentes por cuanto reconoce que su prestación típica es la de proporcionar y garantizar servicios médicos y hospitalarios a favor de sus asegurados, acaba considerando preceptiva la aplicación de los intereses moratorios del art. 20 LCS, tras una interesante argumentación que merece la pena reproducir.

“La mora de los arts. 1100, y 1101 CC es un supuesto de responsabilidad contractual por cumplimiento tardío de la obligación, que no depende del tipo de prestación comprometida sino del momento en que se ejecuta; todas las prestaciones pueden ser morosas, porque todas pueden ser cumplidas tardíamente salvo que la obligación sea a término esencial (...) Cosa distinta es el fracaso o imposibilidad de cumplimiento in natura de la obligación. En ese caso, los defectos de cumplimiento se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor que se paga en dinero, y que admite perfectamente la imposición de intereses moratorios desde el momento del incumplimiento según ordena el art. 1108 CC (...) Si descendemos de las

³⁶⁶ Cfr., supra III.1.

³⁶⁷ AC 2004/1834.

categorías generales a las especiales de la LCS la solución es la misma. El art. 20 LCS es Ley especial para el contrato de seguro que se aplica con carácter general a todo tipo de seguro, y que alcanza a todas las prestaciones del asegurador: a las prestaciones pecuniarias, y a las de prestación en especie por reparación o restitución. En estas últimas, y al igual que en el art. 1108 CC los intereses moratorios se calculan sobre el valor del servicio o el de reposición del objeto; en este caso por el daño corporal y moral sufrido por el fracaso de la prestación” (Fdto. Dcho. 3º).

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009**, ya citada, se ocupa también del tema de los intereses moratorios, realizando las siguientes argumentaciones: *“El motivo parece insistir, de un lado, en el contenido de la obligación propia de este seguro, tratando de limitar su responsabilidad exclusivamente al hecho de haber procedido a prestar la asistencia médica y hospitalaria demandada, y negando, de otro, que el pago de la indemnización constituya la prestación propia a la que está obligado frente a su asegurado, por lo que no es posible estimarle en situación de mora máxime cuando la obligación de pago ha sido determinada mediante un procedimiento judicial y el quantum de la misma se fija en la sentencia. El motivo se desestima por razones obvias. En primer lugar, los defectos de cumplimiento, como afirma la sentencia, “se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero” y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador. En segundo lugar, esta Sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS 16 de julio (RJ 2008, 6280) y 9 de diciembre 2008 (RJ 2008, 6975); 12 de febrero 2009 (RJ 2009, 1290). La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso. Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala -STS 19 de junio 2008 (RJ 2008, 4257)- que “la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario” -Sentencia de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5420)-, y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el “quantum” tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho “ex novo” sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido*

atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 36); 3 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4070) (Fdto. Dcho 2º).

Merece la pena destacar de ambas resoluciones, cómo las entidades aseguradoras recurrentes, por un lado, utilizan frecuentemente la naturaleza puramente indemnizatoria de su prestación (pago del coste de los servicios sanitarios ofrecidos a los asegurados) para intentar eludir su responsabilidad por los actos médicos dañosos, y, por otro, apuntan la naturaleza asistencial o de servicios de su prestación para evitar la condena en intereses moratorios del art. 20 LCS, pensados claramente -como se dijo antes- para prestaciones de naturaleza indemnizatoria.

Por el contrario la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de diciembre de 2006**, considera que *“resulta improcedente en el caso concreto de los seguros de asistencia sanitaria, por cuanto la finalidad de los intereses moratorios o penitenciales previstos en el art. 20 LCS se corresponde (cfr., arts. 18 y 20.5º LCS) con obligaciones de dar (indemnizar los daños producidos por el siniestro sufrido por el bien asegurado) o de hacer (reparar o reponer el objeto siniestrado), y no se ajusta, por tanto, a la peculiar obligación asumida por el asegurador de asistencia sanitaria: prestar un servicio médico, quirúrgico u hospitalario cuando lo solicite el asegurado; prestación de hacer ajena, en principio, a la lógica indemnizatoria que subyace al mencionado art. 20 LCS. Será clara la aplicación del art. 20 LCS en aquellas pólizas mixtas donde junto a la asistencia sanitaria el asegurador se compromete a reembolsar total o parcialmente los gastos médicos y farmacéuticos asociados a una enfermedad o lesión del asegurado cubierta por la póliza (v.gr., gastos de asistencia médica de urgencias fuera del cuadro médico y hospitalario previsto en la póliza), respondiendo así a una lógica indemnizatoria. Pero cuando el asegurador se comprometa a la prestación asistencial de servicios médicos y hospitalarios, sólo se producirá la mora prevista en el art. 20 LCS en las muy poco probables situaciones en que, en el plazo máximo de tres meses desde que se produzca el siniestro (cfr., art. 20.3º LCS; en este caso la enfermedad o lesión del asegurado) no se pongan a disposición del asegurado los servicios necesarios para el tratamiento de su lesión o enfermedad que estén previstos dentro de la cobertura de la póliza (...) Así pues, la propia naturaleza asistencial o de servicios del seguro de asistencia sanitaria y el carácter continuado de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, restringen considerablemente la aplicación del art. 20 LCS a este tipo de seguros. El asegurador de asistencia sanitaria sólo podría incurrir en mora en el poco probable caso de total incumplimiento o de cumplimiento tardío de los servicios sanitarios objeto del contrato, esto es, en aquellos supuestos en que, transcurridos tres meses desde que se constate la enfermedad o lesión y se produzca la reclamación de los servicios asegurados, el asegurador no comenzara a realizar o prestar de manera efectiva (por sí mismo o a través de terceros) los servicios reclamados por el asegurado de acuerdo con el contenido de la póliza; o bien, partiendo del carácter continuado habitual de la asistencia sanitaria, si transcurrieran más de tres meses entre diferentes actos médicos u hospitalarios, cuando la efectiva prestación de alguna prueba o servicio específico fuera necesaria para la restitución de la salud del*

asegurado, a no ser, claro está, que existiera alguna prescripción médica ordenando la dilatación del tratamiento en el tiempo y que sirviera así como causa justificada para el asegurador (ex art. 20.8º LCS); aunque, a la vista del interés en juego, nada menos que la salud del asegurado, en lugar de recurrir a la aplicación del art. 20 LCS por incumplimiento tardío o definitivo de los servicios médicos previstos en la póliza, seguramente podría invocarse directamente el incumplimiento contractual ex arts. 105 LCS y 1101 y ss. CC” (Fdto. Dcho. 27º).

La SAP Baleares, Secc. 5ª, de 5 de julio de 2006, establece, en una línea similar, que *“la circunstancia de que la responsabilidad de la aseguradora derive de la deficiente prestación del servicio objeto de la prestación por parte de una facultativa adscrita al cuadro médico al que libremente había acudido la asegurada, y la gran dificultad en la valoración de un daño moral que supera las cuantías fijadas por el baremo, se estiman como justa causa para evitar su imposición”* (la del interés moratorio del art. 20 LCS).

Puede decirse, en definitiva, que resulta cuando menos dudosa la aplicación automática del art. 20 LCS en los casos de condena al asegurador por la defectuosa prestación de servicios sanitarios, máxime cuando esa defectuosa prestación no depende directamente del asegurador, habiendo cumplido éste con su obligación principal de garantía al poner a disposición del asegurado un cuadro médico-asistencial suficiente para el tratamiento de su dolencia y habiendo seleccionado el asegurado el centro o profesional que consideraba más adecuado para ello.

CAPÍTULO CUARTO

A MODO DE EPÍLOGO: RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA POR ERRORES O NEGLIGENCIAS DE SU CUADRO MÉDICO-HOSPITALARIO INDEPENDIENTE

4.1. Naturaleza, alcance y contenido de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria. Causalidad e imputación objetiva del daño causado por la asistencia sanitaria

Como hemos visto, es doctrina firme de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, seguida de forma prácticamente unánime por las Audiencias Provinciales³⁶⁸, que en virtud del contrato de seguro de asistencia sanitaria la entidad aseguradora asume no sólo el pago de los gastos médicos derivados de la enfermedad, abonando directamente a los centros y facultativos que prestan dicha asistencia previa concertación con la aseguradora a través de un contrato de arrendamiento de servicios, sino que asume la efectiva prestación de la asistencia sanitaria a través de una infraestructura asistencial organizada y gestionada por ella misma, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado ya que está limitado al cuadro médico-asistencial indicado en la póliza, garantizando además la correcta prestación material de los servicios sanitarios, de modo que cualquier cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria ya por dolo o negligencia, ya por mero error, derivará en imputación de responsabilidad para la entidad aseguradora por responsabilidad extracontractual y/o contractual, una vez admitida la dependencia funcional de los centros y profesionales que prestan la asistencia sanitaria por cuenta de la entidad aseguradora.

La doctrina científica se ha mostrado muy crítica en los últimos años con esta doctrina del Tribunal Supremo que hace responsable a las entidades de asistencia sanitaria por las negligencias y errores de los centros y profesionales independientes incluidos en sus cuadros médicos, utilizando para ello diferentes criterios empleados incluso cumulativamente.

La primera crítica reside en la calificación de la prestación del asegurador, que -como hemos visto en su momento- la mayoría de nuestra doctrina científica

³⁶⁸ Cfr., entre otras muchas, SAP Madrid, Secc. 14ª, de 5 de mayo de 2004 (AC/2004/1834); SAP Baleares, Secc. 5ª, de 5 de julio de 2006 (AC/2006/1346); SAP Salamanca de 20 de diciembre de 2006; SAP Valencia, Secc. 8ª, de 30 de junio de 2008 (AC/2008/2025); SAP Tarragona, Secc. 1ª, de 22 de diciembre de 2010 (AC/2010/393); SAP Valencia, Secc. 11ª, de 30 de diciembre de 2010 (AC/2011/806).

considera de naturaleza indemnizatoria del menoscabo que para el patrimonio del asegurado supone tener que afrontar con sus propios medios los gastos de asistencia sanitaria consecuentes a la enfermedad. Así, la aseguradora se limitaría a organizar los medios personales y materiales para prestar asistencia sanitaria a sus asegurados, y a gestionar los medios financieros (las primas recibidas de los asegurados) para financiar el coste de esos servicios repartiendo el riesgo entre muchos asegurados³⁶⁹. A partir de aquí, se critica la inexactitud y falta de rigor de la doctrina jurisprudencial al aplicar la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno y la responsabilidad contractual del asegurador por actos de sus auxiliares, además -en su caso- de la responsabilidad objetiva de la normativa de tutela de consumidores, sin tener en cuenta que el ámbito de las obligaciones y por tanto de responsabilidad del asegurador, por un lado, y de centros y profesionales sanitarios, por otro, son totalmente diferentes, en la medida en que el asegurador otorga a los asegurados la facultad de libre elección de centros y profesionales entre los que figuran en su cuadro médico, concertándose luego un contrato de servicios entre centro o médico y asegurado de cuyas consecuencias (de los daños causados por una mala praxis profesional) no puede hacerse cargo el asegurador en ningún caso³⁷⁰.

Como he venido repitiendo a lo largo de este estudio, personalmente considero que el asegurador de asistencia sanitaria asume una cobertura asistencial consistente en la organización, gestión y puesta a disposición de servicios sanitarios a sus asegurados, asumiendo una obligación de resultado -no de medios- frente a éstos. La cuestión es en qué consiste o cuál es el alcance de esa obligación de resultado consecuente con el carácter de prestación de seguridad o garantía propia del sector asegurador.

El Tribunal Supremo lleva esa prestación de seguridad al último extremo. No a la curación, pues ésta no puede garantizarse en ningún caso, al ser una obligación de medios o de actividad la que asumen los médicos, profesionales y centros sanitarios que ejecutan materialmente los servicios sanitarios. Pero lleva bastante lejos la obligación al entender que el asegurador no sólo organiza y gestiona servicios sanitarios, sino que también debe garantizar la calidad de los mismos y, por tanto, la correcta ejecución por parte de los prestadores materiales de tales servicios; de modo que resultará responsable en caso contrario.

Los criterios de imputación de responsabilidad empleados por el Alto Tribunal son indistintamente o cumulativamente la responsabilidad extracontractual por

³⁶⁹ Vid. VÁZQUEZ DE PADURA, *La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, cit., pgs. 848-850.

³⁷⁰ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 41 y ss. Los mismos argumentos se encuentran también en Miquel MARTÍN CASALS, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas*, RES 2006, nº 128, pgs. 803 y ss. VEIGA COPO, *Tratado...*, cit., pgs. 843 y ss.

hecho ajeno y la responsabilidad contractual por hechos de los auxiliares (reforzada en las relaciones contractuales entre asegurador y médico a favor de terceros, en la doctrina de la apariencia y en la publicidad de una asistencia sanitaria de calidad a través del cuadro médico concertado), a los que suma en ocasiones, como argumento de refuerzo, la responsabilidad objetiva aplicada a servicios sanitarios por la legislación protectora de los consumidores y usuarios. Ciertamente, las últimas resoluciones han restado importancia o relevancia en la materia a la responsabilidad objetiva, disponiendo su no aplicación a los actos médicos sino únicamente a los aspectos organizativos-funcionales del servicio sanitario de clínicas y hospitales; pero eso no quiere decir que no piensen en la condición de consumidor del asegurado. De hecho, la imputación de responsabilidad se produce de forma cuasi-automática, por mucho que el Alto Tribunal quiera justificar la existencia de diversos criterios que se aplican caso por caso en función de las circunstancias. En esa aplicación cuasi-automática de responsabilidad tiene un peso específico la interpretación *pro consumatore* del problema que hace el Tribunal, la cual predetermina en buena medida la solución final, obviando en la mayor parte de las ocasiones el análisis riguroso de los elementos que deben concurrir en el caso concreto para aplicar precedentemente la responsabilidad; sobre todo el elemento de la causalidad interpretado en sus justos términos³⁷¹.

La interpretación del Alto Tribunal no se basa en un análisis objetivo de la naturaleza, estructura y función del seguro de asistencia sanitaria³⁷², sino que se fundamenta sobre una interpretación ultragarantista -podría decirse, incluso, que con tintes voluntaristas- de la posición del asegurado como consumidor de servicios sanitarios, construida a partir del inciso legal del art. 105 LCS que indica la asunción "directa" de servicios médicos y quirúrgicos por parte del asegurador de asistencia sanitaria, recurriendo para ello a distintos mecanismos yuxtapuestos de la responsabilidad civil extracontractual, contractual y cuasiobjetiva para declarar la responsabilidad solidaria del asegurador de asistencia sanitaria con los centros o profesionales médico-asistenciales causantes del daño; y ello independientemente de la mayor o menor oferta de profesionales y centros predispuesta por el asegurador y, en consecuencia, de la mayor o menor libertad de decisión de los asegurados a la hora de elegir el profesional o centro para atender su dolencia.

Aunque no siempre se cite expresamente, los tribunales recurren en estos casos a la doctrina de la solidaridad impropia entre centros y profesionales y sanitarios y entidades aseguradoras. La denominada solidaridad impropia (llamada así por carecer de previsión legal específica, limitada a la solidaridad voluntaria en el plano contractual como excepción a la regla general de

³⁷¹ Vid. las consideraciones vertidas al respecto, supra III.2.

³⁷² Aunque, como ya he dicho repetidamente, personalmente comparto su visión de este seguro como un seguro de prestación de servicios en el que el asegurador garantiza la efectiva prestación de la asistencia sanitaria comprometida; y no como un seguro de daños sobre el patrimonio donde la prestación del asegurador se presta en especie, ofreciendo cobertura asistencial para reparar la salud del asegurado.

mancomunidad, en las obligaciones conjuntas, ex art. 1137 CC) se justifica en el interés social de tutela de los perjudicados en el ámbito extracontractual. En concreto, la justificación tradicional de la solidaridad en el plano extracontractual se basa en la necesidad que sienten jueces y tribunales (y, en ocasiones, el propio legislador) de ampliar el círculo de responsables en las relaciones socioeconómicas; especialmente, ante el riesgo de insolvencia de alguno de los obligados en las relaciones jurídicas, máxime si se aprecia en el acreedor de la indemnización una situación de debilidad o especial desprotección frente a los obligados, legitimándole para reclamar de cualquiera de los declarados como obligados el pago íntegro de la indemnización³⁷³.

El concepto de solidaridad impropia se aplica por la Jurisprudencia en situaciones diversas³⁷⁴, para referirse a aquellos casos en que una pluralidad de personas están obligadas a reparar el mismo daño, independientemente de si se debe a una producción simultánea del daño, a que todos han contribuido en una misma acción (unidad de causa) o a una concurrencia de causas (es decir cuando a cada responsable se le puede imputar un acción u omisión diferente, pero todas ellas contribuyen a la producción del daño sin que sea precisa una actuación conjunta ni una actuación de común acuerdo, exigiéndose únicamente como factor determinante que no sea posible determinar el porcentaje en que cada acto u omisión ha contribuido al daño final)³⁷⁵; también se aplica cuando unos sujetos hayan causado el daño y otros deban responder de los primeros, ya porque así lo dispone alguna norma legal (art. 1903 CC) o bien porque quien debe responder lo haya pactado con el causante del daño (como en el seguro de responsabilidad civil). En todas estas situaciones, el acreedor o perjudicado puede reclamar la totalidad del daño causado a cualquiera de los sujetos responsables (uno, varios o todos), sin que resulte oponible la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (*ius electionis* y *ius variandi* del acreedor). Obviamente el acreedor de la indemnización sólo puede cobrar una vez, pues lo contrario abocaría al enriquecimiento injusto. En

³⁷³ Vid. al respecto Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de Daños. Los Límites de la Responsabilidad Colectiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pgs. 251 y ss. y 303 y ss.

³⁷⁴ Para un estudio de síntesis de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad impropia vid. Joaquín ATAZ LÓPEZ, *La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cáceres, 16 de noviembre de 2006, accesible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>.

³⁷⁵ Vid. por todas, la relevante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9911), según la cual: "*La doctrina jurisprudencial viene reconociendo la aplicabilidad de la solidaridad impropia (en cuanto no resulta de pacto o de disposición legal) en los casos que el resultado dañoso es una consecuencia de varias aportaciones causales sin que sea posible determinar, mediante un módulo aritmético (cantidad fija o tanto por ciento, de un modo preciso o por aproximación), la entidad de las respectivas participaciones -principio de la indiscernibilidad-. Esta solución no exige que se dé una actuación conjunta, ni que la causa sea común o única, siendo aplicable a casos como el de autos en que se aprecian causas concurrentes, autónomas, susceptibles de producir cada una de ellas por sí sola el resultado dañoso objeto de la litis*".

consecuencia el responsable que pague podrá luego reclamar la cuota correspondiente a los otros corresponsables (art. 1145 CC).

En la doctrina del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales en materia de responsabilidad médico-asistencial y seguros de asistencia sanitaria, la solidaridad impropia se justifica vía responsabilidad aquiliana por hecho ajeno, aunque implícitamente se hace extensiva también a la responsabilidad contractual por los actos de los auxiliares, en la medida en que normalmente se aplican cumulativamente ambos criterios de imputación de responsabilidad.

El fundamento “social” de la solidaridad impropia es especialmente visible en los casos de responsabilidad solidaria de profesionales sanitarios y entidades aseguradoras de asistencia sanitaria, pues, como ya se ha dicho, es claramente perceptible la voluntad garantista de los tribunales respecto a la posición de debilidad del asegurado. Quizás pesan en exceso los intereses en juego (el derecho fundamental a la salud), así como la equiparación del sistema privado de salud al sistema público.

La dinámica de la solidaridad impropia, que permite al perjudicado reclamar a cualquiera de los identificados como responsables el pago íntegro de la indemnización, conduce prácticamente a una objetivación de la responsabilidad de los condenados de forma solidaria, haciéndolos responsables prácticamente en todas las situaciones donde se acredite el perjuicio de la víctima independientemente de la participación que haya tenido cada uno de ellos en los hechos; esto es, sin establecer una conexión causal objetiva y rigurosa entre el comportamiento de cada uno de los agentes y el daño sufrido por la víctima.

El análisis de la causalidad real o efectiva en el daño reclamado se relaja cuando en el caso concreto concurren poderosas razones de justicia material; en nuestro caso, impedir que el paciente perjudicado por una mala praxis médica pueda resultar insatisfecho en sus legítimas pretensiones indemnizatorias frente al personal sanitario directamente responsable del daño, declarando así responsable solidario al asegurador que contractualmente se comprometió a ofrecerle servicios de asistencia sanitaria en régimen de libre elección limitada al cuadro médico-asistencial predisuesto al efecto.

Como señala la mejor doctrina, “*el juicio sobre la causalidad, que debería ser objetivo y cuya existencia es una cuestión fáctica sustraída del ámbito de decisión del juzgador, se ha convertido en una herramienta al servicio del operador jurídico para discriminar las acciones que generan responsabilidad de las que deben quedar impunes*”³⁷⁶; el problema está, entonces, en la “*amplitud del juicio causal*”, que permite al operador jurídico (especialmente al juzgador en aplicación del principio “*iura novit curia*”) sustraer casos concretos de la vigencia de las leyes causales generales, haciendo responsables colectivos de un mismo daño a sujetos que sólo lejanamente tienen una participación en los

³⁷⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de Daños...*, cit., pgs. 308-309.

hechos causantes del daño, recurriendo a argumentos como el de la causalidad adecuada³⁷⁷.

No se discute aquí la utilidad y procedencia de estos razonamientos ni de la técnica de la solidaridad impropia y de la causalidad adecuada. Se discute, únicamente, su aplicación cuasi-automática en muchas ocasiones para resolver -con marcado carácter voluntarista- situaciones en las que se aprecia el riesgo material de posibles injusticias para el asegurado de asistencia sanitaria, sin una valoración adecuada de la participación real del supuesto causante en los hechos que provocaron el daño padecido por la víctima o perjudicado. Los mecanismos tradicionales de imputación de responsabilidad basados en la culpa o en el incumplimiento se utilizan de forma maleable para dar respuesta a situaciones fácticas en las que se aprecia el peso de la injusticia material para la parte débil del contrato de seguro, máxime estando en juego el derecho a la vida y a la salud.

El juzgador puede recurrir a la doctrina de la causa adecuada (y, en su caso, de la causa eficiente) para aplicar la responsabilidad conjunta solidaria de varios actores implicados en la producción del daño; pero siempre y cuando el sujeto activo tenga una participación activa y eficiente en la producción del daño reclamado. Es necesario, a tales fines, distinguir con claridad entre la causalidad y la imputación objetiva del resultado dañoso³⁷⁸, como se hace habitualmente en el ámbito del derecho penal. Así, cuando los agentes supuestamente causantes del daño son varios, la distribución de responsabilidad debe llevarse a cabo en sede de imputación objetiva, evitando juicios de imputación automática e indiscriminada³⁷⁹, y haciendo sólo responsables a los agentes cuyo comportamiento tenga una incidencia real y efectiva en la producción del daño reclamado, con fundamento en la doctrina de los cursos causales eficaces.

La solidaridad en derecho de daños sólo debería ser la solución a aquellas situaciones en que surjan problemas de identificación (y yo diría también de exigencia efectiva) de la responsabilidad individual, siempre -entendiendo- que el sujeto a quien se reclama responsabilidad contribuya de forma real y efectiva (causa adecuada o causa eficaz debidamente acreditada en el caso concreto) con su comportamiento a la producción del daño reclamado.

³⁷⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de Daños...*, cit., pgs. 310 y ss.

³⁷⁸ Vid. Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código Civil, T. II, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1990, pg. 1561: "El problema de la existencia o no de relación de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso no debe ser confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta en cuestión puede o no ser puesto a cargo de aquella conducta como obra de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes".

³⁷⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de Daños...*, cit., pgs. 316-318.

Resulta discutible, por tanto, la invocación en todo caso del carácter solidario de la responsabilidad entre los profesionales sanitarios causantes del daño y las entidades aseguradoras que proporcionan al asegurado la prestación de esos servicios en virtud del contrato de seguro. No creo que resulten aplicables a estas situaciones las reglas de la solidaridad impropia³⁸⁰, salvo en situaciones excepcionales en que la negligencia médica pueda ligarse causalmente con la negligencia del asegurador en el cumplimiento de su obligación de garantía.

A mi juicio, en la responsabilidad civil por negligencias médicas no se produce una unidad de causa entre el comportamiento del centro o profesional médico y la compañía aseguradora de asistencia sanitaria en cuyo cuadro asistencial se incluye dicho centro o profesional. Veo difícil apreciar una concurrencia de comportamientos en el resultado dañoso, pues la entidad aseguradora se limita a poner a disposición del asegurado un cuadro médico dentro del cual puede elegir libremente, sin influir para nada en el criterio ni en la actuación del médico. Tampoco parece apropiado recurrir a la concurrencia de causas independientes, pues sólo excepcionalmente podría apreciarse que la conducta del asegurador puede contribuir (como causa adecuada³⁸¹ o como causa eficiente³⁸²) a la producción del daño causado por una negligencia médica; si acaso en aquellas situaciones en que su comportamiento favorece la causación final del daño, cuando el asegurador imponga al asegurado un determinado centro o profesional para el tratamiento de su dolencia o para realizar pruebas diagnósticas. Fuera de estos supuestos poco frecuentes, creo que será preciso deslindar cuidadosamente entre la responsabilidad de los profesionales y centros hospitalarios como consecuencias de negligencias en su actuación profesional y la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por una defectuosa organización y puesta a disposición de los servicios sanitarios ofrecidos al asegurado en la póliza. Cuando, como sucede en el caso de la responsabilidad médica, el comportamiento causante del daño sufrido por la víctima es claro, es decir, despliega una eficacia causal directa e indiscutible, no parece que sea necesario acudir a otros comportamientos anteriores como explicación o fundamento causal del mismo daño.

Afirmar, como hace el Alto Tribunal, que el hecho de fijar un cuadro médico y asistencial determinado supone ya limitar las posibilidades de elección del asegurado y obligarle a ser asistido por un profesional o centro determinado (el que él elija), terminaría con la esencia del contrato de asistencia sanitaria, equiparándolo prácticamente a un contrato de seguro de enfermedad *lato sensu* en el que el asegurado puede elegir libremente los centros y

³⁸⁰ Vid. Domingo BELLO JANEIRO, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007*, CCJC, nº 77, mayo-agosto de 2008, nº 2051, pgs. 848 y ss.

³⁸¹ Entendida como causa con virtualidad suficiente para que de la misma derive como consecuencia necesaria el daño padecido como consecuencia de otro comportamiento conectado con esa primera causa.

³⁸² Aquella que, concurriendo con otras, prepara, condiciona, o completa, la acción de la causa última que genera el daño, de modo que la causa desencadenante no libera de responsabilidad a las anteriores, concomitantes, o sucesivas.

profesionales siendo luego reembolsado del pago satisfecho. Obviamente un asegurador de asistencia sanitaria no puede incluir en sus servicios a todos los profesionales que libremente decida elegir el asegurado. Es necesario encontrar una solución intermedia al problema si no se quiere abocar el sistema español de asistencia sanitaria a un encarecimiento progresivo de las primas e incluso a un sistema similar al “*managed health care*” estadounidense.

En mi opinión, la entidad de asistencia sanitaria no se limita a actuar como un intermediario en la facilitación del acceso a servicios sanitarios, sino que asume la obligación de implementar una organización con medios personales y materiales idóneos para procurar la asistencia sanitaria más amplia posible y de calidad contrastada al asegurado, garantizando la efectiva prestación de esa asistencia cuando sea requerida por el asegurado ante la situación de necesidad que produce la enfermedad. Así, el asegurador asume una obligación de resultado consistente en la prestación abstracta o general de seguridad en forma de cobertura asistencial sanitaria para el caso de que se hiciera efectivo el riesgo (la situación de necesidad que requiere ayuda inmediata) al verificarse el evento fortuito (la enfermedad). Para ello tiene que crear los medios idóneos para facilitar la mejor cobertura posible en términos cuantitativos y cualitativos, de manera que facilite una libertad de elección real dentro de un cuadro asistencial razonablemente amplio, plural y equilibrado en calidad. Y después tiene que garantizar la efectiva prestación de los servicios ofertados en su póliza cuando sean solicitados por el asegurado³⁸³.

Es inherente a la obligación de resultado del asegurador de asistencia sanitaria, que se compromete a prestar cobertura asistencial en forma de servicios sanitarios si se produce una situación de necesidad con motivo de la alteración del estado de salud, la provisión de medios humanos y materiales en condiciones objetivas de idoneidad, número, pluralidad y calidad para garantizar al asegurado una libertad de elección real o razonable entre los facultativos, profesionales y centros clínicos y hospitalarios de su cuadro médico. De esta forma, *el asegurador ofrecería una garantía en abstracto -en el sentido de razonablemente previsible- de la correcta prestación material de esos servicios*: si los profesionales y centros sanitarios incluidos en su cuadro son idóneos para atender de manera suficiente y razonable todas las posibles dolencias del asegurado que no estén excluidas de cobertura, y con una calidad contrastada tanto en titulación, formación, y experiencia, como en medios materiales y técnicos, el resultado esperable es que esos profesionales y centros sanitarios ofrezcan al asegurado la asistencia idónea para recuperar su estado de salud ante cualquier contingencia en forma de enfermedad, lesión o accidente. Pero *lo que no puede garantizar el asegurador es la correcta ejecución de esos servicios sanitarios*, porque no interviene en la prestación material de los mismos, ni se inmiscuye ni predetermina los criterios y decisiones médicas³⁸⁴, salvo que se pruebe lo contrario en cada caso concreto

³⁸³ Supra, II4.2.1.

³⁸⁴ Vid. supra II4.2.2 .

(por ejemplo señalando un concreto profesional o centro médico para realizar un tratamiento particular o específico al paciente).

4.2. Sobre la imputación de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno al asegurador de asistencia sanitaria

Para aplicar la responsabilidad contractual por hecho ajeno, ex art. 1903 IV CC, debe comprobarse la concurrencia de dos presupuestos fundamentales: una relación de dependencia entre el principal y su auxiliar y la actuación del auxiliar o dependiente dentro del ámbito de las funciones encomendadas por el principal. La Jurisprudencia considera generalmente concurrentes ambos presupuestos en el mero hecho de la concertación entre asegurador y centros y profesionales sanitarios por medio de un contrato de servicios estable. La dependencia tendría carácter directo en los contratos de servicios concertados por el asegurador con los facultativos, profesionales y establecimientos sanitarios individualmente; y tendría carácter indirecto con los profesionales que trabajen en los establecimientos concertados. La actuación en el ámbito de las tareas encomendadas por el principal se presupone si se concibe la prestación del asegurador de asistencia sanitaria como una prestación de servicios sanitarios y no de mera cobertura indemnizatoria de gastos médicos. La constatación de ambos presupuestos derivaría, en caso de cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios, en una responsabilidad por *culpa in eligendo* o por *culpa in vigilando*; esto es, una responsabilidad extracontractual por hecho propio (no seleccionar o controlar correctamente al auxiliar o dependiente), aunque traiga su causa de un hecho culposo del dependiente; una responsabilidad vicaria de los actos de terceros dependientes.

A mi juicio, el asegurador se compromete en firme a prestar cobertura asistencial, sea con sus propios centros y personal o sea con profesionales y centros independientes, entendida como obligación de proporcionar y garantizar el acceso y disfrute de los servicios sanitarios comprometidos en la póliza. Como hemos visto, el contenido de su prestación implica una garantía o seguridad de organización, gestión y provisión o puesta a disposición de los servicios sanitarios comprometidos en la póliza. Para ello necesitará celebrar contratos de servicios con médicos, sanitarios, clínicas y hospitales; contratos de prestación de servicios a favor de terceros. Los médicos y centros asistenciales prestarán los servicios encomendados por el asegurador a través del contrato de servicios. Atienden sus instrucciones, consistentes en prestar asistencia inmediata (o a la mayor brevedad posible) al asegurado que se lo solicite, en emitir los informes que sean necesarios para la autorización de pruebas, tratamientos o intervenciones quirúrgicas y en facturar el coste a la entidad en la forma indicada. El asegurador tiene capacidad de control o vigilancia del correcto cumplimiento de la obligación de prestar asistencia sanitaria asumida mediante el contrato de servicios a favor de terceros, coligado causalmente con el contrato de seguro de asistencia sanitaria; pero el asegurador no interviene en la ejecución material de la prestación sanitaria (pues aquí existe libertad de criterio), sino que sólo puede intervenir para

garantizar la efectiva prestación de asistencia y el mantenimiento de las condiciones que hubiera exigido en el contrato (medios técnicos adaptados al estado de la ciencia, pólizas de responsabilidad civil de hasta una suma determinada, etc.)³⁸⁵.

Defender lo contrario, separando absolutamente la función aseguradora de organización, gestión y pago de los servicios sanitarios a título de intermediario, y la función sanitaria propiamente dicha de los profesionales, clínicas y hospitales, impediría reconocer la capacidad de los aseguradores, pactada en el contrato de prestación de servicios con profesionales y centros sanitarios, de someter a éstos a ciertos requisitos personales, materiales o técnicos y económicos necesarios para garantizar, a priori y en abstracto, la calidad del servicio sanitario comprometido y una correcta ejecución de la obligación que redunde en una mejor asistencia en beneficio de la salud de los asegurados, sin que ello implique interferencias en el ejercicio material de la profesión.

Por lo tanto, personalmente entiendo que los profesionales y centros sanitarios prestan sus servicios a los asegurados por cuenta e interés del asegurador de asistencia sanitaria, pero de forma absolutamente independiente en la ejecución material del servicio. Eso no impide -aunque tampoco lo exige- que celebren un contrato de servicios con cada asegurado que acuda a su centro o consulta a solicitar la asistencia ofrecida por el asegurador, el cual tendrá un carácter meramente instrumental o accesorio, sirviendo únicamente para hacer efectiva la obligación asumida por el centro o profesional sanitario (promitente) con la entidad aseguradora (estipulante) para prestar servicios sanitarios a los asegurados (terceros beneficiarios) cuando éstos lo soliciten.

Sin embargo, coincido con la doctrina científica mayoritaria en negar la existencia de una relación de dependencia entre el asegurador de asistencia sanitaria y los centros y profesionales sanitarios independientes (no integrados en su estructura empresarial) concertados mediante contratos de servicios para prestar asistencia sanitaria a los asegurados del primero. Y es así porque en el modelo español de asistencia sanitaria, salvo que se pruebe otra cosa, los centros y profesionales sanitarios concertados actúan con total libertad e independencia a la hora de ejecutar su actividad médica o sanitaria en general³⁸⁶. A diferencia del modelo estadounidense de “*managed care*” (prestado por HMOs), las aseguradoras no interfieren en la actividad sanitaria de sus colaboradores, no predeterminan sus decisiones sobre la idoneidad de las pruebas de diagnóstico o los tratamientos o intervenciones quirúrgicas

³⁸⁵ En contra, MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 47-48, quienes rechazan que los médicos o centros hospitalarios actúen cumpliendo funciones encomendadas por las entidades de asistencia sanitaria, ya que el ámbito de gestión y responsabilidad de cada uno es distinto, dedicándose la entidad a la actividad aseguradora propiamente dicha (gestión del riesgo) y los profesionales y centros sanitarios a la prestación de servicios.

³⁸⁶ LÓPEZ QUIROGA/SAN PEDRO MARTÍNEZ/QUIRÓS DE SAS, *La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 872.

prescritas; únicamente someten algunas pruebas, intervenciones y tratamientos a autorización de la compañía para controlar si se encuentran dentro de la cobertura asistencial pactada en la póliza³⁸⁷.

A mi juicio, las peculiaridades estructurales y funcionales de la asistencia sanitaria hacen que no tengan que ir necesariamente unidos el criterio de la dependencia y el de la actuación con ocasión de funciones encomendadas. Los profesionales y centros sanitarios prestan servicios sanitarios a terceros por cuenta del asegurador, que es quien se ha comprometido contractualmente a proporcionar esos servicios a los asegurados; pero lo hacen con libertad de criterio y sin interferencias del asegurador. Entonces, al no existir una relación de dependencia ni laboral ni funcional, faltaría el requisito fundamental para la aplicación de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno.

De hecho, ya vimos cómo el propio Tribunal Supremo parece retroceder en la aplicación indiscriminada de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno de las entidades de asistencia sanitaria³⁸⁸. La STS de 4 de diciembre de 2007 afirma sin tapujos que el hecho de que un centro sanitario en el que se practica una transfusión esté concertado con una aseguradora es de por sí insuficiente para la apreciación de una situación de dependencia si no se demuestra que el centro está gestionado directa o indirectamente por la aseguradora. De modo que sólo podría admitirse la relación de dependencia en el caso de centros y profesionales pertenecientes a la propia aseguradora o en aquellos otros casos en que la aseguradora designe a un centro concreto o a un profesional específico para que atienda a un asegurado, como sucedió en la STS de 2 de noviembre de 1999.

Así pues, el análisis de la responsabilidad hay que reconducirlo preferentemente al plano contractual, mucho más complejo y sutil que el extracontractual. De hecho, así lo hace el Tribunal Supremo, que ya desde sus primeras resoluciones polémicas de 2 y 10 de noviembre de 1999 añadía el argumento de la responsabilidad contractual al de la extracontractual recurriendo a la unidad de culpa civil, para ir luego traspasando el peso de la argumentación de condena al incumplimiento de la obligación de garantía asumida por el asegurador frente a los asegurados cuando sus auxiliares contractuales (los médicos, sanitarios y centros clínicos y hospitalarios) realizaban un cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios.

³⁸⁷ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 43-45. Vid. supra II.4.2.2.B).

³⁸⁸ Supra, III.5.1, A) y D).

4.3. Sobre la imputación de responsabilidad contractual al asegurador de asistencia sanitaria

El análisis de la responsabilidad contractual debe situarse en dos planos superpuestos. De una parte, el de la estructura contractual que subyace al operativo propio del seguro de asistencia sanitaria; es decir, el contrato de seguro de asistencia sanitaria entre la entidad aseguradora y el asegurado, el contrato de servicios a favor de terceros entre la entidad aseguradora y el centro o profesional sanitario, y, en su caso, el contrato de arrendamiento de servicios sanitarios entre profesional o centro sanitario y paciente asegurado. De otra parte, la responsabilidad contractual, que se mueve entre la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de seguridad o garantía del asegurador de asistencia sanitaria y el siempre difícil terreno de la responsabilidad del deudor por hechos de los auxiliares en el cumplimiento de la prestación.

La clave de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo reside en considerar que, por el contrato de seguro de asistencia sanitaria, la entidad aseguradora asume y garantiza el deber de prestación y correcta ejecución de los servicios sanitarios (SSTS de 19 de junio de 2001, de 4 de octubre de 2004, de 4 de diciembre de 2007, de 4 de junio de 2009, de 4 de noviembre de 2010, de 16 de enero de 2012 y de 24 de mayo de 2012). Como argumentos de refuerzo se utilizan la doctrina o principio de la apariencia (de que los médicos y hospitales actúan como auxiliares de la entidad aseguradora)³⁸⁹, el de la integración publicitaria de la oferta contractual, aludiendo a la práctica extendida de las entidades aseguradoras consistente en realizar publicidad de sus servicios en el mercado apuntando reiteradamente la contrastada calidad de los médicos y centros incluidos en su cuadro asistencial, así como la oferta de garantía y seguridad a través de sus servicios sanitarios³⁹⁰. Para el Tribunal Supremo el asegurador garantiza la correcta ejecución del servicio sanitario, resultando responsable de cualquier cumplimiento defectuoso del mismo realizado por los profesionales y centros incluidos en su cuadro médico, que cumplen el papel de auxiliares contractuales. Esta conexión entre la obligación de garantía o buen fin del servicio propio del contrato de seguro y la responsabilidad por los actos de los auxiliares, se justifica en la conexión contractual entre el contrato de seguro y el contrato de servicios a favor de terceros³⁹¹ y también en la limitada posibilidad de elección de profesionales y

³⁸⁹ Ya pusimos de manifiesto las coincidencias con la “*ostensible agency doctrine*” estadounidense.

³⁹⁰ Cfr., *supra*, III.5.1,B).

³⁹¹ La SAP Madrid (Secc. 14) de 5 de mayo de 2004 señala que la responsabilidad de la entidad aseguradora se puede explicar por la sucesión de contratos, considerando que tienen lugar “*una cadena reversible de actos de cumplimiento o incumplimiento a favor del asegurado titular de la prestación, que lo invisten del derecho a reclamar por los fracasos de prestación en cualquiera de los eslabones de la cadena, y lo legitiman por incumplimiento o cumplimiento defectuoso frente a su contratante; la compañía que no puso los medios adecuados para el*

centros por el asegurado, ya que éstos, aunque en número plural, son impuestos por el asegurador.

En este sentido se insiste repetidamente en el carácter de auxiliares contractuales de los facultativos, profesionales y centros sanitarios, trasladando así la idea de que éstos desarrollan la actividad sanitaria encomendada por el asegurador. Y para sustentar este argumento, se alega que no existe una libertad de elección real o absoluta por el asegurado, sino que al configurar un cuadro cerrado de profesionales y centros sanitarios con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite realizar esos servicios, resulta finalmente que éstos son impuestos por la aseguradora, al impedir al asegurado acudir a profesionales y centros distintos de los que figuran en su cuadro médico; y que, por tanto, si el asegurado resulta defraudado por una actuación negligente o imperita, el asegurador debe responder de los daños irrogados al paciente-asegurado (SSTS de 19 de junio de 2001, 4 de octubre de 2004, 4 de junio de 2009, 4 de noviembre de 2010 y 16 de enero de 2012). Los médicos y centros actúan como auxiliares contractuales de la aseguradora y, en consecuencia, corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación; con lo cual, la garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta como criterio de imputación objetiva, en tanto que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio (STS de 4 de diciembre de 2007).

En fin, la aseguradora de asistencia sanitaria debe responder de las negligencias e impericias de los profesionales y centros incluidos en su cuadro asistencial porque asume una obligación de garante de la correcta prestación de los servicios sanitarios, en base precisamente al control que ejerce sobre sus propias listas, y en base también a que la compañía aseguradora impone los facultativos y establecimientos de sus listas a los asegurados imposibilitando una libertad de elección plena o absoluta por el asegurado, que no puede acudir a otro profesional o centro no incluido en el cuadro de su compañía³⁹². La posición de la Jurisprudencia aunque parte del carácter

restablecimiento o mejora de la salud del asegurado, y frente al causante directo de la lesión contractual que revierte o puede revertir en lesión corporal" (Fdto. Dcho. 2º).

³⁹² Así, en la doctrina científica, asumiendo plenamente los argumentos del Tribunal Supremo, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., cit., pg. 125. Este prestigioso autor denuncia una realidad común al sector: *"las aseguradoras, obvio es decirlo, tan sólo incluyen en sus listas a los médicos que aceptan todas y cada una de sus condiciones (económicas y de organización o funcionamiento). Estas condiciones, impuestas por las entidades de seguro, constituyen, sin duda alguna, un freno u obstáculo insalvable para numerosos profesionales que no están dispuestos a acatarlas y que, por tanto, no pertenecen ni tienen interés en pertenecer en tales circunstancias a su cuadro médico, lo que redundará, en último término, en una limitación, cuando menos, de las posibilidades de elección del asegurado (paciente), que deberá ceñirse a los facultativos ya elegidos, con criterios prioritariamente económicos, por la propia aseguradora"*. Más complejo es extraer de esta denuncia la decisión de hacer responsable siempre y en todo caso al asegurador por las impericias y negligencias médicas.

objetivo de la responsabilidad propia del deudor por los actos de sus auxiliares (responsabilidad indirecta) basada en el principio "*cuius est commodum eius est periculum*", contiene aún el germen de una responsabilidad basada en la *culpa in eligendo*³⁹³ y *culpa in vigilando*³⁹⁴ del asegurador. Es decir, que un acto negligente del médico u hospital deriva en una responsabilidad por negligente selección y vigilancia de ese médico u hospital, frustrando las expectativas de los asegurados e incumpliendo así la obligación de garantía en la correcta ejecución que se desprende del contrato de seguro.

Sin embargo, como ha demostrado la doctrina científica más autorizada, en la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares (que, por cierto, a estos fines resulta irrelevante si son o no dependientes), la responsabilidad del deudor es objetiva: responde del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación comprometida, al margen de si existió culpa o no en los auxiliares que intervienen en la ejecución de esa prestación por voluntad del deudor³⁹⁵.

Sea como fuere, no está claro que en las operaciones de seguro de asistencia sanitaria se den los presupuestos necesarios para la aplicación de la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares, en la forma que propone el Tribunal Supremo. La doctrina científica que se ha ocupado de esta compleja problemática, niega que se pueda aplicar la responsabilidad contractual por actos de los auxiliares en el seguro de asistencia sanitaria.

Dependerá, precisamente, de que la selección del cuadro asistencial no se haga exclusivamente con criterios económicos y se oferte un cuadro plural y de calidad para proporcionar una libertad de acceso razonable, dentro de la limitación que supone la obligación de tener que elegir en un cuadro cerrado de profesionales y centros sanitarios.

³⁹³ LÓPEZ QUIROGA/SAN PEDRO MARTÍNEZ/QUIRÓS DE SAS, *La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 875, consideran que "*la limitación de facultativos disponibles que supone el acogimiento de un cuadro médico tampoco debería justificar la atribución de una responsabilidad al asegurador por las posibles negligencias de dichos facultativos (...) En el momento de la contratación de la póliza el asegurado es informado del cuadro médico ofrecido por el asegurador y es en esos términos en los que el asegurado decide concertar el seguro. La limitación del cuadro médico no es más que un mecanismo de delimitación del riesgo asegurado perfectamente lícito*".

³⁹⁴ LÓPEZ QUIROGA/SAN PEDRO MARTÍNEZ/QUIRÓS DE SAS, *La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria*, cit., pg. 876, entienden que tampoco puede haber *culpa in vigilando* si el asegurador se limita a incluir en su cuadro asistencial a una serie de médicos debidamente titulados para el ejercicio de la medicina, "*siendo competencia del Colegio de Médicos correspondiente la supervisión y garantía de cumplimiento por su colegiados de los estándares profesionales exigibles para su ejercicio profesional*".

Entiendo, sin embargo, que eso no puede impedir al asegurador, en el contrato de arrendamiento de servicios, establecer determinadas exigencias, sobre todo patrimoniales y técnicas, además de vigilar que el médico tenga la titulación adecuada y que no haya incurrido en negligencias reiteradas.

³⁹⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pg. 522.

En primer lugar, porque para que se aplique esta responsabilidad el auxiliar (sea un auxiliar laboral o dependiente o un auxiliar autónomo o independiente) no tiene que intervenir como parte en el contrato, ni inicial ni sucesivamente; el único obligado es el principal que se asiste del auxiliar para el cumplimiento de su prestación de dar o de hacer³⁹⁶. Esta situación -dicen- no se da en el esquema típico del seguro de asistencia sanitaria con profesionales y centros independientes, no integrados en la estructura empresarial del asegurador³⁹⁷, ya que el asegurador se limita a actuar como intermediario, proporcionando a los asegurados un tercero (centros y profesionales sanitarios) que celebra con ellos un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, actuando el facultativo o el centro sanitario en nombre propio y con la autonomía propia de su profesión; de modo que el deudor (en este caso el asegurador) se compromete solamente a ofrecer al acreedor (el asegurado) los servicios de otros (centros y profesionales sanitarios), pero no se obliga a ejecutar personalmente la prestación y, por tanto, esos terceros no son sus auxiliares ya que se comprometen a una obligación propia y diferente a la de aquel³⁹⁸.

En segundo lugar, para imputar responsabilidad contractual al deudor que se vale de terceros, se requiere que el auxiliar (centros y profesionales sanitarios) actúe en el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor frente al acreedor (asegurado); en el marco de la actividad o actividades de cumplimiento de la prestación propia del deudor (asegurador) y comprometida con el acreedor (asegurado). Presupuesto -dicen- que tampoco se da en el esquema del seguro de asistencia sanitaria, ya que el deudor (asegurador) sólo se compromete a organizar, gestionar y facilitar el acceso a coste cero (o a coste reducido) a servicios sanitarios al acreedor (asegurado), a través de cualquiera de los facultativos, profesionales, clínicas y hospitales incluidos en su cuadro asistencial; pero no se compromete a prestar ese servicio, pues no es propio de la actividad aseguradora, sino que quien lo presta son directamente los profesionales y centros sanitarios elegidos por los asegurados, con quienes celebran un contrato autónomo de arrendamiento de servicios. De modo que el asegurador y los profesionales y centros sanitarios se sitúan en ámbitos distintos de gestión, lo que impide calificar a éstos como auxiliares de cumplimiento, respondiendo cada uno del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del tipo de prestación que se ha comprometido a

³⁹⁶ Así, MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pg. 60; a partir del estudio general sobre la materia de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pg. 46.

³⁹⁷ En este otro caso sí que puede aplicarse la responsabilidad contractual por actos de auxiliares, como vimos supra III.4.2.

³⁹⁸ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 60-61.

efectuar, sin que pueda producirse un trasvase de responsabilidad de uno a otro³⁹⁹.

En consecuencia, se afirma por este autorizado sector de la doctrina que los profesionales y centros sanitarios no son auxiliares de cumplimiento de la obligación del asegurador de asistencia sanitaria, porque, sencillamente, asumen una obligación propia distinta de la de aquél. El asegurador se compromete únicamente a organizar y facilitar servicios sanitarios asumiendo el coste de los mismos, no a prestar directamente esos servicios como dice el art. 105 LCS. Los profesionales y centros sanitarios celebran un contrato autónomo de arrendamiento de servicios sanitarios con los pacientes-asegurados que libremente los eligen de entre el cuadro médico del asegurador, asumiendo las obligaciones de medios propias de su profesión (*lex artis ad hoc*) y respondiendo exclusivamente ellos de los errores y negligencias derivados de su praxis profesional.

A mi juicio, esta doctrina puede someterse a revisión si se cambia la perspectiva sobre la naturaleza, contenido y alcance de la prestación asumida por el asegurador de asistencia sanitaria y, en función de eso, se aprecia el entramado contractual que subyace a la operativa del seguro de asistencia sanitaria desde otra óptica.

Si, como aquí se propone⁴⁰⁰, el asegurador no se limita actuar de intermediario en la provisión de servicios sanitarios, sino que asume una obligación de resultado por la que se compromete a organizar, gestionar, poner a disposición y garantizar la efectiva prestación de los servicios sanitarios incluidos en la póliza; y para ello utiliza sus propios centros y su propio personal, o bien celebra contratos de servicios con profesionales y centros sanitarios independientes, que incluye en su cuadro médico, para que éstos presten la asistencia sanitaria requerida por los asegurados cuando lo necesiten, podría defenderse que esos centros y profesionales sanitarios actúan como auxiliares de cumplimiento de la obligación de prestar asistencia sanitaria comprometida por el asegurador con los asegurados.

En este sentido, el hecho (ni mucho menos indubitado) de que los facultativos, profesionales, clínicas y hospitales a los que acude el asegurado, celebren con éste un contrato de arrendamiento de servicios siquiera tácitamente, no implica que exista una relación exclusiva entre ambos. Antes bien, este contrato (que, insisto, podría no existir, por hacerlo innecesario el contrato de servicios a favor de terceros) tendría un carácter meramente accesorio e instrumental respecto al contrato de prestación de servicios a terceros concertado entre el asegurador y cada centro o profesional. Ese contrato -de existir- se celebra para el

³⁹⁹ MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA/SOLÉ FELIÚ, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pgs. 63-64, sobre la base de la doctrina elaborada con carácter general por JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pgs. 171 y ss.

⁴⁰⁰ Supra, IV.1 y IV.2.

cumplimiento de la obligación asumida por el médico, profesional o centro sanitario con el asegurador, consistente en la prestación de servicios sanitarios a los pacientes-asegurados de acuerdo con su formación, conocimientos, experiencia y, en su caso, con los medios materiales y técnicos correspondientes. Con lo cual, indirectamente se estaría cumpliendo también la obligación del asegurador frente a los asegurados, consistente, como decimos, en garantizar el acceso y efectivo disfrute de los servicios médicos necesarios para la atención de su enfermedad o dolencia. Ahora bien, la entidad aseguradora no interfiere en la ejecución, en la prestación material de los servicios sanitarios, que corresponde al ámbito de absoluta autonomía de cada facultativo y centro sanitario.

En consecuencia, no es descabellado admitir -como hace el TS- que el médico, profesional o centro sanitario actúa como auxiliar contractual del asegurador en la efectiva prestación de servicios sanitarios (que, según nuestra idea de base, sí que asume el asegurador, sólo que indirectamente, a través de terceros, pero garantizando su cumplimiento). Deberá seguir sus instrucciones sobre los tiempos, forma y requisitos para la prestación de asistencia sanitaria a los asegurados, y el asegurador podrá establecer controles de vigilancia que considere necesarios, sin inmiscuirse en el criterio médico propiamente dicho, esto es, en la ejecución del servicio médico o sanitario. Y, por lo tanto, como antes vimos⁴⁰¹, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de los centros y profesionales independientes concertados por el asegurador, esto es, la falta de asistencia o la asistencia tardía que reste utilidad al asegurado y, en su caso, le genere algún tipo de daño o perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, supondrá un incumplimiento de la prestación de hacer comprometida por el asegurador en el contrato de seguro. Responsabilidad contractual por los actos de sus auxiliares contractuales (al margen de consideraciones culpabilísticas), que habilitarían al asegurado a resolver el contrato o exigir el cumplimiento (si le sigue resultando útil), y a exigir una indemnización por los daños y perjuicios padecidos (art. 1124 CC); dirigiéndose exclusivamente contra el asegurador, pues es su contraparte en el contrato de prestación de servicios sanitarios y quien debe responder del incumplimiento, aunque éste se deba a la conducta de un tercero auxiliar⁴⁰².

A lo anterior se suma la responsabilidad contractual por hecho propio por incumplimiento de la obligación de garantizar el acceso a unos servicios sanitarios idóneos para tratar las posibles dolencias del asegurado en régimen de libre elección parcial o razonable (no plena, al ser imposible por tratarse de un cuadro asistencial necesariamente cerrado o limitado, pues resulta contrario

⁴⁰¹ Supra, III.1.

⁴⁰² Apuntamos antes, que aquí no se da un litisconsorcio pasivo necesario, ya que el asegurado no está obligado en ningún caso a demandar al médico o centro que no le atendió. Aunque, si de esa falta de atención se derivan daños demostrables, podrá demandar al profesional o centro sanitario que le prestó la asistencia debida (por el compromiso adquirido con el asegurador estipulante) por la vía extracontractual, o bien por la contractual si se admite la existencia de una relación negocial entre el profesional o centro sanitario y el paciente asegurado, la cual se interrumpió sin justa causa.

a la propia naturaleza del seguro de asistencia sanitaria ofrecer un cuadro ilimitado de centros y profesionales, además de imposible su realización en la práctica, función que cumple en su caso el seguro de enfermedad en la modalidad de reembolso de gastos médico-sanitarios). Será así si el asegurador no ha creado una infraestructura lo suficientemente amplia, equilibrada y de calidad contrastada para garantizar en abstracto la efectiva y correcta prestación de los servicios sanitarios comprometidos en la póliza. Eso sucederá, entre otras circunstancias: cuando no disponga de facultativos o profesionales en disciplinas concretas, salvo que estuviera justificado por tratarse de enfermedades raras o excepcionales; o cuando disponga de un solo profesional o de un número a todas luces reducido o inadecuado para ofrecer una atención razonable a la demanda de asistencia de sus asegurados, lo cual dependerá, entre otros factores, de criterios poblacionales, de posibles epidemias, etc.); cuando no disponga de centros de diagnóstico o de tratamientos específicos para determinadas enfermedades -incluidas en la póliza- que puedan requerir centros especializados, ni ofrezca a los asegurados otras alternativas de fácil realización (v.gr., asistir a provincias próximas, ofrecer un centro o profesional concreto); cuando incluya en su cuadro asistencial facultativos, profesionales o centros médicos que no tengan la cualificación profesional o administrativa necesaria para ejercer la actividad sanitaria, sea *ab origine* o sea sobrevenida; cuando incluya o mantenga en su cuadro asistencial centros o profesionales que hubieran incurrido de forma reiterada en negligencias profesionales; o cuando incluya en el cuadro médico profesionales claramente imperitos para el ejercicio de la especialidad o que no dispongan de los medios técnicos que exige la ciencia actual para poder efectuar diagnósticos y tratamientos adecuados.

En estos casos, nuevamente los asegurados que consigan acreditar estas circunstancias podrán resolver el contrato o pedir la efectiva prestación con medios y profesionales ajenos a la entidad, además de solicitar la indemnización de daños y perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales que les hubiera irrogado la falta de atención o atención defectuosa asociada a claros casos de impericia o negligencia de profesionales que no deberían figurar en el cuadro asistencial (arts. 1124 CC y 20 LCS).

Dicho esto, reitero una vez más que la doctrina del Tribunal Supremo haciendo responsable a las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria resulta excesiva, ultragarantista para los intereses de los asegurados y de aplicación cuasi-automática. Pero lo más importante, creo que no se ajusta a la estructura de la obligación del asegurador ni a la conexión causal entre el contrato de seguro y el contrato de servicios a favor de tercero. Considerar, como hace el Tribunal Supremo, que el asegurador garantiza la correcta ejecución de los servicios sanitarios, constituye una posición maximalista orientada exclusivamente a la mayor seguridad del asegurado en su condición de consumidor de servicios sanitarios, omitiendo cualquier otra consideración analítico-objetiva sobre la estructura de la causa del contrato (causa-función) de seguro de asistencia sanitaria, sobre el juego de intereses que subyace al

mismo y, también, sobre el funcionamiento eficiente del sistema, del mercado de seguros de asistencia sanitaria, que tanta importancia tiene en España. Ya he dicho antes⁴⁰³ que la garantía del asegurador no debe alcanzar a la correcta ejecución de la prestación de los servicios sanitarios, pues el asegurador no se inmiscuye ni interfiere en el criterio y decisiones de los profesionales y centros sanitarios, a pesar que pueda admitirse -no sin reservas- la condición de éstos como auxiliares contractuales. El asegurador garantiza la efectiva prestación del servicio cuando éste sea requerido por el asegurado, y también la implementación de un cuadro asistencial razonablemente amplio y de calidad para atender las dolencias de los asegurados. Pero no puede extenderse hasta garantizar la correcta ejecución de la prestación sanitaria, en la que no participa, salvo que se pruebe otra cosa, o salvo en casos concretos donde el asegurador nombra un centro o profesional específico al que imparte instrucciones para las pruebas, tratamientos e intervenciones del asegurado. Casos excepcionales en los que sí podría recurrirse a la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente en la producción del daño final.

En estas situaciones, la actuación de los auxiliares que ejecutan los servicios sanitarios comprometidos por el asegurador en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, no salpica al principal, al asegurador. Es decir, la responsabilidad civil por cumplimientos defectuosos del servicio sanitario, por errores o negligencias médicas al desplegar un servicio sanitario concreto a un asegurado, no se trasvasa al asegurador por cuya cuenta e interés se presta ese servicio, porque, como matiza la mejor doctrina: *“a efectos de afirmar la responsabilidad contractual indirecta del deudor y principal frente a su acreedor, lo único decisivo es si la conducta de su auxiliar, que jurídicamente se le imputa, constituye o no un incumplimiento de su obligación, sin que, naturalmente, descargue al deudor/principal de su responsabilidad por su auxiliar, el hecho de que éste, a su vez, haya incumplido la obligación en que resulta deudor del principal”*⁴⁰⁴.

Entonces, *el principal/asegurador respondería por los actos del profesional/auxiliar, sólo si la conducta antijurídica de éste constituye un incumplimiento de la obligación que el asegurador tiene con el asegurado.*

Expresado de otra forma: en el esquema del seguro de asistencia sanitaria, el asegurador responde si la conducta de los profesionales y centros sanitarios que jurídicamente se le imputa por la conexión contractual (causal) existente entre el contrato de servicios a favor de terceros y el contrato de seguro de asistencia sanitaria, constituye o no un incumplimiento de su obligación como tal asegurador respecto a los asegurados.

⁴⁰³ Supra, III.2 y IV.1.

⁴⁰⁴ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pg. 529.

Ergo, si afirmamos que el asegurador no se obliga a garantizar la correcta ejecución del servicio sanitario, sino solamente la efectiva prestación de ese servicio al tiempo de ser solicitado, el cumplimiento defectuoso del servicio sanitario por el médico o centro sanitario auxiliar de aquél en virtud del contrato de prestación de servicios a terceros, no constituye un cumplimiento defectuoso de la obligación del asegurador, cuyo alcance es más limitado.

La obligación del asegurador no es garantizar la curación ni la correcta ejecución material de los servicios sanitarios, cuando no designa el concreto centro o profesional que tiene que realizar el tratamiento ni se inmiscuye para nada en la actividad del médico o centro sanitario.

Su obligación consiste en organizar, gestionar y poner a disposición un conjunto de profesionales y centros sanitarios en medida razonable cuantitativa y cualitativamente para facilitar una atención personalizada a las distintas dolencias del asegurado en tiempo razonable de asistencia. Es decir, en procurar un número razonable de servicios plurales, de calidad contrastada para permitir una libertad de elección real dentro de un cuadro cerrado con amplitud suficiente y con profesionales y centros que cumplen todas las condiciones legales, que no han incurrido en negligencias manifiestas o reiteradas y que incluso tienen pólizas de responsabilidad civil amplias para cubrir cualesquiera incidencias asociadas a su actividad profesional.

Así pues, la responsabilidad civil por errores o negligencias médicas deberá imputarse al centro o profesional responsable, pero no al asegurador de asistencia sanitaria. Salvo que el asegurador no hubiera organizado un cuadro asistencial razonablemente amplio, plural, equilibrado y de calidad para garantizar un acceso y disfrute pacífico de los servicios sanitarios comprometidos, permitiendo una libertad de elección lógica o sensata (tampoco una plena libertad de elección, que no se ajusta al esquema de este seguro) al asegurado; en cuyo caso podría apreciarse una conexión causal (causa adecuada o eficiente) entre su incumplimiento y los daños causados por el centro o profesional concertado al asegurado.

Entonces, sólo podría imputarse responsabilidad al asegurador en circunstancias puntuales, donde un error o negligencia sanitaria pudiera atribuirse a una incorrecta organización y gestión (selección y vigilancia) de los profesionales y centros sanitarios incluidos en su cuadro asistencial; por ejemplo, como consecuencia de la nula o escasa libertad de elección (un solo profesional, centro de diagnóstico o especialista); o a raíz de la inclusión y mantenimiento en el cuadro asistencial de profesionales o centros que no reúnen las características profesionales adecuadas o que han incurrido en negligencias reiteradas; o en casos de impericias manifiestas en la elección de tratamientos, práctica de pruebas de diagnósticos o intervenciones quirúrgicas.

En unos casos la responsabilidad civil contractual del asegurador deviene de un acto propio: la defectuosa organización y gestión de la infraestructura asistencial necesaria para ofrecer la cobertura asistencial sanitaria

comprometida con los asegurados. En otros casos excepcionales, creo que el esquema de contratos coligados (contrato de seguro y contrato de prestación de servicios a terceros), funcionalmente conexos por una causa común (la causa del contrato de seguro de asistencia sanitaria se convierte en causa del contrato de servicios a terceros), puede servir para justificar una conexión (por concurrencia causal) entre la responsabilidad de los profesionales y centros sanitarios por errores y negligencias médicas y la del asegurador por esos mismos errores o negligencias, si están en directa relación con una incorrecta organización del sistema asistencial por el asegurador (escasos profesionales o centros, profesionales sin título, formación o claramente imperitos, etc.).

Entiendo, en definitiva, que una adecuada respuesta al problema de la responsabilidad civil del asegurador, debe construirse sobre la consideración de su obligación de resultado como una obligación de garantía de la efectiva prestación de los servicios comprometidos, y no de la correcta ejecución de los mismos, salvo en los casos excepcionales mencionados. Así, para evaluar si el asegurador ha conseguido el resultado deseable y esperado por los asegurados, esto es, ofrecer el acceso a los servicios sanitarios, y, en abstracto, una presunción de correcta ejecución de tales servicios, habrá que tener en cuenta la mayor o menor diligencia desplegada por el asegurador en la organización de una infraestructura sanitaria idónea y de calidad para atender las diversas dolencias o enfermedades incluidas en la cobertura asistencial de la póliza; y, en relación con ello, garantizar al asegurado en cada caso concreto una libertad de elección razonable (que, aunque no libertad plena, sea real y no ficticia dentro de la limitación que supone el cuadro médico-asistencial) de profesionales y centros sanitarios por los asegurados.

4.4. Consideraciones de análisis económico

La doctrina del Tribunal Supremo, por la que se hace responsable de forma cuasi-automática (bajo dudosos criterios de imputación causal) a las entidades de asistencia sanitaria por los errores o negligencias de los profesionales y centros sanitarios independientes incluidos en su cuadro asistencial, parte, como hemos dicho repetidamente, de una consideración ultragarantista con los intereses de los asegurados en cuanto consumidores y usuarios.

Pero es preciso preguntarse si esa doctrina resulta adecuada, oportuna y conveniente en términos de eficiencia del sistema. Desde luego es eficiente desde la perspectiva de la seguridad (bienestar) de los consumidores, máxime cuando están en juego bienes fundamentales como la vida y la salud. Pero puede ser una perspectiva equívoca, porque el excesivo garantismo puede provocar efectos indeseados en el conjunto del mercado de seguros de asistencia sanitaria para acabar repercutiendo negativamente en los mismos intereses (en este caso patrimoniales) de aquellos a quienes se pretende proteger.

Los aseguradores no disponen de provisiones técnicas para afrontar las indemnizaciones que se les imputan como consecuencia de errores médicos y clínicos en los que no tienen intervención alguna, salvo en casos excepcionales. De modo que esas indemnizaciones generan pérdidas en todo caso. El riesgo que cubren estos seguros es el de la necesidad de asistencia sanitaria propiamente dicha; no el de las consecuencias de una incorrecta asistencia sanitaria.

Por lo tanto, las pérdidas pueden provocar una progresiva pérdida de calidad en los cuadros asistenciales, reduciendo el número de facultativos y centros, prestando más atención a criterios puramente económicos que de asistencia y cuidado de la salud. ¿Para qué ofertar amplias coberturas de máxima calidad si el asegurador va a responder en cualquier circunstancia? Es decir, la doctrina ultragarantista de nuestros tribunales puede repercutir a medio plazo negativamente en la eficiencia del sistema de asistencia sanitaria, tan extendido en nuestro país, provocando un gradual incremento del precio de las primas al tiempo que una reducción paulatina del cuadro asistencial; más aún si se piensa que la búsqueda del beneficio y el incremento del riesgo asumido, forzará condiciones económicas más restrictivas para los profesionales y centros, muchos de los cuales se negarán a prestar sus servicios para las compañías aseguradoras en condiciones económicas poco favorables para ellos (en comparación con el precio de mercado o precio habitual de una consulta o atención médica en régimen estrictamente privado, es decir, en contratación directa con el paciente)⁴⁰⁵

Además, se produce un solapamiento entre aseguradores de asistencia sanitaria y aseguradores de responsabilidad civil. Siendo obligatorio el seguro de responsabilidad civil de profesionales y centros sanitarios⁴⁰⁶, es posible que los aseguradores de asistencia sanitaria que abonan indemnizaciones se dirijan luego contra los aseguradores de responsabilidad civil de sus profesionales y centros; de hecho, suelen exigir sumas aseguradas elevadas en previsión de esa circunstancia; lo cual redundaría igualmente en un incremento progresivo de las primas de responsabilidad civil, por lo que los profesionales tenderán a reducir la suma asegurada para abaratar la prima.

¿No es más lógico que la responsabilidad por errores y negligencias médico-asistenciales se solvete mediante el mecanismo del seguro de responsabilidad civil exclusivamente? Sin descartar, incluso, la intervención administrativa para exigir una cobertura mínima de estos seguros para el ejercicio de actividades sanitarias privadas, discriminando en función de la especialidad. Ello salvo en los casos que antes se han apuntado en que el asegurador de asistencia sanitaria no ofrezca una cobertura suficiente

⁴⁰⁵ Sin desconocer que muchos de los profesionales que aceptan las limitadas condiciones económicas ofrecidas por las compañías, pueden optar por una atención rápida y poco cuidadosa de pacientes, buscando el mayor beneficio en el menor tiempo posible.

⁴⁰⁶ Art. 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

cualitativa y cuantitativamente, o falle en los controles mínimos profesionales y técnicos de los centros y profesionales que integran su cuadro asistencial. Pero tampoco es eficiente un escenario inverso: un escenario sin responsabilidad alguna de los aseguradores de asistencia sanitaria; lo cual, conduciría al mismo resultado que un escenario de responsabilidad plena y automática.

En esto caso, los aseguradores no prestarían la atención debida para crear un cuadro asistencial amplio y de calidad para procurar una libertad de elección razonable al asegurado entre facultativos y centros de condiciones similares de conocimientos, experiencia, medios técnicos, etc.

Se trata, en definitiva, de reconducir el problema a sus justos términos, centrados en el auténtico contenido y finalidad de la prestación comprometida por el asegurador de asistencia sanitaria. Si éste no cumple con su obligación de garantía, consistente en ofrecer un cuadro médico suficiente, solvente y eficaz para tratar las dolencias de los asegurados, entonces responderá por incumplimiento contractual; pero no responderá cuando, ofreciendo un cuadro médico razonablemente plural y solvente, puntualmente puedan derivarse daños como consecuencia de una mala praxis profesional de los centros o facultativos concertados.

4. 5. Consideraciones finales

En definitiva, a la vista de todos los argumentos jurídicos y económicos expuestos a lo largo de este estudio, considero adecuada una posición ecléctica que excluya en principio a los aseguradores de la responsabilidad por errores y negligencias de los profesionales independientes de su cuadro asistencial, pero que les haga responsables de los daños y perjuicios derivados de una infraestructura pobre o inadecuada y de los errores y negligencias médicas directa o indirectamente asociados (mediante criterios de imputación objetiva a la falta de medios humanos y materiales suficientes y de calidad o a la falta de control y vigilancia a la hora de seleccionar y mantener en el cuadro a profesionales y centros manifiestamente imperitos o que hubieran incurrido en negligencias reiteradas, especialmente cuando la entidad imponga o recomiende un centro o profesional específico para tratar la dolencia de un asegurado.

No ignoro que el problema de esta solución reside en la prueba objetiva de estas situaciones especiales; y que la consideración de la suficiencia o insuficiencia del cuadro médico asistencial dependerá mucho de la sensibilidad de cada juzgador o tribunal, dando como resultado resoluciones dispares que vayan en detrimento de la seguridad jurídica.

Pero tampoco es óptima la solución contraria de considerar responsable al asegurador prácticamente en todas las situaciones en que se produce una asistencia sanitaria defectuosa, como viene ocurriendo hasta el momento. Y

sobre todo entiendo que es contraria a las reglas de la imputación objetiva de la responsabilidad, ampliando extraordinariamente los cursos causales concurrentes en el daño final; máxime cuando habitualmente es claro quién o quiénes resultan ser los responsables directos del daño, y cuando estos obligatoriamente disponen de un seguro de responsabilidad civil que, cuanto menos, ha de servir para paliar el riesgo de insolvencia del responsable directo que justifica las más de las veces la imputación de responsabilidad al asegurador de asistencia sanitaria por aplicación de las reglas de la solidaridad impropia en los mecanismos de responsabilidad civil extracontractual y contractual.

Como ya he apuntado, quizás una cuidadosa intervención normativa para delimitar la cuantía del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los distintos profesionales de la medicina, centros y hospitales dedicados a prestar servicios asistenciales en régimen privado alternativo o complementario (cada vez más, por cierto) de los servicios públicos de salud, podría servir para solventar los problemas jurídicos que plantea la imputación cuasi-automática de responsabilidad a los aseguradores de asistencia sanitaria, así como los problemas económicos que también puede generar -si no lo está haciendo ya- en el corto o medio plazo en forma de incremento de primas y reducción del cuadro asistencial.

En cualquier caso, el conjunto del sistema necesita urgentemente una reforma legal que aporte seguridad jurídica. Una reforma que aporte un concepto claro del seguro de asistencia sanitaria, de la naturaleza, contenido y alcance de la prestación del asegurador, y un régimen jurídico acorde con ello. Y acompañado de un régimen reglamentario que discipline los aspectos organizativos y funcionales básicos del sistema, tanto en lo relativo a la implementación del mismo, como a las relaciones entre el asegurador y los profesionales y centros sanitarios, y también a las relaciones entre el asegurador y los profesionales sanitarios con los asegurados, siempre prestando especial atención a la salud como interés de referencia de todo el sistema.

En este sentido, no creo que la propuesta de reforma del seguro de asistencia sanitaria contenida en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Contrato de Seguro, presentado por el anterior Gobierno el 8 de abril de 2011, aporte la claridad necesaria al problema, de acuerdo con los antecedentes y tradición de este seguro en nuestro país.

El art. 95.1 del Anteproyecto incluye la asistencia sanitaria como una mera modalidad de cumplimiento del genérico seguro de enfermedad, definiendo éste -en clave exclusivamente indemnizatoria del patrimonio- como aquel en el que *“el asegurador se obliga a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado”*; señalando a continuación en un segundo párrafo que: *“La prestación del asegurador podrá consistir en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria o en el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente, del asegurado como consecuencia de la enfermedad. La prestación podrá consistir también en garantizar al asegurado*

los servicios de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste”.

De modo que la prestación de asistencia sanitaria perdería su autonomía como seguro y pasaría a ser una posible prestación del seguro de enfermedad, concebido en términos generales como seguro indemnizatorio de las consecuencias económicas producidas por la enfermedad en el patrimonio del asegurado. En esta clave indemnizatoria de las consecuencias de la enfermedad sobre el patrimonio, la garantía de prestación de servicios sanitarios equivaldría a una prestación en especie de la indemnización del coste de la enfermedad. Pero para resolver los problemas conceptuales -antes apuntados- que el vigente art. 18 II LCS presenta en relación con la prestación de reposición o reparación del objeto siniestrado, el art. 19.6 del Anteproyecto prevé que cuando esté pactado en la póliza o cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado, “o *la prestación del servicio*”; se incluye así una prestación puramente asistencial como prestación en especie de una cobertura indemnizatoria del patrimonio, para no tener que forzar la interpretación de los conceptos de reparación y reposición (por ejemplo del cuerpo humano, en el caso de la asistencia sanitaria, como hasta ahora propugna un sector de nuestra doctrina científica)⁴⁰⁷.

El problema radica en que, a pesar de optar por una interpretación del seguro de enfermedad en general en clave indemnizatoria del patrimonio, incluida por tanto la asistencia sanitaria y la asistencia a la dependencia, la norma proyectada no se limita a decir que el asegurador se limita a proveer servicios sanitarios asumiendo el coste de los mismos (como sugería parte de la doctrina científica, lo que serviría para limitar la cobertura a la provisión y pago de los servicios sanitarios, pero sin asumir responsabilidad alguna sobre la ejecución efectiva de los mismos); señala dicha norma, en concreto, que la prestación podrá consistir “*en garantizar al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste*”.

La utilización del término “*garantizar*” recuerda inmediatamente la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y alcance de la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, que no se limitaría a organizar los servicios sanitarios y pagar el coste de los mismos, sino que garantizaría su efectiva y correcta prestación, haciéndole así responsable de cualquier prestación defectuosa.

⁴⁰⁷ Prestación de servicios o asistencia que también se recogía en el art 23 del Proyecto de Ley de Supervisión Financiera presentado por el anterior Gobierno en el Congreso de los Diputados el 22 de mayo de 2011 para la incorporación de la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II), el cual al referirse al ramo de enfermedad, que comprende la asistencia sanitaria y la dependencia (art. 23.1 apartado 2), señala que las prestaciones en este ramo pueden ser a tanto alzado, de reparación, bien mediante reembolso de los gastos ocasionados, “*bien mediante la garantía de la prestación del servicio*”, o mixta de ambos. De modo que la prestación de garantía de la prestación del servicio equivaldría a una prestación indemnizatoria en especie.

Pero además, al decir que el asegurador garantiza los servicios de asistencia sanitaria, aunque teóricamente se conceptúe como prestación indemnizatoria en especie en forma de servicios (poniendo en relación el art. 95.1 con el 19.6 del Anteproyecto), sigue dejando abierta la posibilidad de concebir la existencia de prestaciones asistenciales (si no como categoría autónoma de seguros, como aquí defendemos, sí como forma específica de cobertura “asistencial” de seguros indemnizatorios o de daños en el patrimonio), con todos los problemas de régimen jurídico que eso plantea; en particular, sobre el alcance del compromiso de garantía del asegurador que ha venido siendo objeto de nuestro análisis a lo largo de este estudio.

Como dije en un momento anterior, aunque inserto en el esquema del seguro de daños en el patrimonio, el expreso reconocimiento de la prestación de servicios deja abiertos los interrogantes sobre el alcance de la prestación comprometida por el asegurador, en el sentido de si sólo garantiza el acceso a dichos servicios o si también garantiza la correcta ejecución de los mismos; lo cual puede depender -y mucho- de si el prestador del servicio es impuesto por el asegurador o si resulta de libre elección (siquiera relativa o limitada) por el asegurado de entre un elenco de profesionales previamente anunciado u ofrecido por el asegurador.

Creo en todo caso, a la espera de una futura reforma normativa que resuelva definitivamente el problema, que el seguro o la prestación de asistencia sanitaria debe conservar siempre su condición de seguro asistencial y, en consecuencia, su autonomía plena respecto al seguro de enfermedad, de modo que el asegurador no cumpla su prestación limitándose a abonar los servicios prestados por los centros y profesionales concertados a tal fin. Se conciba como un “*tertium genus*” asistencial (como aquí propugnamos, siendo el riesgo asegurado la situación de necesidad que provoca la enfermedad, emergiendo así el aspecto fundamental de la ayuda en situaciones de necesidad en forma de organización del servicio de asistencia sanitaria, sobre el aspecto secundario del daño en el patrimonio) o como una prestación en especie de seguros de daños en el patrimonio, la prestación del asegurador debe interpretarse en todo caso como una obligación de organización y cobertura suficiente, cualitativa y cuantitativamente, de la prestación sanitaria a sus asegurados; una garantía de la prestación del servicio que, a mi juicio, no debería extenderse al resultado final, respondiendo en caso de prestaciones defectuosas por parte de profesionales y centros que actúan con libertad de criterio (como auxiliares plenamente independientes, si se quiere), salvo que concurren las excepcionales circunstancias antes indicadas, que más tienen que ver con un incumplimiento de la obligación fundamental de garantía de prestación del servicio en condiciones razonables que con la garantía de la correcta ejecución de prestaciones asistenciales en las que el asegurador -por lo general- no interviene ni directa ni indirectamente, sin perjuicio de que una defectuosa organización de la asistencia conecte causalmente (como causa adecuada o eficaz) con el daño provocado por una incorrecta prestación del servicio sanitario en casos concretos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES de BRITO, José, *Seguro de Saúde*, en AA.VV., “*Lei do Contrato de Seguro Anotada*”, Almedina, Coimbra, 2009, pgs. 525 y ss.

ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, *Sobre la regulación de los seguros de personas*, en AA.VV., “*Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino F. Duque Domínguez*”, Vol. II, Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, 1998, pgs. 1150 y ss.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Responsabilidad civil médica*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, 3ª ed., T. II, Thomson-Aranzadi, 2008, pg. 731 y ss.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cáceres, 16 de noviembre de 2006, accesible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>.

BADILLO ARIAS, José A., *Comentario al artículo 18 LCS*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), “*Ley de Contrato de Seguro*”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pg. 378.

BARCELÓ DOMENECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

BELLO JANEIRO, Domingo, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007*, CCJC, nº 77, mayo-agosto de 2008, nº 2051, pgs. 848 y ss.

BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, en VASALLI (Dir.), “*Tratatto de Diritto Civile*”, Torino, 1960.

BIGOT, Jean, *Chapitre Préliminaire*, en Jean BIGOT (Dir.), “*Les Assurances des Personnes*”, T. 4, L.G.D.J, Paris, 2007, pgs. 2 y ss.

BIGOT, Jean, *Les assurances de personnes non vie. Notions Générales*, en Jean BIGOT (Dir.), “*Les Assurances des Personnes*”, T. 4, L.G.D.J, Paris, 2007, pgs. 492 y ss.

BIN, Marino, *Comentario al codice delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2006.

CANDIAN, A.D., *Assistenza (contratto di)*, en Contratto e Impresa, 1989, pgs. 1169 y ss.

DAMIANI, Enrico, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008.

De ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?*, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *“La Responsabilidad Civil y su problemática actual”*, Dykinson, Madrid, 2008, pgs. 133 y ss.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DONATI, Antigono, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1954, III.

ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung im Recht un Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968. Traducida al español por Juan José Gil Cremades, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004.

FANELLI, Giuseppe, *La “summa divisio” delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, en “Saggi di Diritto delle Assicurazioni”, Giuffrè, Milano, 1971, pgs. 493 y ss.

FARSACI, Benedetto, *Le teoriche sul contratto di assicurazione*, Assicurazione, 2007-1, pgs. 86 y ss.

FURCI, Claudio, *L’Assicurazione assistenza*, en Guido ALPA, *“Le assicurazione privata”*, T. III, UTET, Torino, 2006, pgs. 1508 y ss.

FURROW (et al.), Barry R., *Liability and Quality Issues in Health Care*, 6th ed., Thomson-West, 2008.

GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

GARRIGUES, Joaquín, *El interés en el seguro*, RES, 1975, pgs. 7 y ss.

GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, 1ª ed., Madrid, 1973; 2ª ed., Madrid, 1983.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de Daños. Los Límites de la Responsabilidad Colectiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Comentario a la Sentencia de 4 de junio de 2009, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, pgs. 470 y ss.

GONZÁLEZ BUENO, Gabriela, *Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de prestaciones de asistencia*, Revista Española del Seguro (RES), nº 39, 1984, pgs. 442 y ss.

GÓNZALEZ CARRASCO, M^a del Carmen, *Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España*, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 20/2007.

GUERRERO DE CASTRO, Manuel, *El seguro de asistencia sanitaria y sus principales problemas*, en Hacienda Pública Española, nº 98, 1986, pgs. 215 y ss.

HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, *Comentarios a los aspectos civiles y aseguradores de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de mayo de 2007 (Caso del anestesista Maeso)*, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, nº 7, 2007, pgs. 4 y ss.

HERNÁNDEZ PASCUAL, Javier, *Mercado y regulación administrativa en el seguro sanitario privado*, en AA.VV., "Reforma sanitaria e incentivos", IX Jornadas de Economía de la Salud, Barcelona, 1990, pgs. 156 y ss.

JORDANO FRAGA, Manuel, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2^a Ed., 1984.

KONGSTVEDT, Peter R. , *Essentials of Managed Health Care*, 5th ed., Jones & Bartlett Publishers, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1^a ed., Ariel, Madrid, 1994.

LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994.

LÓPEZ QUIROGA, Julio, SAN PEDRO MARTÍNEZ, Guillermo, QUIRÓS DE SAS, Antonio, *La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria*, RES, nº 128, 2006, pgs. 868 y ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto, *Seguros de personas. Aspectos generales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

MARTÍN CASALS, Miquel, RIBOT IGUALADA, Jordi y SOLÉ FELIÚ, Josep, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos de SEAIDA, noviembre de 2006.

MARTÍN CASALS, Miquel, *Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas*, Revista Española de Seguros, RES, nº 128, 2006, pgs. 803 y ss.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *Atribución del pago de los gastos de asistencia sanitaria en los casos de doble cobertura asistencial*, RES, 2006, pgs. 128 y ss.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *El seguro de dependencia: régimen jurídico*, en CALVO ORTEGA/GARCÍA CALVENTE (Dir.), *“Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas”*, Madrid, 2007.

MÜLLER, Helmut, *Private Krankenversicherung*, en BECKMANN/MATUSSCHE-BECKMANN, *“Versicherungsrechtshandbuch”*, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2009.

NÚÑEZ LOZANO, Mª del Carmen, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria. Intervención y Liberalización*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho Público “García Oviedo”, Madrid-Barcelona, 1999.

NYMAN, John A., *The Theory of Demand for Health Insurance*, Stanford University Press, California, 2003.

PACCHIONNI, G., *Los contratos a favor de terceros: estudio de derecho romano, civil y mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

PANIZA FULLANA Antonia, *Las Entidades Aseguradoras de Asistencia Sanitaria ante la Falta de Diligencia del Médico por Omisión de Información (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 2012)*, Revista Aranzadi Civil -Mercantil, núm. 3, junio 2012, pgs. 61 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código Civil, T. II, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1990.

PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de terceros*, Comares, Granada, 1999.

POLOTTI Di ZUMAGLIA, Alberto, *L'assicurazione privata contro le malattie*, en Guido ALPA, “*Le Assicurazioni Privata*”, T. III, UTET, Torino, 2006, pgs. 3011 y ss.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Comentario al artículo 1 LCS*, en L. Fernando

REGLERO CAMPOS (Coord.), “*Ley de Contrato de Seguro*”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pgs. 41 y ss.

RICH, Robert F., *The Two Faces of Managed Care Regulation & Policymaking*, Stanford Law & Policy Review, 2005.

RODRÍGUEZ, Marisol, *El gasto sanitario privado en España: su naturaleza y su efecto sobre la equidad del sistema*, en AA.VV., “*Salud y Equidad*”, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, pgs. 285 y ss.

ROGLER *Krankenversicherung*, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (Hrsg.), “*Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*”, Nomos Verlag, München, 2009.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Ley de Contrato de Seguro*, en Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO (Coords.), “*Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*”, T. XXIV, Vol. 3º, EDESA, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentario al artículo 1*, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (Dir), “*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*”, Thomson-Aranzadi, 3ª ed., Navarra, 2008, pgs. 25 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentario al artículo 1*, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (Dir), “*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*”, Thomson-Reuters Aranzadi, 4ª ed., Navarra, 2010, pgs. 29 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentario al artículo 105 LCS*, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), “*Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*”, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pgs. 2151 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentario al artículo 105 LCS*, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), “*Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*”, 4ª ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 2010, pgs. 2690 y ss.

SCALFI, Gianguido, *I contratti di assicurazione. Assicurazione dei danni*, Torino 1991.

SCALFI, Gianguido, *L'Assicurazione tra rischio e finanza*, Giuffrè, Milano, 1992.

SCALFI, Gianguido, *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?*, Assicurazione, 1995-3, pgs. 143 y ss.

SCHMITT, Carl, *Gesetz und Urteil*, 1912.

SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER, *Vorbemerkungen zu den Paragrafs. 102 bis 208 VVG*, en “*Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*”, München, 2008

SEIJÁS QUINTANA, José Antonio, *Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?*, en *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 29, 2009, pgs. 9 y ss.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *La responsabilidad de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, RES, nº 128, 2006, pgs. 839 y ss.

TAPIA HERMIDA, Antonio J., *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, 2ª ed., Cálamo, Barcelona, 2003.

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *¿El seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad son el mismo ramo o son ramos diferentes?*, *Actualidad Aseguradora*, septiembre 1992, pgs. 28 y ss.;

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *Asistencia sanitaria, un ramo con fuerza propia*, *Actualidad Aseguradora*, marzo 1994, pgs. 25 y ss.

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *El seguro de vida*, en Nicolás MARTÍN SÁNCHEZ (Dir.), “*Derecho de Seguros*”, II, Madrid, 1996.

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *Los seguros de personas*, en OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA, “*Tratado de Derecho Mercantil*”, DM46, Vol. 3, Marcial Pons, Madrid, 2006.

URÍA, Rodrigo, *Orientaciones modernas sobre el contrato de seguro*, *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, nº 84, 1962, pgs. 263 y ss.

URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y ALONSO SOTO, Ricardo, *El contrato de seguro en general*, en Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, “*Curso de Derecho Mercantil*”, Vol. II, Civitas, Madrid, 2001.

VÁZQUEZ de PADURA, Mercedes, *La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria*, RES 2006, nº 128, pgs. 843 y ss.

VEIGA COPO, Abel B., *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008.

VEIGA COPO, Abel B., *Tratado del Contrato de Seguro*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009.

VERGEZ, Mercedes, *Los seguros de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria en la Ley de Contrato de Seguro* (arts. 100 a 106), en Evelio VERDERA i TUELLES (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. I, Madrid, 1982.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

VOLPE PUTZOLU, Giovanna, *Prestazione di servizi nell'evoluzione del rapporto assicurativo*, en *Assicurazioni*, 2000-I, pgs. 7 y ss.

COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”
Instituto de Ciencias del Seguro

Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones puede encontrarnos en:

FUNDACIÓN MAPFRE
Publicaciones
Paseo de Recoletos 23 – 28004 Madrid – (España)
Telf.: + 34 915 818 768 Fax: +34 915 818 409
www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

- 182. La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria. 2012
- 181. Relaciones de colaboración en el contrato de Reaseguro. 2012
- 180. Origen, situación actual y futuro del seguro de Protección Jurídica. 2012
- 179. Experiencias de microseguros en Colombia, Perú y Brasil. Modelo socio agente. 2012
- 178. El agente de seguros y su Responsabilidad Civil. 2012
- 177. Riesgo operacional en el marco de Solvencia II. 2012
- 176. Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América. (1770-1870). 2012
- 175. El seguro de Caución. 2012
- 174. La contabilidad de los corredores de seguros y los planes y fondos de pensiones. 2012
- 173. El seguro de Vida en América Latina. 2011
- 172. Gerencia de riesgos sostenibles y Responsabilidad Social Empresarial en la entidad aseguradora. 2011

171. Investigaciones en Seguros y Gerencia de Riesgos. 2011
170. Introdução ao Resseguro. 2011
169. La salud y su aseguramiento en Argentina, Chile, Colombia y España. 2011
168. Diferencias de sexo en conductas de riesgo y tasa de mortalidad diferencial entre hombres y mujeres. 2011
167. Movilización y rescate de los compromisos por pensiones garantizados mediante contrato de seguros. 2011
166. Embedded Value aplicado al ramo No Vida. 2011
165. Las sociedades cautivas de Reaseguro. 2011
164. Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación. 2011
163. El riesgo de tipo de interés: experiencia española y Solvencia II. 2011
162. I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. 2011
161. La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de la longevidad. Reflexiones bioéticas. 2011
160. Actividad aseguradora y defensa de la competencia. La exención antitrust del sector asegurador. 2011
159. Estudio empírico sobre la tributación de los seguros de vida. 2010
158. Métodos estocásticos de estimación de las provisiones técnicas en el marco de Solvencia II. 2010
157. Introducción al Reaseguro. 2010
156. Encuentro Internacional sobre la Historia del Seguro. 2010
155. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. 2010
154. El Seguro de Crédito en Chile. 2010
153. El análisis financiero dinámico como herramienta para el desarrollo de modelos internos en el marco de Solvencia II. 2010

152. Características sociodemográficas de las personas con doble cobertura sanitaria. Un estudio empírico. 2010
151. Solidaridad impropia y seguro de Responsabilidad Civil. 2010
150. La prevención del blanqueo de capitales en las entidades aseguradoras, las gestoras y los corredores de seguros 2010
149. Fondos de aseguramiento agropecuario y rural: la experiencia mexicana en el mutualismo agropecuario y sus organizaciones superiores. 2010
148. Avaliação das Provisões de Sinistro sob o Enfoque das Novas Regras de Solvência do Brasil. 2010
147. El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud: análisis actuarial de su impacto y alcance. 2010
146. Investigaciones históricas sobre el Seguro español. 2010
145. Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal. 2009
144. Contabilidad y Análisis de Cuentas Anuales de Entidades Aseguradoras (Plan contable 24 de julio de 2008). 2009
143. Mudanças Climáticas e Análise de Risco da Indústria de Petróleo no Litoral Brasileiro. 2009
142. Bases técnicas dinámicas del Seguro de Dependencia en España. Una aproximación en campo discreto. 2009
141. Transferencia Alternativa de Riesgos en el Seguro de Vida: Titulización de Riesgos Aseguradores. 2009
140. Riesgo de negocio ante asegurados con múltiples contratos. 2009
139. Optimización económica del Reaseguro cedido: modelos de decisión. 2009
138. Inversiones en el Seguro de Vida en la actualidad y perspectivas de futuro. 2009
137. El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso. 2009
136. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. RIESGO 2009.

135. Análisis e interpretación de la gestión del fondo de maniobra en entidades aseguradoras de incendio y lucro cesante en grandes riesgos industriales. 2009
134. Gestión integral de Riesgos Corporativos como fuente de ventaja competitiva: cultura positiva del riesgo y reorganización estructural. 2009
133. La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. 2009
132. Aproximación a la Responsabilidad Social de la empresa: reflexiones y propuesta de un modelo. 2009
131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la cláusula cut through. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento bootstrap. 2008
123. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008

119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El Fair Value de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006

101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004

83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001

63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998

41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997
32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996
28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994

21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994
16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de controlling estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

ÚLTIMOS LIBROS PUBLICADOS

La historia del seguro en Chile (1810-2010). 2012

Modelo de proyección de carteras de seguros para el ramo de decesos. 2011

Desarrollo comercial del seguro colectivo de dependencia en España. 2010

La mediación de seguros en España: análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2010

Museo del Seguro. Catálogo. 2010

Diccionario MAPFRE de Seguros. 2008

Teoría de la credibilidad: desarrollo y aplicaciones en primas de seguros y riesgos operacionales. 2008

El seguro de caución: una aproximación práctica. 2007

El seguro de pensiones. 2007

Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. 2006

Diccionario bilingüe de expresiones y términos de seguros: inglés-español, español-inglés. 2006

El seguro de riesgos catastróficos: reaseguro tradicional y transferencia alternativa de riesgos. 2005

La liquidación administrativa de entidades aseguradoras. 2005

INFORMES Y RANKINGS

Desde 1994 se publican anualmente estudios que presentan una panorámica concreta de los mercados aseguradores europeos, de España e Iberoamérica y que pueden consultarse en formato electrónico desde la página Web: www.fundacionmapfre.com/cienicasdelseguro

- Mercado español de seguros
- Mercado asegurador de Iberoamérica
- Ranking de grupos aseguradores europeos
- Ranking de grupos aseguradores iberoamericanos