



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
MÁSTER EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL**

Trabajo de Fin de Máster

**EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA:
ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Elaborado por:
Sara Ceballos Padrón

Dirigido por:
Dra. Dña. Isabel García Martín

Salamanca, 2013

A mi familia.

SUMARIO

ABREVIATURAS	6
PRESENTACIÓN/AGRADECIMIENTOS	7
CAPÍTULO PRIMERO: DELIMITACIÓN DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.	
1.2 Los seguros privados de asistencia sanitaria y los seguros de enfermedad: delimitación de su relación y sus particulares diferencias	10
1.2 Delimitación de la naturaleza jurídica de los seguros de asistencia sanitaria. Especial incidencia en el estudio de la naturaleza próxima a los seguros de daños	16
1.2.1 El seguro de asistencia sanitaria como seguro de personas por razón del riesgo.....	16
1.2.2 El seguro de asistencia sanitaria como seguro contra daños.....	18
1.2.3 El seguro de asistencia sanitaria como categoría de seguro asistencial o de prestación de servicios.....	23
1.2.4 El seguro de asistencia sanitaria como categoría autónoma.....	25
1.3 Modalidades de seguros de asistencia sanitaria	26
1.4 Estudio de los elementos del contrato	28
1.4.1 El riesgo en los seguros de asistencia sanitaria.....	29
1.4.2 El interés en los seguros de asistencia sanitaria.....	34
1.5 Las condiciones generales, particulares y especiales en los seguros de asistencia sanitaria. Breve referencia a las cláusulas delimitativas del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado	37

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS OBLIGACIONES Y DEBERES RELATIVOS AL TOMADOR O ASEGURADO EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA.

2.1 La configuración del deber de declaración del riesgo en el CCo y en la LCS. Especial referencia a la <i>uberrimae bonae fidei</i> en el seguro de asistencia sanitaria.....	48
2.1.1 Deber de naturaleza precontractual.....	52
2.1.2 Infracción del deber de declaración del riesgo. Consecuencias jurídicas.....	54
2.2 Especificidades del deber de declaración del riesgo en los seguros de asistencia sanitaria.....	57
2.2.1 El cuestionario de salud.....	57
2.2.2 El reconocimiento médico.....	59
2.2.3 Especial trascendencia de la declaración de edad del tomador o asegurado.....	59
2.2.4 La discusión de la inclusión de cuestiones relacionadas con el VIH o SIDA en el cuestionario.....	61
2.2.5 El deber de confidencialidad y la custodia de datos del estado de salud del solicitante.....	64
2.3 La cuestionada inclusión de las cláusulas de indisputabilidad en las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria.....	65
2.4 El periodo de carencia en los seguros de asistencia sanitaria.....	68
2.5 La comunicación de la agravación del riesgo.....	69
2.6 El pago de la prima como deber contractual fundamental.....	73
2.7 La participación del asegurado en los costes de los servicios de asistencia sanitaria.....	75

2.8 El deber de comunicar el siniestro y el deber de informar sobre las consecuencias del mismo.....	78
---	-----------

CAPÍTULO TERCERO: LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ASEGURADORAS.

3.1 Calificación de las obligaciones asumidas por el asegurador en los seguros de asistencia sanitaria ¿Obligaciones de medios o de resultado? ¿Hasta dónde se extiende la obligación de prestación de servicios del asegurador?.....	83
3.2 Relación contractual entre aseguradores y facultativos médicos, ¿contrato de arrendamiento de obra o de servicios?.....	88
3.3 Breve concepción sobre la Responsabilidad Civil y su plasmación en el ordenamiento jurídico español.....	90
3.3.1 La concurrencia de regímenes de responsabilidad.....	92
3.3.2 Los tipos de responsabilidad y su evolución.....	92
3.3.3 Responsabilidad por hechos propios.....	95
3.3.4 Responsabilidad por hechos ajenos. Especial consideración de la responsabilidad del empresario.....	96
3.3.5 Responsabilidad objetiva o por riesgo. Evolución de los presupuestos culpabilísticos de la responsabilidad.....	98
3.4 Notas sobre la configuración de la Responsabilidad Civil médica.....	100
3.4.1 Concurrencia de responsabilidades.....	100
3.4.2 Perspectiva del régimen de la <i>responsabilidad aquiliana</i> en la responsabilidad médica.....	101
3.4.3 Presupuestos para la existencia de responsabilidad médica.....	102

3.5 Estudio analítico jurisprudencial de la correspondiente responsabilidad de los aseguradores en los supuestos de negligencia médica.....	103
Conclusiones generales.....	116
Bibliografía.....	122
Sentencias.....	123

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

Art. /Arts. /art. /arts.: Artículo/ Artículos/ artículo/ artículos.

ASISA: Asistencia Sanitaria Interprovincial, S. A. U.

CC: Código Civil español.

CCo: Código de Comercio español.

Coord.: Coordinador.

CR: Cruz Roja.

HM: Hermandad Madrileña, S. A.

Ibídem: en el mismo lugar.

IMQ/ IM: Igualatorio médico quirúrgico, S. A.

IPRESA: Igualatorio de prestación sanitaria, S. A.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LMSRP: Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

OJ: Ordenamiento jurídico.

Op.: Obra citada.

p. /pp.: página/ páginas.

R.A.E: Real Academia de la Lengua Española.

R.D: Real Decreto.

R.J: Rollo Jurídico.

S. A.: Sociedad Anónima.

S. A. U: Sociedad Anónima Unipersonal.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LOSP: Ley de Ordenación de los Seguros Privados.

LOSSP: Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

TRLOSSP: 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.

TS: Tribunal Supremo.

PRESENTACIÓN

La elección, como trabajo final del Master de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca, del tema “El seguro de asistencia sanitaria: algunas cuestiones relevantes en el ordenamiento jurídico español” obedece, entre otras razones, a la cada vez mayor relevancia de esta modalidad aseguradora, incluso en un panorama general de contracción de la demanda de todo el conjunto de seguros. De todas las modalidades, los de asistencia sanitaria son prácticamente los únicos del mercado que han aumentado las primas en 2.012 - un 3,18% - respecto al año anterior, dato que hace reflejo de índices positivos si se tiene en cuenta que el sector asegurador en su totalidad decreció en esa anualidad un 5,27%. Responsables del sector atribuyen esta excepcionalidad a “la importancia que concedemos los españoles a la salud”, pero especialmente a que la sanidad privada “se caracteriza por su calidad asistencial, la libertad de elección y la capacidad de adaptarse con mayor facilidad a las necesidades específicas de cada cliente”; a su vez no muestran dudas al afirmar que el sistema español de sanidad pública, encabeza las listas de los mejores del mundo, pero que para mantenerlo en ese horizonte y que resulte sostenible, surge la necesidad de la estrecha colaboración de la gestión privada, sufragando y compartiendo recursos. Es por ello que, desde el Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad, se contrasta que el gasto sanitario privado representó en 2010 - un 26,2% - de la inversión total en salud y, que los siete millones de ciudadanos con seguro privado, suponen un ahorro para el sistema de mil cuatrocientos cuarenta y siete euros por persona al año¹.

Por ende, el presente estudio intenta seguir la línea de trabajos de investigación abierta por juristas con una extensa trayectoria, recogiendo sus últimas aportaciones a los debates suscitados sobre los elementos diferenciales y controvertidos de esta rama de los seguros. De este modo, acometo mi labor del análisis minucioso del seguro de asistencia sanitaria, dividiéndolo en tres capítulos que presumiblemente facilitará su comprensión a quiénes muestren el deseo de su lectura.

En función de ello, el primer capítulo pretende abordar la concreción del seguro de asistencia sanitaria, partiendo de su escaso tratamiento legislativo, que se ha de suplir necesariamente con el bagaje de los recursos que ofrece una esmerada jurisprudencia y

¹ El Mundo (Extra-salud), “Traje sanitario a medida para cada cliente”, Castilla y León, 18 de abril de 2013.

con la aportación incesante de la doctrina científica. Se inicia el mismo, delimitando su relación y especiales diferencias con el seguro de enfermedad, permitiéndome puntualizar la configuración de la noción de seguro de asistencia sanitaria, como subgénero del anterior o, por el contrario, como categoría independiente regulada en un mismo precepto legal. Acto seguido, se procura una aproximación a la naturaleza jurídica de los seguros de asistencia sanitaria, reconociendo que ello ha supuesto, con alta probabilidad, el ejercicio más complejo para la doctrina y profesionales de esta materia, así como para aquellos a los que nos dedicamos en profundidad a su estudio, contando con amplias divisiones y formulaciones sobre la misma, incidiendo especialmente en el análisis de la naturaleza próxima a los seguros de daños, para a continuación describir las modalidades de seguros de asistencia sanitaria que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico. Inmediatamente después, es primordial someter a un exhaustivo estudio, los elementos del riesgo e interés presentes en el contrato, destacando la necesidad de ofrecer cautelosamente respuestas a las discusiones que, a día de hoy se perpetúan latentes, acerca de la delimitación y concreción del riesgo y la existencia o no del interés en los seguros de asistencia sanitaria. Para finalizar el primer capítulo, me detendré en la descripción pertinente de las condiciones generales, particulares, y especiales que forman parte de las pólizas de asistencia sanitaria, escudriñando la posible lesividad, no prevista legalmente de las condiciones particulares, de forma análoga a lo contenido en la LCS y en la LCGC para las generales, así como las diferencias contrastables entre las cláusulas delimitativas del riesgo y las limitativas de derechos de los asegurados.

El segundo capítulo, por su parte, desglosa las obligaciones y deberes relativos al tomador o asegurado en los seguros de asistencia sanitaria, pormenorizando las mismas con especial atención a las cuestiones sometidas a discusión por la doctrina : la distinta configuración del deber fundamental de declaración del riesgo en la antigua regulación del CCo, y en la actual LCS, poniendo énfasis en el debate sobre las posibles soluciones confeccionadas para la infracción del deber de declaración del riesgo; la comunicación de la agravación del riesgo en los seguros de asistencia sanitaria; las especificidades relacionadas con el contenido del deber de declaración del riesgo, destacando la declaración de la edad del asegurado y la inclusión de cuestiones relacionadas con el VIH o SIDA en el cuestionario de salud; la cuestionada inclusión de las cláusulas de indisputabilidad en las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria como una de las piezas claves del presente capítulo; el periodo de carencia en los

seguros de asistencia sanitaria; el pago de la prima como otro deber fundamental del asegurado así como la participación en los costes de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios ambos con una plausible naturaleza jurídica distinta; y, por último, los deberes diferenciados de comunicación del riesgo e información sobre las circunstancias y consecuencias del mismo.

El tercer y último capítulo, comprende por su parte, las obligaciones asumidas por el asegurador de los seguros de asistencia sanitaria, con una breve referencia a la responsabilidad civil de las aseguradoras en los supuestos de negligencia médica. Tras entrar en la calificación de las obligaciones asumidas por el asegurador, discutiendo si su actividad se vería incardinada en una obligación calificada como de medios o de resultados, y valorando hasta qué límites se extiende dicha obligación, procedo a categorizar el tipo de contrato que vincula a las aseguradoras con los facultativos médicos y profesionales de la sanidad. De este modo, para disponer de las condiciones óptimas para efectuar un comedido estudio analítico jurisprudencial, de la responsabilidad de las aseguradoras en los supuestos de negligencia médica, afronto una breve recopilación y descripción de la Responsabilidad Civil en el Ordenamiento jurídico, que permitirá disponer resumidamente de toda su amplia concepción y de los tipos de responsabilidad que la integra, destacando en un punto y aparte la responsabilidad civil médica, motora en la evaluación de la que se inferirá de las empresas aseguradoras.

En consecuencia de lo todo lo anteriormente descrito, deseo optimizar todos mis recursos jurídicos y destrezas intelectuales, para poder ofrecer, en la medida de lo posible, una solución apta para todos los interrogantes planteados, y dejar abierta la senda a posibles futuras investigaciones que quisiera defender con el mismo entusiasmo con el que emprendí este trabajo final de máster.

El presente trabajo hubiera sido imposible realizarlo sin la ayuda de diversas personas a quien expreso mi más profunda gratitud. Entre ellas hay que recordar, a mi familia y, especialmente a la directora, la doctora Isabel García Martín, a quien debo todo lo positivo de lo logrado en él gracias a sus constantes orientaciones y permanente interés.

CAPÍTULO PRIMERO: DELIMITACIÓN DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.

SUMARIO: 1.1 LOS SEGUROS PRIVADOS DE ASISTENCIA SANITARIA Y LOS SEGUROS DE ENFERMEDAD: DELIMITACIÓN DE SU RELACIÓN Y SUS PARTICULARES DIFERENCIAS. 1.2 DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL ESTUDIO DE LA NATURALEZA PRÓXIMA A LOS SEGUROS DE DAÑOS. 1.2.1 El seguro de asistencia sanitaria como seguro de personas por razón del riesgo. 1.2.2 El seguro de asistencia sanitaria como seguro contra daños. 1.2.3 El seguro de asistencia sanitaria como categoría de seguro asistencial o de prestación de servicios. 1.2.4. El seguro de asistencia sanitaria como categoría autónoma. 1.3 MODALIDADES DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. 1.4 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO. 1.4.1 El riesgo en los seguros de asistencia sanitaria. 1.4.2 El interés en los seguros de asistencia sanitaria. 1.5 LAS CONDICIONES GENERALES, PARTICULARES Y ESPECIALES EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. BREVE REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DELIMITATIVAS DEL RIESGO Y LAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO.

1.1 Los seguros privados de asistencia sanitaria y los seguros de enfermedad: delimitación de su relación y sus particulares diferencias.

Los seguros privados de asistencia sanitaria encuentran su regulación, como seguros de personas, en los artículos 105 y 106 de la LCS², que integran la sección 4ª, del Título III, junto con los seguros de enfermedad. En palabras de MARCO ARCALÁ³, el seguro de asistencia sanitaria, sería aquel *en el que la obligación del asegurador consiste, mediante el cobro de la correspondiente prima, en asumir directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos en el supuesto de enfermedad del asegurado, dentro de los límites y requisitos determinados en la normativa aplicable.* Por su parte,

² Artículo 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 determinan.

³ MARCO ARCALÁ, L. A., *Seguros de personas. Aspectos generales*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 55.

SÁNCHEZ CALERO⁴ plasma que, a pesar de que el criterio recogido en el Anteproyecto⁵ (posteriormente expuesto en la Ley), pueda generar actualmente cierta confusión, el objetivo buscaba hacer referencia a un único riesgo cubierto por ambos seguros: la enfermedad. Entendiéndola en sentido amplio como toda la alteración del estado normal de salud de una persona⁶; y, más concretamente, las consecuencias en el asegurado derivadas de la enfermedad, así como las diversas modalidades prestacionales que asume el asegurador frente a ese riesgo. MARCO ARCALÁ⁷, no duda en afirmar que la separación entre ambos derechos no se deriva estrictamente del riesgo, que podemos reiterar que es exactamente el mismo, sino de las diversas formas que tiene de atenderse desde la perspectiva de la actuación del asegurador⁸.

En estrecha relación con los preceptos 105 y 106, el artículo 1 de la LCS⁹ alcanza la definición general de la figura contractual del seguro, intentando recopilar en el mismo sus diversas modalidades. De este modo, el presente artículo también prevé la variedad de prestaciones que puede satisfacer el asegurador y que deben estar adecuadamente delimitadas en la póliza contractual. En el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria, en el supuesto de que se produzca el riesgo asegurado; es decir, la enfermedad, el asegurador tendrá dentro de los límites pactados, que satisfacer las prestaciones de la forma convenida, asumiendo directamente la prestación de los servicios médico-quirúrgicos. También puede incluirse la denominada medicina preventiva.

⁴ SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.)/ TIRADO SUÁREZ, F. J./ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./ TAPIA HERMIDA, A. J./ FUENTES CAMACHO, V, *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 4ª edición, 2010.

⁵ El texto de los preceptos que regulan los seguros de enfermedad y los de asistencia sanitaria procede de los artículos 138 y 139 del Anteproyecto de Ley de 1969. Dichos artículos se rotulaban bajo la denominación única de “seguros de enfermedad”, pero fue en el trámite parlamentario, debido a la repercusión práctica que estaban teniendo las prestaciones médico-sanitarias, y la presión ejercida por la regulación de control de la actividad aseguradora, lo que motivó que concluyeran diferenciándolos en «seguros de enfermedad» y «seguros de asistencia sanitaria».

⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2002, p. 41.

⁷ Vid. MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguros de personas. Aspectos generales...*, op. cit., p. 55

⁸ Además de que en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la Disposición Adicional 1ª, 2º b., se insertan los seguros de asistencia sanitaria bajo la misma rotulación que los seguros de enfermedad, es decir, en el ramo de «enfermedad», pero ello no fue así hasta la promulgación de dicha Ley, ya que en la anterior a ésta (Ley 33/ 1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado), los seguros de asistencia sanitaria se encontraban clasificados dentro del ramo de los seguros de prestación de servicios (Grupo IV) completamente al margen de los de enfermedad y accidentes comprendidos en el Grupo ordinal tercero.

⁹ Artículo 1 LCS: El contrato de seguro es aquel 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 la cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

A pesar de una regulación conjunta, no supone dificultad concluir que unos seguros y otros presentan ciertas diferencias que apuntaremos a continuación. Lo que a su vez nos permitirá configurar una perspectiva de los seguros de asistencia sanitaria como subgénero de los de enfermedad; o por el contrario, como dos categorías completamente independientes, pero reguladas uniformemente en un mismo precepto legal.

Los seguros de enfermedad podríamos encuadrarlos en la categoría de seguros de personas, en relación con el riesgo (como elemento futuro e incierto susceptible o no de acontecimiento). GARRIGUES¹⁰, a propósito de la naturaleza de los seguros de enfermedad, afirma la posibilidad de una naturaleza de carácter mixto entre la de los seguros de personas y la de seguros contra daños, predominando la segunda. Así, no puede obviarse la incidencia de la aplicación del principio indemnizatorio en aquellos casos en los que se encuentre estipulado en la póliza el reembolso de gastos de asistencia médica y farmacéutica¹¹. Sin tenerlos en consideración en los seguros de enfermedad, es necesario resaltar la importancia del menoscabo económico que puede suponer en el patrimonio del asegurado la aparición de la enfermedad, ya que ésta puede ocasionar alteraciones laborales derivadas de la obligación de solicitud de bajas, e incluso eventualmente derivar en la pérdida de capacidad de ganancia. Traducido al lenguaje más propiamente jurídico, tendríamos que concluir que nos hallaríamos ante una situación en la que sin lugar a dudas se ha ocasionado un daño emergente y a consecuencia de éste un lucro cesante.

La prestación en el seguro de enfermedad dista significativamente de la que desarrolla el asegurador en sede de los seguros de asistencia sanitaria, ya que las de los seguros de enfermedad pueden considerarse como prestaciones a tanto alzado, de reparación y mixtas¹². Es por ello que resulta frecuente, que en el desarrollo práctico de la actividad aseguradora de los seguros de enfermedad, se pacte que el asegurado reciba determinadas cantidades durante el intervalo de duración de la enfermedad, o bien cuando ésta cese y deje secuelas de invalidez permanente de forma parcial, total o absoluta (cuya indemnización se calcula sobre una serie de tablas que se encuentran

¹⁰ GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, Segunda edición, 1982. Citado por: MARTÍNEZ-GUIÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 42.

¹¹ Vid. MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguros de personas: Aspectos generales...*, op. cit., p. 55. “Así, seguro de enfermedad se puede definir como aquel por el que el asegurador se obliga, a cambio del cobro de la primera y en las condiciones pactadas, a satisfacer una serie de sumas así como los posibles gastos de asistencia médica y farmacéutica y cualesquiera otras prestaciones convenidas, en caso de enfermedad del asegurado”.

¹² Disposición Adicional 1ª, 1.A.2 de la LOSSP.

insertas en la póliza, siguiendo el criterio generalmente de duración de la enfermedad y salarios no percibidos a consecuencia de ésta). Actuación inviable en los seguros de asistencia sanitaria, en los que la prestación del asegurador no tiene lugar a tanto alzado, pues en los de enfermedad la modalidad prestacional consistiría en la entrega de una suma de dinero que no deriva de la estimación directa del daño sufrido por el asegurado.

En este sentido se precisa que los gastos de asistencia médica y farmacéutica deben estar debidamente pactados en la póliza contractual, y ya desde el año 1.987 reciben la denominación de «prestaciones indemnizatorias»¹³, que se encuentran regidas por normas de los seguros de daños. La estipulación de las indemnizaciones se efectuará en relación con los gastos que haya asumido el asegurado para la subsanación del estado de la salud, y siempre que éstos se encuentren insertos dentro del contrato¹⁴ (se calculan sobre la cuantía exacta de los gastos, salvo aquellos que se comprendan como una excepción en el contrato).

La regla es que a pesar de que las entidades dedicadas a los seguros de enfermedad, concierten pólizas con reembolso de gastos sanitarios, ello no debe ser confundido con la prestación directa que presta un asegurador propio de los seguros de asistencia sanitaria. Es más, cuando el asegurador tenga por obligación exclusivamente el reembolso de gastos médicos, dicha póliza no puede llevar aparejada la denominación de seguro de enfermedad (en tal caso debe constituirse como seguro de reembolso de gastos médicos o seguro de reembolso de gastos por asistencia sanitaria). Por tanto, no se trataría de un seguro cuya característica principal sea la de ser un seguro de sumas, conforme a los seguros de personas; y cuando el asegurador se obliga tanto a prestar servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios como a restituir los gastos de asistencia sanitaria la póliza se le denomina seguro de salud. En este orden de cosas, resulta bastante llamativo que en los seguros de vida sea perfectamente aplicable la compatibilidad con riesgos complementarios como los relativos a los seguros de enfermedad pero, sin embargo, éstos nunca deben comprender prestaciones asistenciales sanitarias¹⁵.

¹³ Derogado artículo 3.2 de la Orden de 7 de septiembre de 1987.

¹⁴ Clara manifestación de la proximidad de la naturaleza de los seguros de enfermedad a la de los seguros contra daños; MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguros de personas: aspectos generales...*, op. cit., p. 56: “(...) parece haberse optado en la Ley 50/1980 por configurar dos modalidades distintas de seguros de personas con una regulación conjunta. Esta peculiar situación ha atribuido al seguro de enfermedad un carácter indemnizatorio (...)”.

¹⁵ Disposición Adicional 1ª. 2. B LOSSP: 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

En cuanto a las normas del seguro de accidentes, contenidas en la sección 4ª del Título III de la LCS, conviene señalar que son aplicables a los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria, aunque con algunos matices, y siempre que resulten compatibles con éstas: artículos 100, 101, 102.1, 103 de la Sección Tercera de la LCS, relativos a los seguros de accidentes. Destacando, sobre todo el primero de ellos, que resulta muy interesante en su contenido, especificando el riesgo asegurado en esta sede, además en su párrafo dos, incluye la adecuación de las normas del seguro de vida a los seguros de accidentes, siendo éstos los artículos 83 a 86 y el párrafo primero del artículo 87, referidos a los tomadores de los seguros y sus beneficiarios, pero que de éstos concretamente sólo le serán de aplicación los artículos 80, 81, y 82 de la LCS. En este orden, la relación entre los seguros de enfermedad y los de accidentes, desde el punto de vista de la práctica aseguradora, resulta más propia que la que se origina con los seguros de asistencia sanitaria. Esto es debido a que en el seguro de enfermedad pueden existir beneficiarios, y el asegurador a su vez puede cubrir la invalidez del asegurado. Por el contrario, a pesar de que el artículo 106 incluya a los seguros de asistencia sanitaria, resulta contraria a su naturaleza la existencia de beneficiarios, lo que determina a su vez la inaplicación del artículo 102.2 y del artículo 104 para la determinación del grado de invalidez. De este modo, CARBAJO CASCÓN¹⁶, no duda en afirmar que las reglas configuradas para los seguros de accidentes efectivamente son de difícil aplicación para los seguros de asistencia, ya que poseen una mecánica notablemente diferenciada de la de los seguros de sumas y de reembolso de gastos.

Apunta MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA¹⁷, que es posible que estas divergencias entre ambos seguros obedezcan a las diferencias que presentan dos realidades legislativas aseguradoras coincidentes y distantes a la vez: estamos hablando de la realidad europea y de la legislación estatal. El cambio en la LOSSP de 1995 y en el vigente TRLOSSP (del año 2004) supuso el intento de dotar de concordancia suficiente la legislación estatal con la comunitaria. De esta forma se adaptó la normativa de clasificación por ramos de la actividad aseguradora, deshaciéndose de la antigua concepción de los seguros de asistencia sanitaria en un ramo independiente (ramo de prestación de servicios), de los de enfermedad y accidentes, para incluirlos en los de

enfermedad, siempre que concurran los siguientes requisitos: (...) cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, y éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

¹⁶ CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, p. 57.

¹⁷ *Vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

enfermedad como prestación asistencial. Es decir, se obedeció a los cánones europeos, proporcionándoles una aceptación de forma indirecta. En otros países miembros, como Alemania e Italia, a diferencia de en España, es factible hallar seguros de enfermedad con prestación de servicios sanitarios incluidos en sus coberturas aseguradoras. El motivo puede residir en la preferencia de las prestaciones indemnizatorias propias de los seguros de sumas o de reembolso de gastos médico-asistenciales, sobre las prestaciones estrictamente asistenciales. A diferencia de sus vecinos comunitarios, en España el desarrollo de los seguros ha sido algo diferente, y ya desde la primera mitad del siglo XX los seguros de asistencia sanitaria, han presentado mayor auge en la práctica aseguradora, teniendo en cambio, una menor difusión los seguros de enfermedad. Las causas¹⁸, son difíciles de concretar, aunque, entre otras, destacaríamos que aunque exista un excelente Sistema Nacional de Salud, se ha visto con frecuencia colapsado propiciando así la contratación de servicios paralelos como pueden ser los ofrecidos por las aseguradoras privadas. Otro motivo a destacar puede ser la oposición de las organizaciones médicas que favorecían que las prestaciones de los seguros de enfermedad fueran a tanto alzado, por reparación o mixtas; es decir, por duración de la enfermedad o invalidez derivada de ésta, o por reembolso de gastos médicos y farmacéuticos.

Por tanto, podríamos concluir que son perfectamente palmarias las diferencias existentes entre el seguro de asistencia sanitaria y el de enfermedad, si bien su estrecha relación sigue siendo objeto de debate abierto para legisladores, doctrina científica, e incluso para la actividad aseguradora, no existiendo una posición unánime al respecto. Así, SÁNCHEZ CALERO, apuesta por la consideración del seguro de asistencia sanitaria como una modalidad o subgénero del seguro de enfermedad¹⁹: *“La difusión del seguro de enfermedad, como hemos dicho, se ha producido en España en especial en su modalidad de asistencia sanitaria”*, mientras que, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, valora el seguro de asistencia sanitaria, como un seguro diferente y con consideración autónoma

¹⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 2692.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 2691, 2692 y 2712 *“Como quedó dicho en el comentario al artículo 105, aun cuando parece que se alude a dos tipos de seguros – el de enfermedad y de asistencia sanitaria-, en realidad ambos forman parte de una misma modalidad contractual, en la que, por razones de orden histórico, se ha querido marcar la diferencia entre dos subtipos, cuales son el de enfermedad, en sentido restringido, y el de asistencia sanitaria, que alude al supuesto en el que el asegurador asume directamente la gestión de la prestación de esa asistencia”*.

al de enfermedad²⁰. CARBAJO CASCÓN, apunta que más allá de lo ya comúnmente aceptado en los seguros de asistencia y los de enfermedad (que es la nota común del riesgo asegurado) el seguro de asistencia sanitaria presenta notables especificidades respecto del seguro de enfermedad y, que además desde el punto de vista comunitario, aunque no se encuentre directamente aceptado el seguro de asistencia sanitaria, sí que se recoge el de forma indirecta²¹.

1.2 Delimitación de la naturaleza jurídica de los seguros de asistencia sanitaria. Especial incidencia en el estudio de la naturaleza próxima a los seguros de daños.

Los seguros de asistencia sanitaria están regulados en la LCS, junto con los seguros de personas que se corresponden con los seguros de vida, de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria. Todos ellos presentan un común denominador que es el objeto de la cobertura del seguro, y no es otro que la salud. Pero los seguros de asistencia sanitaria se desmarcan en un aspecto que resulta bastante trascendente en el debate jurídico, y es que no son seguros de sumas, a diferencia del resto de seguros de personas. Justamente, la delimitación de la naturaleza jurídica de los seguros privados de asistencia sanitaria, supone uno de los aspectos más debatidos, a la vez que fundamental en esta sede contractual.

1.2.1 El seguro de asistencia sanitaria como seguro de personas por razón del riesgo.

Ciñéndonos al punto de vista estrictamente legal, la clasificación en relación con el riesgo es la única históricamente aceptada. Esta clasificación distingue el amplio abanico de seguros presentes en nuestro OJ, diferenciando entre seguros contra daños en los bienes y en el patrimonio, y seguros de personas (como seguros de vida, de

²⁰ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit. , p. 46 “ (...) en cualquier caso, entendemos que el seguro de reembolso de gastos médicos es una modalidad de seguro de enfermedad; que el seguro de asistencia sanitaria con reembolso de gastos puede ser un seguro de asistencia sanitaria (cuando el reembolso se ciñe a servicios muy concretos y escasos en número) o un seguro mixto de asistencia sanitaria y de enfermedad (cuando el reembolso de gastos médicos y la prestación de servicios están al mismo nivel); y que el seguro de prestación de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios es un seguro de asistencia sanitaria, diferente, por las razones anteriormente indicadas, del seguro de enfermedad, de modo que en el Derecho de seguros español se puede hablar del seguro de asistencia sanitaria como un tipo de seguro autónomo frente al seguro de enfermedad, y no como un simple subtipo o modalidad de éste último”.

²¹ Artículo 6.1. a) de la Directiva 2009/ 138/ CE, Solvencia II.

accidente, de enfermedad y asistencia sanitaria). La regulación del artículo 105 de la LCS, presenta un punto de partida en el que la noción de riesgo asegurado sea, para los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria, la enfermedad. Entendida ésta como “*la perturbación del estado de salud, que se traduce en una situación anormal del cuerpo o del espíritu*” o también una “*anormal situación del cuerpo o de la mente según el parecer médico, sin que haya intervenido una causa externa violenta*”²². Además de la enfermedad como riesgo, el asegurador también asume las consecuencias dañinas que ésta pueda ocasionar. Así, en el artículo 80 de la LCS²³, se quiso reflejar que el contrato de seguro sobre las personas se ve correspondido con todos los riesgos que puedan afectar en general a la salud (sin proceder a definirlos). Dentro de este artículo, en vez de concretar los riesgos que son cubiertos por el asegurador, lo que se procede es a establecer que pueden incluirse todos aquellos que *afecten a la existencia, la integridad corporal o salud del asegurado*.

El sujeto en los supuestos de seguros sobre personas es contemplado como objeto del interés expuesto al riesgo, o también denominado asegurado (en definitiva el portador u objeto del riesgo). Normalmente suele suceder que coincida en una misma persona ser portadora del riesgo y ser titular del interés (la relación susceptible de valoración económica entre la persona y su propio cuerpo en sentido estricto), pero también se da la posibilidad de que el titular del interés recaiga sobre la figura de un tercero, llamado asegurado impropio o diverso del general.

Así del conjunto de riesgos que afectan a la relación económica de la persona y su cuerpo, o el de un tercero designado por ésta, podemos deducir que la verificación de alguno de los riesgos lesionaría intereses como la salud, cuya reparación tendrá lugar por parte del asegurador en forma de prestación asistencial sanitaria. En otras palabras, el interés que tiene el asegurado puede verse afectado por acontecerse una enfermedad, generándose pérdidas en el patrimonio, debido a generar bajas, incapacitaciones, e incluso jubilaciones, que pueden considerarse lucro cesante, o pérdida de patrimonio como daño emergente (en el caso de tener que sufragar los costes devengados por el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad). Es entonces cuando será necesaria la colaboración de terceros como médicos, enfermeros, auxiliares, y farmacéuticos

²² Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 2693.

²³ *Ibíd.*, p. 2034.

incluidos en el cuadro médico asistencial de una entidad aseguradora, ya siendo dependientes de éstas o sujetos mediante una relación de servicios.

1.2.2 *El seguro de asistencia sanitaria como seguro contra daños.*

Gran parte de la doctrina científica avala el criterio vinculante de la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria como una categoría contractual ubicada en el marco de los seguros de daños, desviándolo de cualquier noción alternativa como la de seguros de prestación de servicios o asistencial, o como categoría autónoma.

Concepción que adquiere fuerza en virtud del rechazo existente para la categoría de los seguros asistenciales²⁴, ya que muchos especialistas sostienen que éstos no poseen efecto legal, y que sólo persiguen un único fin: aglomerar las diferentes modalidades de seguros asistenciales caracterizados por la necesidad de organizar los medios humanos y materiales para el desempeño de las prestaciones convenidas por el asegurador. Otra razón esgrimida es argumentar que el artículo 4.1.b del TRLOSSP prohíbe que el asegurador despliegue las prestaciones asistenciales por sí mismo, siendo necesario no entender incluida en la prohibición “*la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas*”²⁵. Para estos autores, y siguiendo la dicción de la regulación de los seguros de asistencia sanitaria, se interpreta que la prestación de estos seguros debe ser procurada directamente por el asegurador. Esta idea tiene su punto de partida en los Igualatorios médicos-quirúrgicos, que consistían en sociedades o asociaciones de asistencia sanitaria que tomaban denominación de Igualatorios médicos o también de Entidades de asistencia médica colectiva de afiliación voluntaria, en los que los propios médicos que integraban la organización posibilitaban los servicios.

Con el transcurso del tiempo, estas sociedades evolucionan a empresas aseguradoras, pasando a formar parte del sector asegurador con la LOSEP. Ciñendo su actividad a la organización, provisión, obtención y administración de los recursos necesarios para dar cobertura de los servicios sanitarios. También, y aunque no tiene que operar como regla exclusiva, generalmente ejecutan estos servicios

²⁴ Vid. CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria....op. cit.*, p. 93.

²⁵ De ÁNGEL YAGÜEZ, R, ¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas? *Revista Española de Seguros*, 129-130/2007. Citado por: CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria.... op. cit.*, p. 94.

independientemente de la actividad de los facultativos. En este sentido, la nítida separación, por un lado, de la organización y gestión, y por otro lado, de la prestación de la asistencia sanitaria por facultativos o centros (que puedan ser ajenos a la empresa) constituye una importante novedad: las entidades aseguradoras en el caso de no poseer facultativos propios, podrán ofrecer a sus asegurados, la prestación de lo estimadamente convenido, a través de médicos que sostienen una relación con ésta.

Esta vertiente de interpretación podría encasillarse en la de seguros de indemnización, si bien éstos consisten en la disposición de la prestación desempeñada por los médicos y auxiliares, y los centros hospitalarios, siendo propios o contratados, y pagando por los actos médicos la retribución correspondiente. La clave para considerarlos un seguro de daños toma referencia en la idea de que para el asegurado, hacer frente al pago directo, sin cobertura asistencial, supondría un menoscabo sustancial en su patrimonio. Hay varios aspectos que hacen posible la relación entre los seguros de daños y los seguros de asistencia sanitaria:

- El interés en esta modalidad aseguradora más que una relación susceptible de valoración económica entre el asegurado y su propia persona (bien asegurado), respondería más adecuadamente al esquema del interés como relación entre el asegurado y su propio patrimonio.
- El seguro de asistencia sanitaria, a pesar de ser un seguro de personas, por el objeto de cobertura, no se considera un seguro de sumas, característica propiamente de los seguros de personas y, en especial, del seguro de vida²⁶. La prestación del asegurador no consiste en la entrega al asegurado de una cantidad de dinero que no guarde relación con la valoración económica de los gastos de asistencia.
- Además, es propio de esta modalidad aseguradora, desempeñar una función preventiva del daño patrimonial como consecuencia del coste de tratamientos de enfermedades y dolencias, diagnósticos, etc. que no pudieran ser cubiertos en el caso de no poseer un contrato de seguro.

No obstante lo anterior, para esta concepción de la naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria, probablemente el punto de mayor importancia, radica en la *posibilidad de subrogación del asegurador en los derechos del asegurado*. Por lo tanto, el carácter indemnizatorio se confiere de la posibilidad que tiene el asegurador de

²⁶ Seguro de sumas por excelencia.

subrogarse en los derechos del asegurado contra el tercero causante del siniestro que derive en la enfermedad o lesión. El artículo 106 LCS realiza una remisión a la aplicabilidad de las normas contenidas para los seguros de accidentes, y a su vez de determinados preceptos de los seguros de vida (artículo 100.2 LCS). Si bien resulta más apropiado que estas disposiciones se hubieran configurado para los seguros de enfermedad (ya que el seguro de asistencia sanitaria presenta cierta incompatibilidad con las normas reguladoras del seguro de accidentes y de vida, porque la prestación de hacer del asegurador, o asistencial, impide su aplicación).

Por su parte, la prestación del asegurador encajaría como ya antes avanzamos, en la puesta en marcha de la actividad de los profesionales médicos y los centros, propios del asegurador o concertados, sin que el asegurado tenga que realizar un desembolso económico previo. Para esta rama doctrina I, el artículo 18 de la LCS, contiene la previsión de que el asegurador, si es consentido por el asegurado en el momento de suscripción de la póliza o tras la producción del siniestro, podrá sustituir la prestación de la indemnización por una obligación de hacer o de reparación del objeto dañado (reparación o reposición). Este tipo de prestaciones que se presentan se entienden más propias de los seguros de daños sobre las cosas, donde es perfectamente sustituible la indemnización por una prestación en especie o de hacer. Trasladándolo al seguro de asistencia sanitaria, donde podríamos descartar obviamente la reposición de la salud, llegaríamos a la lógica conclusión de que la reparación de la salud, en cambio, sí que resulta viable. Es decir, la reparación del objeto siniestrado, propia de los seguros de daños en las cosas, resulta perfectamente aplicable a los seguros de asistencia sanitaria. En definitiva, desde esta concepción, se trataría de reducir el carácter general del artículo 18 a todos los seguros, limitándolo únicamente a los seguros de daños, en los que se verían insertos los de asistencia sanitaria.

Entrando a valorar la subrogación, como la clave de bóveda de esta concepción, se postula en el artículo 82 de la LCS y está prevista para los seguros de daños contra el patrimonio y sobre las cosas, donde los aseguradores pueden repercutir contra un tercero por el detrimento del patrimonio sufrido en los asegurados en el caso de acontecerse el siniestro. En los seguros de personas, esta posibilidad se encuentra, de forma general, completamente excluida, si bien la Ley procede a una flexibilización respecto a los seguros de asistencia sanitaria, siendo de aplicación lo contenido en el precepto 43 de la LCS. Argumentación que valida la aproximación de los seguros de enfermedad (especialmente los que comprenden la modalidad de enfermedad con

reembolso de gastos médicos y farmacéuticos) y los de asistencia sanitaria, hacia los de accidentes, donde el asegurador asume los costes de la asistencia sanitaria. De este modo, el riesgo se contemplaría como el menoscabo del patrimonio del asegurado, derivado del afrontamiento repentino de los gastos del diagnóstico, intervención y tratamiento de la enfermedad, y además de los posibles gastos de índole hospitalaria.

Como ya anticipábamos, la subrogación encuentra su vasta regulación en el artículo 43 (precepto inserto entre las disposiciones generales aplicables a los seguros contra daños)²⁷ y se declara que el fundamento de la subrogación se halla en que a consecuencia del siniestro, se generan una serie de derechos de crédito para el resarcimiento del daño producido. Derecho de crédito contra el causante del daño y el asegurador, y cuya pretensión o finalidad no es otra que la de evitar el enriquecimiento injusto por parte del asegurado en el supuesto de exigírselo a ambos a la vez. Además, se pretende evitar que el tercero se deshaga de la obligación de resarcir el daño que le ha procurado al asegurado, teniendo que hacer frente a éste independientemente de que el asegurado ostente la protección conferida por el seguro contratado; de tal forma que el asegurado tendría como base para reclamar la restitución de los daños al tercero, la que surge en virtud de la responsabilidad civil extracontractual o contractual.

La subrogación, por tanto, reviste ésta especial configuración porque de lo contrario, el seguro constituiría un mecanismo suficiente para potenciar las conductas negligentes o malintencionadas con la infracción del principio *neminem laedere*²⁸, provocando la liberalidad de la responsabilidad del tercero. Como ya hemos señalado no es así, ya que resulta necesario mantener la responsabilidad del tercero, y el derecho que surge frente a éste del que pasará a ser titular el asegurador y no el asegurado. En consecuencia, el asegurado queda privado de cualquier acción que se refiera a esto, y todos sus derechos y acciones quedarán en manos del asegurador. En suma, el fundamento de la transferencia de acciones de un sujeto al otro reside en que el asegurado ya ha sido previamente indemnizado, y por lo tanto, carece de cualquier tipo de interés en resarcir su daño ya restaurado.

²⁷ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 949.

²⁸ Vid. GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre...*, op. cit., p. 198.

De este modo SÁNCHEZ CALERO²⁹, apunta que para que se produzca *ope legis* la subrogación del asegurador deben cumplirse los siguientes presupuestos: 1. el asegurador debe haber previamente cumplido con la obligación de indemnizar satisfactoriamente al asegurado. La jurisprudencia ha manifestado que no es posible la subrogación del asegurador si éste no ha procedido previamente al pago de la indemnización o al reembolso de los gastos, es por ello que se hace exigible ya no solo la existencia de un contrato que les vincule sino la efectiva prestación de la indemnización por parte del asegurador; 2. es necesaria la existencia de un derecho de crédito del asegurado frente a un tercero que se configure tras la producción del daño y que tuvo como resultado una indemnización del asegurador. La Ley establece que frente a los familiares o personas que vivan con el asegurado o que estén ligadas a él por vínculos económicos estrechos, no se podrá subrogar el asegurador en los derechos del asegurado, excepto en aquellos casos en los que el tercero responsable actúe con dolo o cuando se haya procedido a la modificación convencional del régimen configurado por la LCS para la subrogación. El fundamento de que la subrogación no opere frente a éstas personas, responde a la regulación tomada del artículo 1.903 del CC, por la cual el asegurado es responsable de la reparación del daño por los actos y omisiones de sus hijos o empleados, por lo tanto resultaría que el asegurado tendría que reintegrarle al asegurador lo ya pagado, dejando, en efecto, el seguro sin sentido; y 3. por último, el asegurador debe manifestar su voluntad de forma implícita o explícita de subrogarse en los derechos del asegurado.

La naturaleza jurídica de la subrogación no presenta relación con la del tercero que se subroga en los derechos del acreedor rotulado en el artículo 1.203.3 del CC, así como tampoco encajaría en los supuestos previstos del artículo 1.210, ni en la del fiador que paga o cumple por el deudor principal del artículo 1.838 del CC. Por último, cabe señalar que tampoco tendría lugar como una cesión de acciones del asegurado al asegurador del artículo 1.528 que exige un acuerdo de voluntades en un contrato de cesión que el CC califica de venta. Por lo tanto, la subrogación entendida desde el contrato de seguro, tiene origen en una sola voluntad, y la Ley no exigirá para ésta formalidad ni convenio entre asegurador y asegurado. Sin embargo, para excluir la subrogación sí resultará imprescindible la existencia de convenio entre las partes.

²⁹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 955: “En definitiva, ha de entenderse que la existencia del contrato de seguro debe dar lugar al pago de la indemnización por parte del asegurador y que éste es el primer presupuesto establecido por la LCS para la existencia de la subrogación”.

En este orden de cosas, la subrogación tal y como la hemos concebido, se encuentra excluida para los seguros de personas, excepto para lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria, lo cual parece indicar una inclinación legislativa a configurar los seguros de personas (concretamente el de asistencia sanitaria) como un seguro de daños en los supuestos de subrogación.

1.2.3 El seguro de asistencia sanitaria como categoría de seguro asistencial o de prestación de servicios.

Modificando completamente la argumentación, entramos a conocer la naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria como seguros asistenciales. La finalidad perseguida por los contratantes de los seguros asistenciales obedece a la posibilidad de ayuda y asistencia para hacer frente a situaciones de necesidad. Para MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA³⁰, defensor de esta vertiente, actualmente no pueden sostenerse como únicas funciones del seguro de asistencia sanitaria las de indemnización (propia de los seguros contra daños), ahorro o previsión (relacionada con los seguros de vida). Las diversas modalidades de seguros asistenciales como los de defensa jurídica, asistencia turística o en viaje, enterramiento y decesos, se caracterizan como todo el resto de seguros por su riesgo e interés, pero lo verdaderamente destacable frente al resto de seguros, es la peculiar naturaleza de la prestación asumida por el asegurador. Aunque, las funciones de indemnización, previsión y ahorro no son las únicas tenidas en cuenta por el futuro tomador-asegurado en el momento de concertar un seguro de asistencia sanitaria, no puede obviarse que sí cumple con las mismas, resultando un binomio entre las funciones características de los seguros contra daños y de los seguros de personas. Por lo tanto, la función preventiva tiene por objeto la de evitar las consecuencias dañosas en caso de producirse el siniestro, mientras que la función indemnizatoria, desde esta concepción, se comprende como la indemnización del daño económico que soportaría el asegurado si tuviera que adelantar el precio de los tratamientos, diagnósticos, etc. La prestación de estos servicios cumple la función de reparación de la salud, indemnizable, como daño en el patrimonio del asegurado que se ha evitado mediante la suscripción del seguro. Por lo tanto, desde esta perspectiva el asegurador cumpliría una función asistencial, identificada con una prestación de hacer, realización de un servicio en favor

³⁰ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., pp. 34-38.

del asegurado, que pretende garantizar la ayuda y asistencia del asegurador frente a una situación de riesgo futuro³¹.

En opinión de CARBAJO CASCÓN³², la concepción indemnizatoria del seguro de asistencia sanitaria y la aplicabilidad del artículo 18 (mencionado en la concepción como seguro próximo al de daños en el patrimonio), resulta una interpretación “*forzadamente abrupta*”, y no completamente idónea para la finalidad y estructura del seguro. El jurista motiva la argumentación sosteniendo que no hay duda de que lo contenido en el artículo 18, comporta una perfecta aplicación en los seguros contra daños, ya que cuando un asegurado contrata un seguro tiene como objetivo la indemnización de los daños en el caso de producirse el siniestro y, que en ciertas ocasiones, pueda preferir la reparación o sustitución del objeto o cosa siniestrada. En conclusión, presenta una idónea compatibilidad con los seguros de daños sobre las cosas, siempre que la naturaleza del seguro lo permita, y siempre que el asegurado consienta antes de celebrarse el contrato o posteriormente, tras la verificación del siniestro. En cambio, señala que las disposiciones del artículo 18, no muestran en el mismo grado, la compatibilidad con los seguros de servicios, y en especial con los de asistencia sanitaria por “*la naturaleza especialmente sensible del riesgo (la salud)*”³³.

La posibilidad de la alternatividad en las prestaciones de servicios, desde esta concepción sólo cabría para determinados casos de seguros (p. e. seguro de decesos). Aunque tampoco podría ser entendido propiamente como la sustitución de la obligación principal, la indemnización, por una prestación reparatoria o repositoria, al modo del artículo 18. En tal caso, si ello fuera así, se configuraría como una facultad de elección entre el reembolso de los gastos hasta la suma asegurada o la prestación efectiva de los servicios apuntados en la póliza. Y es que, en atención a los seguros de asistencia sanitaria, en virtud del artículo 105 de la LCS, la prestación principal y única, comporta la cobertura de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios consistentes en una prestación de hacer. El carácter exclusivo de esta prestación se perfila en tanto no existe una prestación indemnizatoria principal que sea susceptible de sustitución.

³¹ Vid. MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguros de personas: aspectos generales...*, op. cit., p. 56. “(...) el seguro de asistencia sanitaria se ha visto como un seguro de prestación de servicios, en un argumento más para justificar la excepcional posibilidad de subrogación de la entidad aseguradora en los derechos del asegurado respecto del cobro de los gastos de asistencia sanitaria (art. 82 LCS)”.

³² Vid. CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 99.

³³ *Ibid.*, p. 101. Le resulta “*excesivamente forzado y artificial relacionar la prestación del artículo 18 II LCS, con una posible reparación de la salud del cuerpo humano*”.

Los seguros asistenciales sanitarios presentan diferentes modalidades (que más adelante analizaremos con detenimiento) y algunos se confeccionan cubriendo los servicios de asistencia sanitaria, más el reembolso de determinados gastos, por tratamientos concretos o intervenciones: asistencia de urgencia vital, asistencia en el extranjero, implantes protésicos, etc. que no se encuentran cubiertos por la póliza, sino que se considerarían como una cobertura de naturaleza complementaria. Modalidades en las que no cabe la aplicación del artículo 18, ya que no se trata de una prestación principal indemnizatoria susceptible de sustitución por una en especie, sino de un seguro configurado con unas determinadas prestaciones principales ofertadas por el asegurador, más la especificación de los acontecimientos concretos que serán cubiertos en forma de indemnización de gastos sanitarios.

1.2.4 El seguro de asistencia sanitaria como categoría autónoma.

Se construye una concepción autónoma sobre los seguros asistenciales sanitarios, que se distancia enormemente de la naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria como seguros de daños sobre las cosas (tesis mayoritaria). Podemos señalar que son concebidos como aquellos en los que el asegurado paga una prima periódicamente, y el asegurador pone a su disposición unos servicios asistenciales distribuyendo el riesgo entre todos los asegurados (principio de mutualidad). Ello implica que en el supuesto de producirse el siniestro, este será cubierto por el patrimonio existente en la aseguradora, que será el que se haya ido acumulando de las primas previamente depositadas.

La interpretación que se acomoda a esta vertiente es la de que la prestación no indemnizatoria, sustitutiva de la indemnización, no es característica en exclusividad para los seguros de personas sino que también resulta aplicable a los seguros de daños. Y ello presenta estrecha relación con la precisión final del artículo 1, cuando hace mención a “*y otras prestaciones convenidas*”, pudiendo hacer referencia tanto a las prestaciones de reposición y reparación alternativas a la indemnización de la suma asegurada, como a las prestaciones de hacer vinculantes en los seguros de personas y especialmente en los seguros asistenciales.

Otro aspecto destacable es la excepcionalidad de la subrogación del asegurador en los gastos de asistencia sanitaria del artículo 82 configurado para los seguros de personas. Desde esta perspectiva la subrogación resulta factible en seguros constituidos contractualmente como de reembolso, del tipo de los seguros de enfermedad con el

reembolso de gastos farmacéuticos y médicos, pero no así tanto para los de asistencia sanitaria. Aunque en este sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA³⁴ no duda en afirmar que la subrogación del asegurador sí se presenta en aquellos casos en los que los gastos de asistencia sanitaria, relativos a servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y otros de semejante índole, sean como consecuencia de un siniestro provocado por un tercero.

1.3 Las modalidades de seguros de asistencia sanitaria.

Para la modalidad de seguros de asistencia sanitaria se viene configurando a lo largo de su existencia dos formas de clasificarlo: a) por la prestación que desarrolla el asegurador podríamos diferenciar los seguros de asistencia sanitaria con prestación de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, y los seguros de asistencia sanitaria, como un seguro de prestaciones más reembolso de gastos médicos; y b) la segunda clasificación atiende al modo de retribución de los servicios del personal contratado por la empresa aseguradora, de este modo podríamos diferenciar entre los seguros de asistencia sanitaria con sistema de pago capitolativo, y los seguros de asistencia bajo retribución por acto médico.

El pago capitolativo se configura como la retribución que recibe el facultativo por un periodo que comprendería una mensualidad y que dependerá del número de asegurados que le hayan sido previamente asignados, no teniendo relevancia si éstos frecuentan o no su consulta médica. Es decir, la retribución no dependerá del número de visitas que reciba mensualmente. Es muy frecuente que las entidades aseguradoras que hagan uso de este sistema tengan un número reducido de facultativos contratados, ello no sería óbice para proporcionar un servicio menos efectivo que en la otra modalidad. Pero sí será fundamental para su funcionamiento óptimo, una adecuada gestión de los servicios y cualificación del personal contratado por parte del asegurador. En comparación con éste, en las aseguradoras que optan por un sistema de pago por acto médico³⁵, el facultativo verá satisfecha su retribución a raíz de cada una de las intervenciones o consultas médicas. Es por ello que aquí sí cobrará destacada relevancia el número de asegurados que sean atendidos mensualmente o durante el periodo convenido con la aseguradora. Esta segunda modalidad, aunque suponga el pago de una

³⁴ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 91.

³⁵ La Póliza de IMQ (*IGUALATORIO MÉDICO QUIRÚRGICO*, S. A. de Seguros y Reaseguros), contiene la modalidad de retribución por acto médico, con participación del Asegurado en el coste de los servicios.

prima más elevada, presenta grandes ventajas para los sujetos asegurados, y es que suelen ofrecer listas de médicos amplias, con posibilidad de elección entre los mismos. A su vez, es posible la solicitud de un doble diagnóstico³⁶ o la consulta a otro especialista para verificar la adecuación de un determinado tratamiento, para ello, y así lo recoge MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, es necesaria la inclusión en algunas pólizas de una «especie de lista abierta de médicos».

Independientemente de la modalidad, los asegurados frecuentemente tienen que contribuir al pago de determinados servicios médicos³⁷, no incluidos en el coste de la prima, para lo que disponen de unos talonarios o una tarjeta con sus datos personales. En el caso de utilizar los talonarios, tras la consulta médica el paciente- asegurado le entrega al médico un talón (que tendrá un determinado valor dependiendo del tipo de servicio) para su posterior facturación y desembolso por parte del asegurado. De una forma similar operan aquellas entidades aseguradoras que trabajan mediante la utilización de las tarjetas con bandas magnéticas, o con el sistema de prensado de tarjetas (todas ellas conteniendo los datos personales de los asegurados, que tras la intervención, consulta u hospitalización, serán necesarios para la liquidación de las cantidades correspondientes). Como es lógico, por la operatividad más avanzada de las tarjetas, en las compañías de seguros estas han ido suplantando progresivamente a los talonarios. También cada vez es más frecuente el copago de determinados especialistas, no siendo el pago de la prima el único al que tendrán que hacer frente los asegurados; es por ello que las pólizas suelen ofrecer, por lo general, unos servicios generales u también designados como obligatorios, y además unos de carácter facultativos, siendo opcionales para el contratante. Así, los primeros vendrán descritos en las condiciones generales de la póliza, y en el caso de ser contratados los demás, en las condiciones particulares de la misma. Además, y en último lugar, se formularían los servicios suplementarios, encareciendo el precio de la prima asegurada.

Para terminar de perfilar la descripción de la gestión de la actividad aseguradora es importante aquilatar que aunque los servicios se encuentren incluidos en la póliza, no son de libre uso; es decir, las aseguradoras distinguen aquellas actividades liberalizadas de las que no lo son. Esto supone que las segundas, aunque estén concertadas con

³⁶ Anexo II de las *Condiciones Generales de ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL de Seguros, S. A. U.): Segunda opinión médica y consulta con expertos internacionales.*, p. 25; Cláusula 5ª: Segundo diagnóstico, *Condiciones Generales de MAPFRE (MAPFRE CAJA SALUD de Seguros y Reaseguros, S. A.)*, p. 17.

³⁷ Más adelante estudiaremos con detenimiento.

anticipación, requieren para su puesta en marcha de autorización³⁸ de la entidad aseguradora, e incluso para los servicios denominados especiales existe el requerimiento de un examen y prescripción de un facultativo médico más la autorización de la entidad (exceptuando en los casos de urgencias donde la atención médica es previa a la propia autorización). La autorización, a pesar de resultar un mero trámite burocrático que puede ser resuelto simplemente por vía telefónica, en ocasiones, y dependiendo del tipo de servicio que se pretenda prestar, puede requerir la personación del asegurado en las oficinas de la aseguradora, lo que supone, para el asegurado una importante carga y una dilatación temporal en la recepción del servicio requerido.

1.4 Estudio de los elementos del contrato.

En el artículo 1 de la LCS se presentan los elementos básicos constitutivos del contrato de seguro en todas sus diversas modalidades, incluidas las de personas. Tal y como recogíamos anteriormente³⁹ una de las clasificaciones recogidas por la LCS versaba sobre la diferenciación de los seguros que comprendiesen la modalidad contra daños y los de personas. Si bien partiendo de esta extendida distinción, podremos comprobar que no han sido escasos los debates que han girado en torno a la concepción del interés y el riesgo en los seguros de personas. Contemplándose extremos incluso respecto a la posible determinación de la existencia del interés en los seguros de personas. Tanto es así que existe la tesis que pone en entredicho su existencia como elemento básico y esencial en los seguros de personas, con especial relevancia en los seguros de vida⁴⁰.

Aunque poniendo de manifiesto una visión enteramente tradicional del contrato de seguro, y más concretamente la Teoría General de Contratos, se atribuye concienzudamente la identificación de los elementos riesgo e interés como causa y objeto del contrato. Desde esta perspectiva, se construye la definición de riesgo como *la posibilidad de un evento futuro e incierto que de acontecerse incidiría negativamente*

³⁸ Cláusula 3.2.1: Autorización “Con carácter general: Para intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones, y determinadas pruebas diagnósticas de aquellos servicios para los que el Cuadro Médico impreso así lo determine, será ordenada por escrito por un médico del Asegurador y el Asegurado deberá obtener, la previa autorización documentada del Asegurador en sus oficinas”. *Condiciones Generales de HERMANDAD MADRILEÑA, S. A. de seguros.*, p. 9.

³⁹ Vid. Supra 1.2.

⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 23.

*en la salud o patrimonio del perjudicado*⁴¹. Por su parte, el interés se reflejaría como la relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y un bien, derecho o patrimonio que, de ser perjudicado o lesionado deberá ser indemnizado, restituido o reparado. Noción que, como desglosaremos más adelante, encaja de forma más plausible en la concepción de los seguros contra daños patrimoniales.

Desde esta construcción tradicional de los elementos estructurales del contrato de seguro se extiende su concepción a los seguros de personas que, aún teniendo cierta resistencia doctrinal, apuesta por la defensa de que el objeto del riesgo vincule a la persona, y más concretamente a lo expuesto en el artículo 80 de la LCS, que es la integridad, existencia y salud (siendo en cada modalidad lo concerniente al tipo de seguro, como es en el seguro de vida, lo recogido en el artículo 83 y siguientes; en el de accidentes, en el artículo 100 y siguientes, y en el de enfermedad y asistencia sanitaria artículos 105 y 106 de la LCS); por su parte se habla de que el interés prospere como la relación económica que vincula al asegurado con su propia persona, que se refiere como potencialmente valorable económicamente respecto a las consecuencias de su muerte, supervivencia, lesión o menoscabo de su salud dependiendo del tipo de seguro.

Especialmente en los seguros de asistencia sanitaria estaríamos presenciando la coincidencia del interés del tomador sobre su propia persona, donde es patente la imposibilidad de cuantificar el valor de una persona, entendida como bien, esto es que resultaría notablemente compleja la tarea de relacionar una indemnización con el valor del interés jurídicamente protegido. Interés jurídicamente protegido que a priori resultaría de imposible cuantificación. Perspectiva profundamente relacionada con la concepción que avala como naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria, la de seguros contra daños o de indemnización efectiva.

1.4.1. El riesgo en los seguros de asistencia sanitaria.

Comenzando el estudio del elemento del riesgo en los seguros de asistencia sanitaria, contemplamos que éste ha sido, y es, el elemento con más trascendencia a la hora de formular delimitaciones acerca de las diversas modalidades que se presentan sobre seguros. De forma general, en los seguros de personas, podemos entender que el

⁴¹ Vid. CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 69. “(...) un evento cuya concreción produce un daño, entendido en sentido amplio: la lesión de un interés que el asegurado tiene sobre el objeto del riesgo”.

problema no reside tanto en su identificación en abstracto sino más bien en su concreción, definición, y delimitación en cada uno de los supuestos en los que se ve materializado. En otras palabras, la dificultad estribará en saber, conocer y concretar qué siniestros se verán incluidos y cuales, por lo contrario, no. Para ello en seguros como los de accidentes, por el concepto en sí de «accidente», se torna compleja la delimitación, así como la medición del mismo. Así mismo existen modalidades de contratos de seguro en los que no se ha llevado a cabo una definición legal del riesgo, el ejemplo puede ser seguros de decesos, nupcialidad y natalidad, cuyos riesgos se verán regulados de forma imperativa por los artículos 1 a 24 de la LCS, siendo que la ausencia de riesgo acarrearía en virtud del artículo 4 de la LCS la nulidad del contrato de seguro. Además, entre otras previsiones que se exigen para la validez de la póliza contractual, en el artículo 8.1. 3 de la LCS, se encuentra la necesidad de la definición y delimitación del riesgo, en este sentido, en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria es especialmente trascendente, sobre todo para dejar constancia en sentido negativo de lo que en ningún modo estará asegurado.

Centrándonos en el ámbito del seguro de asistencia sanitaria, recabamos varios perfiles identificadores de lo que constituiría el riesgo. Comenzando con la posición más extendida, el riesgo se perfilaría como la enfermedad del asegurado, cuya materialización responderá o está intrínsecamente relacionada con la prestación de unos servicios, que son traducibles en un determinado coste económico de los mismos. Es necesario apuntar muy brevemente que, a diferencia de lo que sucede en el seguro de accidentes en el artículo 100 LCS, en el artículo 105, el legislador no se detuvo a definir qué debe entenderse por enfermedad. La propia regulación de los seguros de accidentes, posee una definición de lo que vendría a entenderse por riesgo, contemplando *lesión ha de ser violenta, externa, súbita y ajena a la intencionalidad del asegurado que produzca invalidez temporal o permanente o muerte*, de este modo GARCÍA MARTÍN⁴², apunta que no todas las lesiones que tengan por efecto la muerte o invalidez son concebidas técnicamente como accidentes sino sólo aquellas que se deriven de una de las causas legalmente previstas, apuntando que la exterioridad sí debe considerarse como “*una cualidad intrínseca al hecho causal*”, entendiéndose por ésta aquella que tiene por origen factores o circunstancias que no revelan relación con el asegurado, y las demás, concretamente la repentinidad y la violencia, se referirán “*al modo de actuar la causa*”

⁴² GARCÍA MARTÍN, I, *Contratos Mercantiles* (Coordinación BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A, y CALZADA CONDE, M, A.), Navarra, Aranzadi, Edición IV, 2009, p. 1087.

y no a esta propiamente⁴³. Así respectivamente entendemos que, podríamos señalar que la primera nota no encuentra relación directa con las consecuencias de la lesión corporal en el asegurado sino con la celeridad con que se desencadena el factor que origina la misma, y, es precisamente ésta nota fundamental (la rapidez, celeridad, etc.) la que nos permite presumiblemente revelar una clara diferencia con la enfermedad como riesgo asegurado, comprendiéndose como aquella que, en principio, excepto en patologías de desarrollo breve o fulminante, poseerá un proceso pausado, e incluso con periodos de intermitencia, en el tiempo; la segunda nota, por su parte, muestra estrecha relación con la anterior, operando en ocasiones como términos confusos o incluso de idéntica definición, suponiendo la necesidad de concreción de forma independiente sin tomar en consideración el anterior, concluyendo que podía entenderse como actuación adjetivada como violenta “*aquella que ocasiona una ruptura con el desarrollo normal de los acontecimientos*”⁴⁴, admitiendo las connotaciones negativas de la actuación propiamente pero, a su vez, apartándose de la definición históricamente avalada de acción traumatizante.

No obstante, en sede de seguro de asistencia sanitaria, la aportación de la doctrina ha resultado fundamental para acuñar una definición del riesgo, y en puntos precedentes recogemos la definición de GARRIGUES, como “*la perturbación del estado de salud, que se traduce en una situación anormal del cuerpo o del espíritu. En todo caso esta perturbación ha de ser establecida por declaración médica*”⁴⁵, además según éste y autores como SÁNCHEZ CALERO⁴⁶, considerarían que mediante el riesgo que se encuentra protegido mediante el seguro de asistencia sanitaria, lo que se pretende es que mediante él se eviten las posibles consecuencias económicas que derivarían de producirse.

A su vez en la RAE, se recaba como primera definición la de “*alteración más o menos grave de la salud*”⁴⁷. Asimismo desde el Ministerio de Economía y Competitividad⁴⁸, informa a los potenciales contratantes de: que los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria (sin realizar distinción entre ellos, estableciendo las

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibid.* p. 1094.

⁴⁵ Vid. GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre...*, op. cit., p. 565.

⁴⁶ SÁNCHEZ CALERO, F, (Dir.)/ TIRADO SUÁREZ, J./ TAPIA HERMIDA, A. J./ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Comentarios a la Ley 50/ 1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Aranzadi, 2ª edición, 2001, p. 2006.

⁴⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española: <http://lema.rae.es/drae/?val=enfermedad>.

⁴⁸ Guía para la contratación de Seguros, Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España): <http://www.dgsfp.mineco.es/gaspar/SEtiposEnfermedad.asp>.

posibles diferencias en las prestaciones de los aseguradores), suponen ser aquellos que cubrirán los costes derivados de un *estado anormal del cuerpo*, entendiendo el riesgo tal y como se encuentra definido por la RAE.

Si algo podemos destacar que coincide la doctrina es la afirmación de la variabilidad del estado de salud de un sujeto. Así en las pólizas, podemos observar que las de asistencia sanitaria cubren como riesgos las «lesiones o enfermedades» o «enfermedades o accidentes», pero con la previsión de que no debe comprenderse la lesión al modo de la configuración de riesgo de accidente que figura en el artículo 100 de la LCS. Esto es, que no es condición *sine qua non* la materialización de una lesión corporal que derive de una causa con origen en una actuación violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que desemboque en invalidez temporal o permanente o muerte, como ya apuntábamos, es decir, en el ámbito del seguro de asistencia sanitaria, basta con que concurren los primeros requisitos para poder configurarlo como lesión “*causa violenta, súbita y externa*”, entendida ésta como daño o el detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad o más sucintamente “*daño, perjuicio o detrimento*”⁴⁹ en el cuerpo.

Así, podríamos concluir que en las pólizas de asistencia sanitaria lesión y enfermedad resultan perfectamente encuadrables en la noción de riesgo asegurable, mientras que en el de accidentes no se presenta la idoneidad adecuada para ser asimilable al riesgo de enfermedad.

Además como broche final en la delimitación del concepto de riesgo nos gustaría presentar una visión muy interesante y un tanto alejada de la doctrina convencional que ha sido presentada hasta ahora. Desde esta perspectiva jurídico-negocial del contrato de seguro de asistencia sanitaria, el riesgo no tiene identidad con la causa del contrato, sino que propiamente constituiría un presupuesto de la misma. La causa como función o finalidad del contrato recaería sobre la idea de garantizar y procurar la cobertura del riesgo (como elemento futuro e incierto) a cambio del pago de una prima periódica como obligación general del asegurado. Concretamente desde esta posición se canaliza la noción de causa como *el cambio entre la prima y prestación de seguridad*⁵⁰. Es por lo tanto el riesgo en la causa⁵¹ (que tiene por finalidad garantizar u

⁴⁹ Diccionario RAE: <http://lema.rae.es/drae/?val=lesi%C3%B3n>.

⁵⁰ DAMIANI, E, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 122. Citado por CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 73.

ofrecer seguridad frente a ese riesgo) un presupuesto necesario para la existencia de la misma, ya que, de no existir en el momento de concluir el contrato o en el supuesto de que se produzca el siniestro antes de concretarlo, el negocio jurídico celebrado resultaría nulo en virtud del artículo 4 de la LCS. Asimismo durante la vida del contrato de seguro de asistencia sanitaria, se precisa necesaria la comunicación de la agravación o disminución del riesgo asegurado, teniendo justificación esto en que ello afectará al Principio de equivalencia de prestaciones, y donde puede que sea necesario el reajuste de las mismas.

Así, desde esta perspectiva para comenzar un análisis del riesgo más concreto y adaptado al contrato de asistencia sanitaria, resulta indispensable iniciar una caracterización del mismo, convocando la necesidad de acotar la estructura negocial del contrato. De otro modo, es imprescindible descifrar la composición del riesgo propiamente asegurable del interés negocial y de las prestaciones, tanto la genérica u abstracta (consistente en la prestación de garantía, que surte efectos desde el perfeccionamiento del contrato), como la que surja tras el acaecimiento del siniestro, generalmente la prestación de servicios médicos, quirúrgicos, etc. Ésta última mencionada adquiere una notable relevancia en sede del riesgo, ya que, como bien dijimos antes, la causación de forma generalizada en los contratos de seguro reside en la garantía del asegurador; es decir, en el despliegue de medios patrimoniales, financieros y organizativos, y resulta ser aquella prestación que surte efectos desde el perfeccionamiento del contrato, mientras que las prestaciones pactadas que se desenvuelven tras la verificación del siniestro, son las que tomará con toda razón de ser la suma importancia, y es que serán éstas las que caracterizarán cada uno de los tipos de seguros.

De este modo, los seguros de enfermedad, asistencia sanitaria, y de dependencia comparten el riesgo genérico de enfermedad⁵¹, y por lo tanto la prestación de garantía como la puesta a disposición de los medios necesarios para poder cumplir con la cobertura del asegurador. Ahora bien, a pesar de que el riesgo compartido resulte ser exactamente el mismo, la diferencia entre los contratos de seguro radica en las prestaciones asumidas por el asegurador tras la verificación del siniestro; es decir, para aquellos casos en los que el riesgo llegue a materializarse. En otras palabras, de

⁵¹ *Ibid.*, p. 77. Del mismo modo señala que SCALFI entiende que: “*mediante un proceso de abstracción se encontrará siempre una misma causa en los contratos de seguro: la garantía.*”

⁵² Artículo 6. 2 del 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.

verificarse el siniestro se confirmaría un riesgo de segundo grado⁵³ o concreto, que actúa como presupuesto del riesgo genérico o causal del contrato de seguro.

Por tanto, desde las distintas perspectivas el riesgo se pone en relación con el interés (sendos presupuestos del contrato de seguro de asistencia sanitaria), que éste último persigue como finalidad preservar la salud evitando cautelosamente la aparición de una enfermedad o lesión que pueda suponer el menoscabo del patrimonio del asegurado⁵⁴.

No obstante, desde la perspectiva de la naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria como categoría independiente de la de seguros de daños y personas, se puede desprender, que la noción de riesgo atiende a la necesidad de ayuda o asistencia en situaciones relacionadas con la existencia de una enfermedad, pudiendo consistir ésta en prestaciones dinerarias o en prestaciones de hacer. Así para CARBAJO CASCÓN, resulta secundario el daño en el patrimonio, aunque no deje de tenerse en consideración, ya que es el presupuesto que desemboca en la situación de necesidad inminente. Es por ello que insiste en la necesidad de entender que el riesgo recaba en la situación de necesidad. Es decir, la alteración de la salud no consistiría propiamente en el riesgo, sino que se trataría del presupuesto que generaría la situación de necesidad que a su vez estaría concretada en un riesgo concreto materializado en la asistencia sanitaria; mientras que, y aunque sea adelantarnos al estudio del interés, este recae en la obtención de la asistencia sanitaria para satisfacer la curación de la enfermedad.

1.4.2 *El interés en el seguro de asistencia sanitaria:*

De entrada podemos afirmar que el interés se presenta como un elemento con tintes problemáticos, que ha sido motivo de generación de largas discusiones. Es por ello que la pretensión es acercarnos a una solución viable y que encaje con nuestra perspectiva sobre los seguros de asistencia sanitaria.

Para MARCO ARCALÁ, el interés se corresponde con la definición económica del mismo⁵⁵, como: *“la relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y un*

⁵³ En palabras de CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 81: *“Pues bien, como decimos, la prestación específica o particular a la 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”*.

⁵⁴ Retomamos la visión de la naturaleza de los seguros próximos a los de daños.

⁵⁵ Lo identifica como un concepto de naturaleza económica y no jurídica. Vid. GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro terrestre...*, op. cit., p. 18.

determinado bien o derecho, o un conjunto patrimonial de unos y otros”⁵⁶. Se trata de un elemento de notable trascendencia en materia de seguros regulado en el Título II de la LCS, concretamente en el artículo 25. Resulta considerablemente llamativa su ubicación en la Ley, y es que el artículo citado conforma la regulación de la que dependerán los seguros de daños, mientras que no se encuentra -a priori- previsto para la modalidad referida a personas. De la propia definición esbozada, se deduce que la relación económica sólo debe perpetuarse respecto de los bienes o del patrimonio, además de que en la lectura del artículo 80 de la LCS, no se prevé el interés como elemento del contrato de seguro de personas. Juristas como GARRIGUES, sostienen esta visión en la que el objeto del contrato de seguro tiene identidad con el interés, y además lo relacionan únicamente con los contratos de daños, contemplándolo como un concepto inseparable del daño patrimonial. Aunque, si bien es cierto, éste apuesta por la ampliación de su aplicabilidad a los de personas siempre que se esté posicionado en la noción de la teoría indemnizatoria del contrato seguro⁵⁷. En conclusión, podríamos deducir con certeza, que ello es el origen primario de las discusiones propiciadas acerca de su aplicación en los seguros de asistencia sanitaria e incluso, de forma genérica, en los seguros de personas.

Se manifiestan dos perspectivas correspondientes a la interpretación del interés en los seguros relativos a personas:

- Una primera orientación refuerza la idea de realizar una reinterpretación del concepto de interés de forma amplia. Es decir, promover su aplicabilidad extensivamente a los seguros de personas, manifestando que el interés de éstos seguros recaería directamente sobre la persona, pudiendo incluso confundirse el objeto y el sujeto del interés asegurado, puesto que va referido a un mismo sujeto.
- La segunda orientación, de carácter restrictivo, se ciñe a la definición propiamente dada del interés como la relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y un determinado bien, derecho o patrimonio, excluyendo la posibilidad de que se de con ocasión de la persona en sí⁵⁸. En este sentido hay autores que se muestran partidarios de que en los seguros de personas, la existencia de un interés se presupone, ya que resulta obvio que todo sujeto tiene interés en preservar su salud,

⁵⁶ Vid. MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguro de personas. Aspectos generales...*, op. cit., p. 115-116.

⁵⁷ Posición manifiestamente contraria a la contemplada por el Jurista.

⁵⁸ Vid. GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro terrestre...*, op. cit., loc. cit., p. 483 “*Lo que ocurre con este tipo intermedio de seguro (se refiere a los seguros de persona) es que en él no es preciso comprobar si existe un interés asegurable, porque se supone que el interés de conservar la salud o la integridad corporal existe siempre y por ello no es necesario demostrarlo*”.

mientras que, por contraposición en los seguros de daños, solo la existencia de ese interés legítimo sobre el bien o patrimonio, permitirá contratar un seguro. Interés que debe ser demostrado⁵⁹.

Precisamente por la dificultad que supone resolver si el interés se encuentra presente en los seguros de personas, un sector de la doctrina ha optado por situar los seguros de asistencia sanitaria, hacia los seguros de naturaleza contra daños. Entendiendo la necesidad de preservar la salud del asegurado, como el mecanismo para evitar un menoscabo patrimonial, en el caso de tener que hacer frente precipitadamente a los gastos que supondrían la recuperación del estado saludable. Es decir, el interés del asegurado descansaría sobre la necesidad de recibir una indemnización que se corresponde con el valor de la suma asegurada en el contrato. La presencia del interés en sede de contrato de seguro contra daños se encuentra reflejado en los artículos 26, 28, 30, 31, 32, 33, 33 a) y 43 de la LCS⁶⁰. Y son precisamente los autores que comparten esta visión, los que han criticado a aquellos que sostienen que el interés no es reflejo de un elemento esencial en los seguros de persona. Especialmente en los seguros de vida, en el artículo 83. 2 de la LCS encuentran fundamento legal para sostener la existencia e idoneidad del interés respecto de éstos, cuando se pone de manifiesto la posibilidad de asegurar la vida del tercero. Como fundamento de lo anterior, el seguro sobre vida ajena, tuvo especial relevancia en su formación debido al conflicto que siempre presentó con las apuestas. TIRADO SUÁREZ⁶¹, lo describe como la problemática que se derivaba de apostar por la vida de personalidades célebres, y es por ello que la práctica británica del momento validó la posibilidad de concertar un seguro sobre vida ajena sujeto a la preexistencia de un interés en la vida del tercero asegurado; la exigencia de la existencia de un interés por esta causa, se reflejó en los Códigos decimonónicos⁶², como son: el CCo holandés de 1938 que contemplaba que “*El interesado puede contratar el seguro incluso a espaldas o sin el consentimiento de aquel cuya vida es asegurada*”; la LCS belga de 1874 contenía que “*El seguro sobre la vida de un tercero es nulo si se establece que el contratante no tiene interés en la existencia del tercero*”; el CCo portugués determina “*La vida de una persona puede ser*

⁵⁹ Sentencias del TS, de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/ 5492) y de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994/ 3611); Sentencia de la AP de Vizcaya, de 9 de febrero de 2005 (AC 2005/ 653) y AP de Lérida de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/ 128982).

⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 23.

⁶¹ TIRADO SUÁREZ, F, J, *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO)..., op. cit., p. 2179.

⁶² *Ibidem*.

asegurada por ella misma o por otra que tenga interés en su conservación. En éste último caso el asegurado es una persona en cuyo beneficio se estipula el seguro y quien paga la prima". En definitiva, el surgimiento de los seguros sobre la vida de un tercero dio lugar a la dificultad de configuración del interés, como elemento del contrato en los seguros de vida, lo que a lo largo de la historia ha desembocado en la redacción definitiva del artículo 83, párrafo 2 de la LCS (el cual no tuvo modificaciones en el Proyecto de Ley, así como tampoco en las sucesivas de la LCS). La importancia que presenta esta última redacción, es que introduce la noción de interés del sujeto sobre cuya vida se asegura, y no del que contrata el seguro. Aunque si bien TIRADO SUÁREZ, pone de manifiesto que en tal precepto debiera evitarse la aplicación de la teoría del interés configurada para los seguros de daños, y de difícil extrapolación a dicha sede⁶³. Así debiera entenderse como el consentimiento del tercero (portador del riesgo) y no como el interés a la indemnización de un daño producido⁶⁴.

1.5 Las condiciones generales, particulares y especiales en los seguros de asistencia sanitaria. Breve referencia a las cláusulas delimitativas del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado.

El contrato de seguro de asistencia sanitaria, vinculo entre el asegurador y asegurado, está compuesto por un conjunto de documentos, todos ellos necesarios, que recogen los términos en los que debe desarrollarse dicha modalidad aseguradora. Nos estamos refiriendo a la póliza contractual que englobaría a las condiciones generales, las particulares y las especiales en el caso de existir⁶⁵.

Las condiciones particulares se configuran de forma independiente a las generales, en ocasiones impresas a ordenador y no por imprenta, y presentan como particularidad la negociación entre asegurador y asegurado en un contrato que, aunque se incluyan, sigue considerándose como de adhesión. Las condiciones particulares hacen referencia a la duración del seguro, a los beneficiarios, a datos concretos que

⁶³ *Ibíd.*, TIRADO SUÁREZ, F, J, *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO)..., *op. cit.*, p. 2181.

⁶⁴ A.A.V.V., *Ley de Contrato de Seguro* (Dir. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona, primera edición, 1999: "El titular del interés en los seguros sobre la vida de un tercero es el tomador del seguro". Citado por: MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El Seguro de asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁵ LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los Derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 30/1980, de Contrato de Seguro*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 53.

deben ser conocidos por ambas partes, etc. LARRAYA RUIZ⁶⁶, se muestra disconforme en cuanto a la argumentación de que son cláusulas en las que interviene la autonomía de la voluntad de las partes, siendo, por ende, fruto directo de una compleja negociación. Asegura que parte de ellas podrían considerarse declaraciones del asegurado, como son los beneficiarios existentes, medidas de seguridad, etc. pero que no todas las propuestas por parte del asegurador son fruto de negociación, inclinándose posiblemente a una imposición que en ocasiones puede constituir realmente una limitación de las garantías del asegurado.

Las condiciones especiales, por su parte, no siempre se hallan en las pólizas contractuales. Éstas pueden estar sólo configuradas para un determinado tipo de seguro; sin embargo, puede que sí estando incluidas modifiquen alguna de las condiciones generales, como las relativas a las franquicias, a la cobertura, etc. Nada se opone a que puedan estar previstas en las condiciones particulares, incluyendo alguna precisión que describa una circunstancia relevante y que deba ser tenida en consideración. La realidad es que no suele ser corriente su existencia, ya que la práctica aseguradora favorece la inclusión de la ampliación o derogación de aspectos concretos en las condiciones particulares o en éstas mismas al final como un breve condicionado especial. Si sólo se incluyen en una póliza para un especial cliente no generan mayores dudas, ahora bien cuando se configuran para un tipo de seguro con una proyección más que generalizada cabe la posibilidad de que realmente estemos ante verdaderas condiciones generales ya que la participación del adherente no tendría lugar.

Y por último, las condiciones generales constituirían aquellas cláusulas de elaboración por el asegurador anticipadamente a la conclusión del contrato y uniforme para la globalidad de futuros contratantes, configurándose así como una pre-oferta contractual. En otras palabras, dichas cláusulas comprenderían la disciplina básica de cada ramo asegurador. A diferencia de las particulares, el condicionado general concretaría las prestaciones a efectuar en caso de concluir el contrato. También es determinante para la configuración de obligaciones para las partes así como de los derechos atribuibles, no pudiendo olvidar que opera como instrumento válido para iniciar acciones de responsabilidad.

El artículo 3 de la LCS reza que las condiciones generales deben incluirse en la proposición de seguro, en el caso de existir, e indispensablemente en la póliza o en

⁶⁶ *Ibid.*, LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los Derechos de los asegurados...*, *op. cit.*, p. 54.

documento complementario que debe ser suscrito por el asegurado. A su vez establece que tanto las condiciones generales como las particulares tienen que redactarse de forma clara y precisa⁶⁷, destacándose en negrita aquellas cláusulas que se configuren como limitativas de los derechos de los asegurados.

La concreción del legislador de estas previsiones tiene su fundamento en que el clausulado general, que rige los contratos predispuestos por el asegurador-empresario, tengan un alcance global, además de razones de economía y homogeneidad en las prestaciones, ya que la explotación de un seguro presenta una estrecha relación con la existencia de un conjunto de personas que se encuentran unidas por la posibilidad de afección de un mismo riesgo. En palabras de SÁNCHEZ CALERO⁶⁸, “*el asegurador pretende organizar la cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria, fortuita y valorable de dinero de ese conjunto de personas. Pues bien, la asunción por parte del asegurador de una pluralidad de riesgos sólo puede realizarse si existe una homogeneidad entre éstos, y para conseguir ésta se hace necesaria una precisa determinación de los riesgos, que difícilmente podrá alcanzarse sin ciertas cláusulas de condiciones de las condiciones generales*”. En definitiva, todos los seguros giran en torno a la configuración del riesgo, a su delimitación, y exclusión de lo no asegurable para la posterior determinación de la prima o precio del seguro. Es por ello que es necesaria la homogenización⁶⁹ mediante un mismo clausulado general que se confeccionará para un mismo tipo de ramo asegurado.

La LCGC en el artículo 5.5 establece en una línea muy similar que las condiciones generales deben ajustarse a los criterios de concreción, transparencia, claridad y sencillez, lo que se ve prácticamente reproducido en el artículo 10.1 a) al incluir que las cláusulas no negociadas en los contratos de adhesión, caso del seguro, han de reunir esos requisitos anteriores, para potenciar la comprensión directa de los

⁶⁷ ORTIZ ILLESCAS, R, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Dir. EVELIO VERDERA Y TUELLS), Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1981, p. 360 “ (...) la claridad y precisión que para las condiciones del seguro exige el artículo 3.1 de la nueva ley española: las pólizas deben abandonar el empleo de palabras técnicas, solamente accesibles a los especialistas en la materia, para pasar a expresar las condiciones en que son expedidas conforme a un medio semántico de fácil comprensión para quien no posee la preparación técnica ni el dominio conceptual que el diario contacto con la actividad proporciona”.

⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 117.

⁶⁹ La primera regulación sobre contrato de seguro tiene constancia en el denominado Seguro Marítimo. Ya en éste aparecían formularios de pólizas en los que figuraban cláusulas tipo idénticas para todos los contratos de la modalidad.

tomadores y asegurados, sin reenvíos a textos o documentos que no hayan sido facilitados simultáneamente a la conclusión del contrato.

A la vista podría esbozarse que la finalidad pretendida es la de simplificar la comprensión del contenido abarcado por las pólizas contractuales, imponiendo como deber o carga para el asegurador, la redacción del clausulado de forma clara y precisa, evitando un lenguaje complejo o técnico que empeore o dificulte la consecución del objetivo, que en definitiva es, que el asegurado conozca sin mayor complicación la extensión de lo que contrata, así como la previsión de lo que podrá pasar en el caso de acontecerse el siniestro. Muy interesante es el criterio que señala el jurista alemán REIMER SCHMIDT⁷⁰, la reducción del oscurantismo y de la complejidad reside en la ayuda de perspectivas tan dispares como son: la motivación de la psicología en masas de protección al consumidor, el tratamiento electrónico de datos que resulta esencial en el derecho de seguros y la madurada armonización de legislación europea.

La transparencia exigida para la configuración de las condiciones generales de la contratación presenta su implicación no sólo en el momento de conclusión del contrato, sino durante la vigencia del mismo, evitando así la ocultación al asegurado de cualquier modificación de carácter relevante. Lo cierto, es que su verdadera valoración se verá revelada en el momento en el que se produzca el siniestro, ya que será aquel momento en el que el asegurado compruebe si ha sido verdaderamente protegido frente a un determinado riesgo tal y como se encontraba estipulado en la póliza contractual.

Las sanciones que se derivan para el incumplimiento de este requisito legal, son dos. Una se deriva de la interpretación de la cláusula contra *proferentem* o contra *stipulatorem* y a favor del adherente (artículo 1.288 del CC) y la otra la declaración de no incorporación de la cláusula y su consiguiente nulidad. Dependerá la utilización de una u otra según la gravedad que presente la cláusula. Esto es, para aquellas menos «oscuras» la solución más factible será la de su interpretación en contra del predisponente, mientras que aquellas que resulten incomprensibles para el adherente directamente se considerarán nulas. Ahora bien, a la hora de decantarnos por una u otra solución hay que tener muy presente los intereses del asegurado, ya que con frecuencia es mucho más beneficioso interpretar la cláusula como válida pero en contra del estipulante.

⁷⁰ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 118.

Antes de entrar en el estudio sobre las cláusulas demilitativas y las limitativas, es fundamental hacer una breve reseña de la declaración que contempla el artículo 3 de la LCS, en el que figura que en ningún caso las condiciones generales podrán tener carácter lesivo para los asegurados. Si bien la consideración de una cláusula como lesiva merece una cierta concreción, ya que la Ley no ofrece definición de éstas, dejándolo a la libre apreciación y buen saber de los Tribunales. En líneas generales la amplia Doctrina ha coincidido en la estipulación de que éstas suponen una alteración del justo equilibrio de las prestaciones, y son contrarias a la fe buena, atentando directamente contra el principio general de *alterum non laedere* (no dañar a nadie). CABALLERO SÁNCHEZ⁷¹, concreta que la lesividad debe producirse más allá del quebrantamiento de una norma imperativa, ya que la lesividad (valga la redundancia) a la que refiere el citado artículo tiene relación directa con cualquier situación que de lugar al daño o perjuicio del asegurado con arreglo a las circunstancias que caracterizan las cláusulas abusivas: la omisión de la buena fe y desequilibrio de prestaciones; SÁNCHEZ CALERO⁷² indica que la definición de una cláusula lesiva debe venir dada por algo más que por la contravención de una norma de carácter imperativo⁷³, que ya tiene reflejo en el artículo 2 de la LCS. Es por ello que, según éste, el legislador no pretendió dar luz a dos preceptos en términos idénticos, ya que por lógica carecería de sentido, por lo que planificó fue la prohibición de la lesividad de las cláusulas, basada en que las condiciones generales no deben propiciar una situación perjudicial o dañosa para el asegurado, por ser «abusivas», «inicias», «desproporcionadas» o «injustas» y, cuando sean contrarias de forma relevante a los principios de buena fe y al justo equilibrio para las prestaciones.

⁷¹ CABALLERO SÁNCHEZ, E, *El consumidor de seguros: Protección y Defensa*, Madrid, Mapfre, 1997. Citado por LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los...*, *op. cit.*, p. 78. Es decir, en su argumentación manifiesta un paralelismo entre las cláusulas abusivas y las lesivas.

⁷² Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, *op. cit.*, p. 127. “(...) las cláusulas lesivas a las que se refiere el artículo 3 han de tener una especial onerosidad -se refiere a los términos que referimos en el texto- para el asegurado, ya que la propia Ley admite la licitud de las cláusulas limitativas de sus derechos.”

⁷³ El artículo 2 de la LCS declara el carácter imperativo de las normas contenidas en misma Ley, estableciendo la previsión de que aquellas cláusulas que sean contrarias a las disposiciones de la misma, podrán ser declaradas nulas, salvo que de la interpretación de aquellas pueda desprenderse que, resulten mas beneficiosas para el asegurado.

Nos gustaría precisar que el régimen⁷⁴ de las cláusulas lesivas sólo es de aplicación a las condiciones generales mientras que el de las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados lo es para las condiciones generales y particulares de la póliza contractual. Sin embargo, respecto a si las cláusulas particulares pueden ser lesivas o no, la doctrina se muestra perfectamente dividida entre quienes consideran que sí pueden ser lesivas tanto las generales como particulares y quienes establecen que solo podrán serlo las no pactadas.

SÁNCHEZ CALERO⁷⁵, es de los que se decanta por considerar que no es válido aplicar la prohibición de lesividad a las condiciones particulares porque, dada su naturaleza, se entiende que éstas han sido previamente negociadas entre asegurador y asegurado, y que por lo tanto la previsión del artículo 3 solo tendrá lugar para aquellas en las que el predisponente no ha tomado en consideración al asegurado; en esta línea, FONT RIVAS⁷⁶, considera que la lesividad no puede predicarse de aquellas cláusulas que sean producto del resultado de una negociación, ya que es el propio acuerdo el que «excluye la de idea del abuso y, por tanto, la razón de ser del control instaurado legalmente», además expone que esas cláusulas podrán ser «nulas o ineficaces, por vulnerar una norma de carácter imperativo, pero no lesivas».

Por otro lado, se sugieren manifestaciones como las de EMBID IRUJO⁷⁷, que defienden la existencia en las cláusulas particulares de lesividad, en contra de la apariencia que podría ofrecer la LCS en el artículo 3.1.

Finalmente LARRAYA RUIZ, se muestra partidario con la idea de considerar que cualquier estipulación que sea incorporada en un clausulado, ya sea general o particular,

⁷⁴ Aparentemente establecido así en la LCS. Un pequeño matiz que no debe quedar en el olvido es que en el supuesto de que el asegurado se corresponda con la figura de consumidor, aquel que intervenga en el contrato de seguro en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (suele ser una gran mayoría de los casos), quedará sujeto y protegido, no solo por la regulación del cuerpo legal de la LCS sino por el TRLGDCU. Texto del que emana la definición de cláusula abusiva como aquella no negociada individualmente, que cause un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, promoviendo un perjuicio para el consumidor en contra de la buena fe. En definitiva, en aras de la protección de la parte débil y del fomento de la perpetuidad del equilibrio en la balanza, se observa una concatenación de aplicabilidad de leyes como la LCGC, TRLGDCU y la LCS.

⁷⁵ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 128. Esta noción tiene origen en la LCGC, en su artículo 1 párrafo 2, cuando quiere reflejar que aunque en un contrato existan cláusulas negociadas individualmente, ello no impide la aplicación de la LCGC al resto del contrato si del estudio global del mismo se distingue que se trata de un contrato de adhesión.

⁷⁶ FONT RIVAS, A, *Estudio Introductorio, en Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas*, (Dir. Hernández Moreno, A.), Barcelona, Cedecs, 1998. Citado por LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los...*, op. cit., p.81.

⁷⁷ EMBID IRUJO, J, M, "Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del Seguro" *Revista Jurídica Española La Ley*, t 2º, 1992, pp. 702. Citado por LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los...*, op. cit., p. 81.

si va en contra del tipo de seguro que se contrata y si es manifiestamente contraria a la imperatividad de las leyes, la buena fe o supone equivalencias desproporcionadas, revestirá un carácter indiscutiblemente lesivo⁷⁸.

Como sanción para aquellas cláusulas que sean calificadas como lesivas les es perfectamente aplicable LCS, la normativa aplicable a los consumidores, y la LCGC. En principio el establecimiento de una condición general lesiva no obstará para que el contrato siga produciendo efectos; es decir, se optará por una nulidad parcial. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que dicha cláusula afecte intrínsecamente a la validez del negocio dicha cláusula podrá ser estimada como nula de pleno derecho y afectar a todo el contrato en sí.

En conclusión, las cláusulas lesivas pueden ir en contra de la imperatividad de la ley y de los preceptos regulados en ésta y protegidos en el artículo 2, pero también es posible que no, y es por ello que el artículo 3, en definitiva, operaría como una garantía adicional. Situamos las cláusulas lesivas en ambos tipos de condiciones, generales o particulares, aunque si bien es cierto, a tenor del cuerpo legal de la LCS, que según el artículo 3.1 sólo deberían estar comprendidas en las condiciones generales; finalmente pueden existir cláusulas limitativas de derechos de los asegurados que sean lesivas pero no debe atribuirse como generalidad la lesividad de las mismas, sino solo cuando aquellas supongan una desproporcionada onerosidad para el asegurado.

Tras habernos situado brevemente en el marco de cláusulas ante las que podemos encontrarnos en el contrato de seguro de asistencia sanitaria, es imprescindible entrar en un asunto delicado y complejo para la doctrina, y que intentaremos acotar prudentemente, ya que no es nuestro objeto de estudio principal. A lo largo de la existencia del contrato de seguro para la doctrina y jurisprudencia ha existido una notable confusión entre lo que debe considerarse como cláusula demilimitativa del riesgo asegurado, y aquellas que limiten los derechos del asegurado. Es un problema de especial relevancia ya que en principio no es lo mismo una cláusula que pone límites a los derechos del asegurado que aquella que da lugar al nacimiento o no de los mismos.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, «delimitar⁷⁹» viene a decir «determinar o fijar con precisión los límites de una cosa», mientras que

⁷⁸ Contemplando que esa lesividad suponga para el asegurado una situación de evidente desequilibrio frente a la aseguradora.

⁷⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española: <http://lema.rae.es/drae/?val=delimitar>.

«limitativo⁸⁰» es definido como «que limita, cercena o reduce». Con esto podemos interpretar que la cláusula que delimita tiene por objeto determinar y fijar con cierta precisión la extensión y límites de una cosa, que en este caso es: el riesgo; y que la cláusula que limita operará cercenando o reduciendo aquello que previamente existía y que ya se encuentra perfectamente determinada, en otras palabras: la cláusula operará como reducción o límite de los derechos nacidos o conferidos previamente a través de la cláusula que define el riesgo.

A su vez, CARMONA RUANO⁸¹, ofrece una definición interesante sobre la definición de cláusula de delimitación del riesgo, según la cual el riesgo se determina por la causa de la obligación de la aseguradora y por «los contornos de esta misma obligación». En otras palabras, una vez definido el riesgo y acotado por las cláusulas delimitativas⁸², las cláusulas que limitarán los derechos de los asegurados⁸³, operarán prácticamente redefiniéndolo de forma más limitada a la habitual; estableciendo cargas y deberes adicionales para el asegurado suponiendo unos condicionantes para la eficacia de la cobertura; e indicando exclusiones de dicha cobertura del riesgo⁸⁴. A su vez, para

⁸⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española: <http://lema.rae.es/drae/?val=limitativo>.

⁸¹ CARMONA RUANO, M, “Las cláusulas definitivas y las cláusulas limitativas del contrato de seguro” *Revista Española de Seguros*, núm 89/ 1997, p. 69. Citado por LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los...*, *op. cit.*, p. 153.

⁸² Sentencia de AP de León, de 7 de julio (RJ 2010/286). El supuesto versa sobre una reclamación de los gastos derivados (a MAPFRE) por una intervención de obesidad mórbida. La compañía aseguradora alega que se trataba de un riesgo excluido de la póliza contractual; sin embargo, el demandante afirmaba que fue la propia aseguradora la que le proporcionó la debida autorización médica, comprometiéndose a su vez con el reembolso de parte de los gastos. La Audiencia entra en un amplio debate sobre la distinción entre las cláusulas delimitativas y las limitativas del riesgo; ya que la póliza presentaba como riesgo excluido “los tratamientos de adelgazamiento”. Finalmente el fallo confirma la Sentencia anterior condenando a la mercantil a pagar las cantidades señaladas.

⁸³ Según la Sentencia de TS, de 16 octubre de 2000 (RJ 2000/9195) “*La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala*”.

⁸⁴ En este orden, tradicionalmente las pólizas contenían una clasificación distinguiendo entre servicios de carácter completo, limitado y, por último, restringido; otras, sin embargo, recogen un listado de servicios incluidos bajo el rótulo de medicina primaria, de especialidades médicas y quirúrgicas, de urgencias, terapéuticas, de hospitalización, así como de medicina en viaje en España o en países extranjeros⁸⁴. Respecto a los riesgos los excluidos suelen ser: 1. las enfermedades, defectos físicos o patologías preexistentes a la contratación del seguro; 2. la asistencia sanitaria derivada de accidentes laborales, las enfermedades profesionales y las consecuencias de practicar algún deporte profesional y los amparados por el seguro obligatorio de vehículos a motor; 3. los hechos de guerra, terrorismo, terremotos o cualquier otro fenómeno meteorológico similar de carácter catastrófico, y las epidemias declaradas oficialmente; 4. los daños producidos por explotaciones nucleares o radiactivas, que estén cubiertas por seguros de responsabilidad civil por daños nucleares; 5. las curas de reposo y adelgazamiento, excepto las que comprendan la obesidad mórbida; 6. la cirugía estética y maxilofacial relacionada con la implantología; 7. revisiones generales o chequeos cuya finalidad sea diagnóstica; 8. las esterilizaciones para ambos sexos, la fertilización in Vitro y la inseminación artificial; 9. la interrupción voluntaria del embarazo; 10. las prótesis de cualquier clase, así como las piezas anatómicas y ortopédicas, salvo aquellas negociadas en las

éstas cláusulas la LCS se exige, además de su inclusión mediante otro tipo de letra y subrayadas,⁸⁵ la aceptación por escrito de los tomadores o beneficiario, siendo requisito necesario la aprobación por escrito mediante signo gráfico⁸⁶. Dicha aceptación debe constituirse de manera independiente a la declaración de voluntad relativa al contrato en general. La aceptación de cada una de las cláusulas ha de ser individualizada y específica. El TS ha declarado que la cláusula limitativa contenida en una póliza contractual que no ha sido aceptada expresamente «no puede estimarse como lógicamente como vinculante, puesto que no forma parte del contrato de referencia⁸⁷»; la LCS establece como consecuencia de su infracción por la no aceptación, la ineficacia parcial del contrato, que deberá integrarse de la manera más conveniente tras su no incorporación. El artículo 10 de la LCGC, que ya citábamos en líneas precedentes, equipara esto a la no integración de las condiciones generales y que establecerá como efecto general la ineficacia parcial del contrato, evitando la ineficacia total si el contrato puede subsistir sin esas cláusulas.

Tras estas definiciones que aparentemente dan cierta claridad a la confusión, lo cierto es que incluso aunque la Sala de lo Civil del TS las ha distinguido correctamente, las dudas no hallan una aclaración definitiva.

El Supremo considera que las cláusulas delimitativas del riesgo no se ven afectadas por lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, la explicación reside en que precisamente en ellas no ha llegado a nacer el derecho que éstas originan⁸⁸. Es decir, sólo a las cláusulas limitativas de los derechos originados de los asegurados les alcanzará la exigencia del artículo 3, siendo necesaria la aceptación expresa de la parte débil. Como podremos observar es frecuente que en la práctica aseguradora, éstas aleguen ante los Tribunales que determinadas cláusulas de sus pólizas se consideran delimitativas y no como limitativas (siendo ésta su verdadera naturaleza) para eludir lo establecido en el artículo 3.1 de la mencionada LCS.

condiciones particulares; 11. la corrección de miopía y/o astigmatismo con láser; 12. El síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las enfermedades relacionadas con éste; 13. daños derivados de apuestas, desafíos y riñas (salvo en legítima defensa en los dos últimos); 14. hospitalización por problemas de tipo social; 15. actividades de riesgo como boxeo, rugby, escalada.

⁸⁵ En la Póliza *MAPFRE CAJA SALUD FAMILIAR* podemos contemplar los derechos limitados de los asegurados resaltados en negrita. Destacan los servicios no incluidos en la cobertura asistencial.

⁸⁶ *Vid.* DEL CAÑO ESCUDERO, F, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Dir. EVELIO VERDERA Y TUELLS)..., *op. cit.*, p. 364.

⁸⁷ Sentencia del TS de 26 de mayo de 1989 (RJ 1989/3891).

⁸⁸ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, *op. cit.*, p. 134.

No obstante, quizás el origen de la confusión que se presenta a la hora de calificar cada una de las cláusulas, tenga su explicación en la dispersión con la que se encuentra delimitado o encuadrado el riesgo en la póliza contractual. Si bien éste elemento de especial trascendencia está compuesto por sus inclusiones, exclusiones, y limitaciones. Así, existe una separación doctrinal entre los que defienden que las cláusulas delimitativas sólo se encuadren en las condiciones particulares, y quienes, sin embargo, apuestan por su inclusión en las condiciones particulares y generales.

Los primeros⁸⁹ son partidarios de que la delimitación y descripción del riesgo se efectúe al comienzo de la póliza, en su encabezado, en las cláusulas o condiciones particulares. La descripción deberá ser concreta y determinada siendo posteriormente desarrollada en el resto de condiciones, todo aquello que suponga restricción, recorte o eliminación de los derechos que se encuentran fijados con anterioridad, se considerarán cláusulas limitativas de los asegurados.

La realidad imperante en la actividad aseguradora no hace reflejo de esto, el riesgo no se describe bajo un mismo rótulo que contenga la totalidad de la información necesaria para que el asegurado configure una idea completa de lo que éste supone; sino más bien, al contrario de cómo sería deseable, las cláusulas que lo delimitan no se enmarcan dentro de un concreto apartado, sino que, como si de un puzzle se tratara, se hallan dispersas en varios, que pueden corresponderse con: los efectos del seguro (duración temporal), riesgos, garantías, pago de primas, descripción del riesgo, franquicias, etc., complicando notoriamente la identificación de las distintas modalidades de cláusulas.

En contra, se sitúan los que sostienen la posibilidad de que las cláusulas que contienen la descripción del riesgo, se hallen completamente dispersas a lo largo del clausulado contractual, ya sea en las condiciones particulares, especiales o generales. Apuntan a que cuando exista una cláusula que reduzca o limite de forma anormal la calificación del riesgo, ésta deba considerarse como cláusula de delimitación de los derechos del asegurado. Pero lo cierto es que la problemática aumenta al considerar que el riesgo está lleno de exclusiones y limitaciones, no siendo tarea sencilla para el asegurado diferenciar matices entre conceptos como coberturas, exclusiones, inclusiones, limitaciones, etc. así que indudablemente podría considerarse abusiva la disgregación de exclusiones a lo largo de la póliza con la finalidad de delimitar el

⁸⁹ Destaca en esta posición LARRAYA RUIZ, L, J.

riesgo, que deben estar por lógica en el encabezado de la póliza, ya que, podría derivar en inseguridad jurídica para el asegurado.

A raíz de este extenso debate, que hemos acotado por no desviarnos en exceso del tema que nos compete, han ido surgiendo Sentencias con reflejo de lo explicado. Destacan en especial aquellas en relación con el seguro de accidentes y de responsabilidad civil.

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS OBLIGACIONES Y DEBERES RELATIVOS AL TOMADOR O ASEGURADO EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA.

SUMARIO: 2.1 LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL CCo Y EN LA LCS. ESPECIAL REFERENCIA A LA *UBERRIMAE BONAE FIDEI* EN EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.1.1 Deber de naturaleza precontractual. 2.1.2 Infracción del deber de declaración del riesgo. Consecuencias jurídicas. 2.2 ESPECIFICIDADES DEL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.2.1 El cuestionario de salud. 2.2.2 El reconocimiento médico. 2.2.3 Especial trascendencia de la declaración de edad del tomador o asegurado. 2.2.4 La discusión de la inclusión de cuestiones relacionadas con el VIH o SIDA en el cuestionario. 2.2.5 El deber de confidencialidad y la custodia de datos del estado de salud del solicitante. 2.3 LA CUESTIONADA INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDISPUTABILIDAD EN LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.4 EL PERIODO DE CARENCIA EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.5 LA COMUNICACIÓN DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO. 2.6 EL PAGO DE LA PRIMA COMO DEBER CONTRACTUAL FUNDAMENTAL. 2.7 LA PARTICIPACIÓN DEL ASEGURADO EN LOS COSTES DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.8 EL DEBER DE COMUNICAR EL SINIESTRO Y EL DEBER DE INFORMAR SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL MISMO.

2.1 La configuración del deber de declaración del riesgo en el CCo y en la LCS. Especial referencia a la *uberrimae bonae fidei* en el seguro de asistencia sanitaria.

El contrato de seguro en general se ha configurado como de *máxima buena fe* o en terminología latina *uberrimae bonae fidei*. La doctrina ha puesto de manifiesto que en los seguros, la exigencia de buena fe es suma derivada de la vinculación entre el asegurador y el asegurado. Su existencia deriva del artículo 57 del CCo, dirigido a todos los contratos mercantiles (con una exigencia superior especialmente para los contratos de seguro⁹⁰). El concepto que se toma en consideración es el de *buena fe objetiva*, ya que no nos referimos a la buena fe como creencia o intención, sino como la adecuación a la conducta común. Ésta solo puede ser plausible si se produce la colaboración del

⁹⁰ Artículo 57 del CCo: Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

asegurador y el futuro contratante (asegurado/tomador), debido a que éste es el único que conoce las circunstancias y los detalles que le afectan y que resultarán verdaderamente vinculantes para la asunción de un riesgo determinado. En este orden, debe estar presente no sólo antes de perfeccionarse el contrato sino también durante su vigencia, y en el momento de acontecerse el siniestro. El asegurador debe obrar fielmente en el cumplimiento de sus obligaciones procediendo a la correcta interpretación del contrato, siendo incompatible la inclusión en el contrato o póliza de cláusulas oscuras o lesivas⁹¹. En conclusión, el contrato de seguro, es un contrato de *uberrimae bonae fidei* que tiene su plasmación específica en cada una de las partes de la balanza, siendo necesaria la estrecha colaboración entre ambas partes, adecuando correctamente su conducta a la comúnmente esperada en el contrato.

Una de las manifestaciones más obvias de la buena fe descansa en el deber del asegurado de declarar el riesgo. En las disposiciones del CCo se articulaba como el deber de declarar espontáneamente al asegurador todo aquello que pudiera ser relevante para la determinación del mismo; mientras que, el criterio que reza en la LCS reposa en el deber de contestación o respuesta al cuestionario (que ha sido configurado previamente por el asegurador). Esta nueva concepción del deber de declaración del riesgo, quedará plenamente reforzada tras la ampliación del artículo 10⁹², mediante el que se exonera al tomador, si el asegurador no le somete al cuestionario o aún sometiéndole sean circunstancias que el primero conozca pero no se incluyan en el mismo. En definitiva, podemos concluir, que el futuro contratante debe ajustarse a responder exclusivamente a lo que se le pregunte en el cuestionario de salud.

Como adelantábamos en líneas precedentes, el antecedente del régimen jurídico actual, era el del ya derogado artículo 381 del CCo⁹³, en virtud del cual la doctrina acuñó la denominada «*teoría objetiva de las declaraciones inexactas*». Se caracterizaba por no comprender únicamente la actitud reticente o de mala fe del asegurado; sino también, por atender a aquella que se correspondía con declaraciones inexactas obrantes en el cumplimiento del deber de declaración del riesgo. En este orden, son numerosas

⁹¹ *Vid. Supra* 1.6.

⁹² Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el 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.

⁹³ El artículo 381 del Código de Comercio disponía: *Será nulo todo contrato de seguro: 1. Por mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato; 2. Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos; 3. Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato.*

las Sentencias, sobre las diversas particularidades que fueron tenidas en consideración para la estimación del riesgo asegurable. Para comprender nuestro estudio procederemos a recoger un breve listado:

1. La AP de Madrid en una Sentencia del año 2.009⁹⁴, aquilataba las diferencias deducibles de la denominada declaración exacta del riesgo y la declaración inexacta o reticente contenida en el artículo 10 tras su modificación. La primera, recogida en el artículo 10 de la LCS (antes de su modificación y en términos idénticos a los señalados en el artículo 381.2 del CCo), preveía para su incumplimiento la nulidad de pleno derecho del contrato de seguro, a pesar de que el asegurado la hubiera hecho de buena fe. La justificación con toda seguridad, residía en la perturbación que ésta podía suponer en la estimación del riesgo. Por su parte, el artículo 10 enfoca su modificación vigente, en el sentido de que la declaración del tomador/asegurado o la omisión de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, solo desembocarán en la liberación del asegurador, cuando ésta tenga origen en una omisión o inexactitud dolosa o culposa (grave). Lo que en definitiva conduce a que la ausencia de mala fe o de conducta negligente sobre tal extremo, no sea criterio para la calificación de grave, no exonerando al asegurador de prestar los servicios pactados en la póliza contractual;

2. Unos años antes ya el TS apuntaba con gran acierto⁹⁵, los criterios necesarios para la estimación de la violación del deber de declaración del riesgo. Así disponía que la valoración debiera someterse en mayor medida a criterios objetivos, de manera que, no sólo consistiría en la calificación de la conducta del asegurado como de buena/ mala fe; sino que, sobre todo el Tribunal tendría como misión la de clarificar si la conducta del asegurado originaría la frustración de la finalidad del contrato. En definitiva, recogía que el incumplimiento, tendría lugar *“al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental, que le viene a desorientar o impulsar a celebrar un contrato, que no hubiera concertado de haber conocido la situación real del tomador del seguro, o al menos si este le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía”*;

3. el Alto Tribunal en una Sentencia del año 2005⁹⁶ sintetizó la doctrina que señaló como aplicable al deber de declaración del riesgo del tomador del seguro. Así entendió que el cuestionario de salud inserto en los seguros de vida, de enfermedad y de

⁹⁴ Sentencia de AP de Madrid, de 28 Mayo (JUR 2009\400661), Fundamento 4º.

⁹⁵ Sentencia de TS, de 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9136).

⁹⁶ Sentencia de TS, de 23 de septiembre de 2005 (RJ 2005/ 8880).

asistencia sanitaria, no constituye en modo alguno una cláusula limitativa de derechos; y además, garantiza que no existe una exigencia formal para el mismo, por lo que debe reconocerse plena eficacia a la «declaración de salud», inserta en las pólizas relativas a los seguros que nos referimos. Respecto del contratante, asienta que le incumbe declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que delimitan el riesgo, como sucede con el estado de salud, cuya influencia es más que decisiva en la concertación del seguro; añadiendo la advertencia de que la Ley sanciona la omisión voluntaria de una enfermedad que se padece o que se ha padecido en cuanto a que su conocimiento pueda trascender a las condiciones del contrato. Aparte de todo lo anterior, resulta interesante apuntar, que el Tribunal concreta el concepto de dolo aplicable a los contratos de seguro, realizando una interpretación del mismo en relación con el artículo 1269 del CC: “ (...)éste no comprendería únicamente la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente, adoptando una conducta negativa que causa maliciosamente el engaño del otro contratante haciéndole creer lo que no existe o bien ocultándole la verdadera realidad”.

4. finalmente en el año 2006⁹⁷, el TS vuelve a estudiar la terminología utilizada en el contrato de seguro. De nuevo entra a la calificación del dolo como motor del incumplimiento relativo al artículo 10.3. El Tribunal en este caso retoma la terminología de la «mala fe» (de la que anteriormente había huido en el Proyecto de Ley) y argumenta la posibilidad de que respecto del artículo 10, en los contratos de seguro ambos sean utilizados: “Comprende así el caso de declaraciones inexactas o recientes para dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (artículos 1260 y 1261 del Código Civil) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario. La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposos por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es teoría fácil, en la línea divisoria entre la culpa leve o la grave es sutil. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, par a decretar su concurrencia”.

⁹⁷ Sentencia de TS, de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/ 3132)

A la vista de la modificación legal y las conclusiones del TS, el deber de declaración del riesgo se ha configurado en la LCS, como un deber que se proyecta sobre el tomador del seguro o futuro contratante; sin embargo, en ningún caso como una obligación. No obstante, lo anterior está sujeto a condición, y que será así siempre que el asegurador le haya presentado al asegurado el correspondiente cuestionario de salud. Es por ello que el sujeto sobre el que recae, es según el tenor literal del artículo 10 LCS, el tomador del seguro; sin embargo, cuando tomador y asegurado, no concurren en el mismo sujeto, en virtud del artículo 7 de la LCS, se estipula que el deber precontractual de declaración del riesgo debe ser cumplido por el asegurado. El sujeto que recibe la declaración habitualmente es el asegurador, pero la Ley 26/2006⁹⁸ introduce que también podrá recibirla el agente de seguros (surtiendo el mismo efecto que de realizarla frente al propio asegurador). Se entiende por agente de seguros, la persona física o jurídica, que mediante un contrato de agencia con la entidad aseguradora (más la correspondiente inscripción en el Registro administrativo especial de Mediadores de seguros y Corredores de seguros), se compromete a realizar las actividades de mediación entre los tomadores/asegurados y las entidades aseguradoras o reaseguradoras autorizadas para ejercer dicha actividad⁹⁹.

2.1.1 Deber de naturaleza precontractual.

El deber de declaración del riesgo podría clasificarse como un deber de *naturaleza precontractual*, ya que como establece el artículo 10 de la LCS, debe llevarse a cabo antes de la conclusión del contrato. Es relevante poder matizar la clara diferenciación entre la declaración del riesgo del tomador-asegurado (tratándose de una declaración de ciencia), y la declaración de voluntad para concluir el contrato de seguro privado. Ambas declaraciones están relacionadas pero, en ningún caso cumplen los mismos efectos; siendo necesario distinguir perfectamente los que se derivan del incumplimiento del deber de declaración del riesgo, y los de los vicios posibles del consentimiento (acaecidos en virtud de la declaración de voluntad).

⁹⁸ Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Artículos 1, 2.1 y 9.

⁹⁹ Artículo 2.1 de la LMSRP: “Se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro”;

Tras la modificación en el año 1990, en el seno de la doctrina ¹⁰⁰ se generó una intensa e interesante discusión sobre el contenido del deber de declaración del riesgo. Por un lado, SÁNCHEZ CALERO, GARCÍA VILLAVERDE, VICENT CHULIÁ Y RUIZ MUÑOZ, defendían que frente a lo estipulado en el CCo, el asegurado debía ceñirse exclusivamente a responder el cuestionario facilitado por el asegurador o agente de seguros; por otro lado, el resto de la doctrina, defendía que la declaración del riesgo rezaba una interpretación en sentido amplio, recogiendo a su vez diferentes variantes: a. autores que consideran que en virtud de la máxima buena fe presente en los contratos de seguro, el asegurado-tomador debía responder el cuestionario y además poner en conocimiento del asegurador todas aquellas circunstancias que no se pregunten pero que puedan resultar condicionantes. En este orden, CAÑO ESCUDERO y CALBACHO; RODRÍGUEZ y BARRIOLA, coincidían al considerar que el futuro contratante debía poner de manifiesto todo lo que resulte relevante para la determinación del riesgo asegurado; b. En otra posición convergían los autores que encontraban más adecuada la posición de lo contenido en el CCo; por lo tanto poseían una concepción muy amplia del deber de declaración del riesgo que nada tenía que ver con lo contenido en el cuestionario de salud (manifestación de ello son URÍA, GARRIGUES, y BROSETA). Éstos reforzaban su argumentación atribuyendo la necesidad de una ponderación en supuestos litigiosos, no pudiendo invocar las aseguradoras error o reticencia cuando la culpa residiera en ellas; circunstancia que BROSETA sostenía que se produciría cuando el asegurado respondiera de forma exacta y completa el cuestionario; sin embargo, según GARRIGUES, cuando se tratara de circunstancias que no aparecieran en el cuestionario o que apareciendo fueran dejadas en blanco por el tomador; y c. Tirado Suárez resaltaba la novedad (tras la modificación) de la inclusión del cuestionario en el artículo 10 de la LCS, advirtiendo que a pesar de tratarse una prueba documental de las circunstancias que deba tener en cuenta el asegurador, se manifiesta contrario a que la extensión del ámbito subjetivo se extienda a los seguros de transporte, crédito y caución, así como los seguros de personas.

En estrecha relación con lo mencionado anteriormente, tras la reforma de 1990 el criterio aceptado por la jurisprudencia restringe el deber de tomador a responder (en exclusividad) lo contenido en el cuestionario suministrado por el asegurador. Limitación

¹⁰⁰ LASARTE, C. (DIR.)/ CAPILLA RONCERO, F./ CASADO OLLERO, G./ MONTOYA MELGAR, A./ MORENO CATENA, V./ PAREJO ALFONSO, L./ TORNOS MAS, J., *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 10/15.

que obra coherentemente con el principio de máxima buena fe, pues se exige que el asegurador redacte el cuestionario de la manera más clara posible para poder así recabar las circunstancias más relevantes en la valoración del riesgo. En palabras de MARCO ARCALÁ¹⁰¹: “*La configuración del deber de declaración como un deber no meramente espontáneo de la contraparte asegurada, sino de una carga en cuya llevanza se ha de ver apoyada por la colaboración de la entidad aseguradora. Es lo que se ha venido a denominar deber de contestación o de respuesta a la solicitud de la entidad aseguradora para que se le suministre cuanta información resulte posible de cara a la adecuada evaluación del riesgo (...). De esta suerte, puede decirse que la atribución al tomador de un deber de respuesta equivale a hacer gravitar sobre el asegurador un previo deber de pregunta*”. La Sentencia del TS de 9 de julio de 1994¹⁰² estableció que el actual artículo 10 de la LCS “*atenúa y hace más flexible el contrato [...] en beneficio de los tomadores del contrato*”¹⁰³.

2.1.2 Infracción del deber de declaración del riesgo. Consecuencias jurídicas.

Se entenderá la infracción del deber de declaración, como un hecho *puramente objetivo*, cuando el riesgo descrito por el tomador y el que se ha tenido en cuenta para concluir el contrato presente una *discordancia relevante*. Se tratará, por tanto, de proceder al análisis global de las respuestas dadas en el cuestionario por el tomador del seguro, para que así el asegurador prudente pueda, aplicando la técnica aseguradora normal, confrontar una representación real del riesgo asegurable. No obstante, no se podrá hablar de infracción en el caso de que las preguntas del cuestionario se presenten de forma ambigua o equívocas, donde será el asegurador el que haya procedido a una redacción defectuosa (no constituirá incumplimiento cuando no exista cuestionario). De este modo, el deber de contestación al cuestionario impone la necesaria colaboración del asegurador, no solo en sede de una elaboración adecuada del mismo; sino en promover la solicitud de la información necesaria para poder proceder a la pertinente valoración del riesgo.

¹⁰¹ Vid. MARCO ARCALÁ, L, A, *Seguros de personas. Aspectos generales...*, op. cit., p. 299.

¹⁰² Sentencia del TS, de 9 de julio de 1994 (RJ 1994/6383).

¹⁰³ En las Sentencias del TS de 12 de noviembre de 1987 (RAJ 1987/8376) y 4 de abril de 1988 (RAJ 1988/2650) se recogía la posible continuidad del régimen establecido en el Código de Comercio; pero tras una Sentencia de 9 de julio de 1994, se especifica que será posible aplicar la jurisprudencia surgida en torno al artículo 381 del Código de Comercio, pero sólo en aquellos puntos que resulten coincidentes entre el régimen anterior y el contenido en el artículo 10 de la LCS.

Las consecuencias de la declaración inexacta o inveraz tenían reflejo en la redacción del Código de Comercio en el artículo 381. En el precepto se recogía que toda declaración de estas características produciría la nulidad de los contratos seguros. En el seno de la doctrina ello originó una división entre los autores que defendían esta solución y los que, por lo contrario, apuntaban a la anulabilidad de dichos contratos; no obstante, la jurisprudencia del TS nunca se pronunció decantándose por una solución u otra, así como tampoco, sobre la distinción entre anulabilidad y nulidad de los contratos. Ya en la LCS, en relación con el artículo 10, no podemos perder de vista que el deber de declaración del riesgo consiste, como ya adelantamos en una declaración de ciencia (sólo debe declarar lo que sabe), es decir, es posible que el futuro contratante ignore (de buena fe) el padecimiento o desarrollo de una enfermedad, por lo que en consecuencia para que exista infracción, es necesario que haya (al menos) cierta negligencia por parte de éste. De este modo el TS en una Sentencia del año 1989¹⁰⁴, no aprecia declaración inexacta o reticente en un supuesto en el que el asegurado desconocía el padecimiento de una enfermedad; en esta línea sostenía su argumentación: “(...) *pero nada consiente afirmar que al responder a las preguntas supiera o tuviera elementos para conocer, que las citadas enfermedades influían en la alteración de los riesgos asegurados*”.

Resulta llamativa la regulación del legislador en la LCS, ya que dota al asegurador de la facultad de resolver el contrato, para todos los supuestos sin entrar a conocer si hubo dolo o culpa grave (pudiendo resolver en el plazo de un mes desde que tuvo conocimiento de la inexactitud o reserva en la declaración. En el supuesto de que transcurra el mes y no se proceda a dicha solicitud, se producirá la caducidad de la facultad del asegurador). Con la nueva regulación, se deja atrás el extenso debate motivado por la doctrina, puesto que ya se habla de rescisión (y no de anulabilidad). Esto vendría a significar que el contrato ha sido validamente celebrado, pero produce efectos nocivos para una de las partes, mientras que la anulabilidad supondría la ineficacia del negocio jurídico a propósito de algún vicio del consentimiento. Como ya citamos en la interpretación del artículo 381 del CCo, se configuraba la anulabilidad de los contratos de seguro privado en el supuesto de haberse producido una declaración inexacta del asegurado-tomador, pero novedosamente para escapar del régimen de la anulabilidad de los contratos, y más pensando en la facultad del asegurador de resolver el contrato o deshacerlo, se decantaron por la rescisión ampliamente configurada en la

¹⁰⁴ Sentencia del TS, de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/ 5718)

LCS para dichos contratos. Así se abandona argumentaciones como las esgrimidas en 1987¹⁰⁵, mediante las que el Tribunal Supremo esbozaba que suponía un requisito suficiente para la rescisión contractual la inexactitud de la declaración aún con buena fe del asegurado, por estimar que opera dicha inexactitud, como factor objetivo de la ineficacia contractual, resultaba de forma inequívoca en la «la influencia de la estimación del riesgo». El Tribunal refería que dicha influencia (que quedaba acreditada), constituía un grave desequilibrio del «aleas» (causa determinante del contrato) derivando en una circunstancia obstativa de la celebración del mismo.

En el Anteproyecto de 1969 de la LCS en un principio, en el artículo 10, se habló de causa de anulación del contrato o también como «el derecho a impugnar el contrato»; contrariamente, en los artículos 14 y 38, se recoge la facultad de rescindirlos. En la redacción definitiva de la LCS se optó por la rescisión del contrato con ánimo alejar el debate de los vicios en el consentimiento. Dándole una cobertura amplia al concepto de rescisión, ya que significa más propiamente la de dejar sin efecto el contrato, extinción del mismo, o denuncia del contrato¹⁰⁶. La rescisión del contrato supondrá que el asegurador se vea liberado del pago de la prestación que correspondería al asegurado o en su caso al beneficiario. Respecto de las primas percibidas, los principios del pago anticipado y de la indivisibilidad de la prima, tienen como consecuencia que el asegurador se queda con las depositadas hasta el momento, salvo que hubiera mediado culpa grave o dolo por su parte, supuesto en el que tendría que restituirlas íntegramente. Esta solución puede parecer injusta ya que si el tomador hubiera procedido a su declaración de buena fe, parece lógico que tuviera derecho al reembolso de la prima. De ahí que los Tribunales entiendan que hay ciertas omisiones e inexactitudes que fácilmente puedan entenderse así por un experto en la materia en la calificación del riesgo pero no por un particular, por lo que se entiende que es deber del asegurador advertirlas. Haciendo una interpretación amplia de los supuestos de dolo o culpa grave del asegurador, no advertirlo puede considerarse como una negligencia grave (con la consiguiente devolución de las primas percibidas).

El artículo 10.3 tiene por objeto los supuestos en los que el siniestro sobreviene antes de que el asegurador proceda a rescindir el contrato. Se distingue el supuesto en el que el tomador del seguro haya completado su declaración pre contractual sin incurrir

¹⁰⁵ Sentencia del TS, 12 de noviembre de 1987 (RJ 1987/ 8376).

¹⁰⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., pp. 279- 308.

en dolo o culpa grave y, el caso contrario. Para ello la Ley prevé las siguientes soluciones: 1. en el supuesto de que el riesgo se produzca antes de la declaración del asegurador, y no haya mediado dolo o culpa grave en la declaración del riesgo, la LCS establece que la prestación se vea reducida proporcionalmente¹⁰⁷ a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Según algunos autores esta solución puede entenderse injusta para el asegurador en el caso de constatar la verdadera entidad del riesgo, ya que éste podía haber rechazado la conclusión de ese contrato. Se entiende que estos casos sería más equitativa la liberación del asegurador procediendo a la devolución de las primas ya percibidas; y 2. en los supuestos en los que el riesgo se produce con anterioridad a la declaración y haya mediado culpa grave o dolo, la LCS establece que el asegurador quedará exonerado del pago de la prestación. Comprende el caso de declaraciones que tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte, así como aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación al cuestionario. Para poder señalar la existencia de dolo o culpa grave será necesario proceder a su determinación en cada caso en concreto.

2.2 Especificidades del deber de declaración del riesgo en los seguros de asistencia sanitaria

2.2.1 El cuestionario de salud.

En el ámbito del seguro de asistencia sanitaria, el cuestionario al que nos hemos referido con carácter general en líneas precedentes, tiene relación directa con los *cuestionarios denominados en el lenguaje asegurador como de salud*¹⁰⁸. Presenta como características principales la brevedad y simplicidad para la adecuada comprensión del tomador; destaca que contiene como riesgos excluidos la asistencia sanitaria en casos de drogadicción o de SIDA¹⁰⁹. Las preguntas que el asegurador dirija al tomador del seguro serán las necesarias para delimitar el riesgo, y concretar los riesgos incluidos y los

¹⁰⁷ Criterio general aplicable a los Seguros contra daños y a los Seguros de personas (seguro de vida, accidentes y enfermedad). Más adelante observaremos cómo reviste su configuración en los seguros de asistencia sanitaria.

¹⁰⁸ Sentencia AP de Bilbao, de 30 de julio de 2010 (RJ 2010/419).

¹⁰⁹ *Vid.* Supra 1.6.

excluidos; el asegurador preguntará por el estado de salud de los asegurados, la existencia de enfermedades padecidas, las intervenciones quirúrgicas, la prescripción de algún medicamento así como la existencia de alguna embarazada en la unidad familiar. Más concretamente podrá conocer datos como su estado civil, domicilio, edad, etc. Así como también estudiará concienzudamente el estado físico del candidato, las enfermedades padecidas con anterioridad como: diabetes, hipertensión, reuma, ciática, lumbago, los tratamientos recibidos, las intervenciones quirúrgicas que se le haya practicado, y los accidentes sufridos. En dicho chequeo médico se pondrá especial atención a la vista y oídos del futuro contratante, ya que será un dato indiciario relacionado con el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco (factores de riesgo altamente probables para que sobrevenga el padecimiento de enfermedades como cáncer de pulmón, etc.) De este modo, algunas entidades aseguradoras, voluntariamente y como técnica para atraer potenciales «consumidores de seguros», proceden a efectuar un descuento en la prima a aquellos asegurados que no fumen.

Como reflejo de lo anteriormente descrito, hallamos un supuesto resuelto en la AP de Barcelona¹¹⁰ en el que se procede a la estimación de dolo en la declaración precontractual del solicitante del seguro. La cuestión gira en torno a que el *dominus negotii* concluye un contrato de duración temporal de configuración específica para aquellos sujetos que reunieran la característica de «ser no fumadores»; sin embargo, el demandado siendo fumador habitual desde temprana edad y tras haberle diagnosticado un cáncer de pulmón, procede a contestar el cuestionario haciendo caso omiso a sus propias circunstancias. La AP estimó: en primer lugar, que dicho seguro exigía el requisito de no fumador con la finalidad de ofrecerlo por una prima inferior (dado que existe una predicción inferior de que éstas sufran enfermedades asociadas al tabaquismo); y en segundo lugar, cuando el sujeto procedía a la contestación del cuestionario omitió padecer cáncer en estado avanzado, lo que supuso para el Tribunal una conducta dolosa o revestida de culpa grave con significativa trascendencia. Circunstancia que debió ser puesta en conocimiento del asegurador o agente de seguros desde el momento de contestación al cuestionario.

¹¹⁰ Sentencia AP Barcelona, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002/210333).

2.2.2 *El reconocimiento médico.*

En los seguros de asistencia sanitaria es posible, como complemento del cuestionario a la hora de suscribir el seguro, efectuar un reconocimiento por parte del médico examinador (que puede ser dependiente o colaborador de la aseguradora). Su función engloba la determinación de una concordancia entre lo declarado por el solicitante y la realidad, ya que es posible que en muchas ocasiones ni siquiera el declarante conozca de las enfermedades que adolece. Consistirá en la realización de unas pruebas tales como: análisis de orina, sangre, radiografías, electrocardiogramas, etc. El coste de este acto médico corre a cargo del asegurado. Tras éste si se perfecciona el contrato de seguro, recaerá en el precio de la prima, condonándose en el caso de que el asegurador no esté dispuesto a concluirlo por razones médicas. Existe un requisito y es que el solicitante se someterá a las pruebas siempre que estas no supongan un peligro para su salud ni para su integridad física y moral; además, es interesante señalar, que en esta fase de delimitación del riesgo no es posible incluir la realización de pruebas genéticas.

2.2.3 *Especial trascendencia de la declaración de edad del tomador o asegurado.*

Como ya procedimos a delimitar, el tomador del seguro, debe responder exclusivamente a las preguntas que se hallen insertas en el cuestionario. En caso de reserva o reticencia o inexactitud en las respuestas es necesario precisar dos ideas: 1. la facultad general que posee el asegurador establecida en el artículo 10, de rescindir el contrato en casos de reserva e inexactitud, decae en el momento en el que ha transcurrido el plazo de indisputabilidad del contrato por razón del estado de salud del asegurado; y 2. Las condiciones generales de los seguros de asistencia sanitaria como hemos ido plasmando, reproducen las normas sobre declaración inexacta o reticencia en el deber de declaración del riesgo, contenidas en los artículos 10 a 13 de la LCS¹¹¹; si bien, en torno

¹¹¹ Cláusula 10.2: Pérdida de Derecho, Indisputabilidad del Contrato y Nulidad del mismo. *Condiciones generales ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL, S. A)*: El Asegurado pierde el derecho a la prestación garantizada: “ Si se hubiera practicado reconocimiento previo o se hubiera reconocido plenitud de derechos, la Póliza será indisputable en cuanto al estado de salud del Asegurado y la Entidad Aseguradora no podrá negar sus prestaciones alegando la existencia de enfermedades anteriores, a menos que de manera expresa y como consecuencia de dicho reconocimiento se haga alguna salvedad en las condiciones particulares de la Póliza, o el Asegurado, actuando con dolo o culpa grave, haya cumplimentado el cuestionario de salud con reservas o inexactitud. Si no se hubiere practicado reconocimiento médico ni se hubiese reconocido la plenitud de derechos, la Póliza será indisputable transcurrido un año desde la conclusión del contrato, salvo que el Tomador o el Asegurado haya actuado con dolo al suscribir el cuestionario de salud”.

a la inexactitud en la edad del asegurado en la declaración de las circunstancias valorativas del riesgo, se contemplan soluciones diferentes a las presentadas en el régimen general.

La edad en los de asistencia sanitaria (como en la generalidad de los seguros considerados de personas por el criterio del riesgo), ocupa un lugar determinante en la estimación y cálculo de la prima. Es tan destacada su importancia que lógicamente la posibilidad de que se produzca el siniestro (verificación de la enfermedad o lesión) en gran medida dependerá de ésta. Por lo que en este orden de cosas la edad resulta constituir un elemento principal para: a. valorar la cuantía de la prima que deberá satisfacer el asegurado; y b. dependerá intrínsecamente la predisposición a padecer determinadas enfermedades.

Si bien, el estudio de esta cuestión puede resultar absurdo o carente de interés, si tenemos en cuenta que en la práctica aseguradora, en el momento de solicitar el seguro, el tomador debe incluir fotocopia del DNI que contiene la fecha de nacimiento; pero aún dándose esta señal, se ha comprobado que es posible la inexactitud en la declaración de la edad, ya sea por error o por una conducta fraudulenta. Los supuestos que se tendrán en cuenta en este apartado serán aquellos que respondan a una edad superior a la declarada, o aquellos en los que suceda el fenómeno inverso, y es que la edad reflejada contractualmente supere la real. Es importante destacar que quedarán completamente excluidos aquellos casos en los que la inexactitud responde a cuestiones relacionadas con el estado de salud del asegurado, o en los casos en los que la declaración tenga escasa importancia tarifaria y no tenga una especial consecuencia en la determinación del precio del contrato de seguro.

Ya hemos adelantado que para los seguros de asistencia sanitaria lo concerniente es que en el caso de declaración inexacta resulte de aplicación los artículos 10 a 13 de LCS; sin embargo, para el supuesto de que la declaración inexacta ahonde en la edad del asegurado la solución es de carácter especial. Dependiendo del supuesto se apuntarán tres soluciones diferentes:

1. si la prima que ha venido abonando el asegurado resultara insuficiente en relación con la que hubiere debido pagar: el asegurador podrá solicitar el abono de la diferencia en virtud de la verdadera edad. Esta solución dependerá del tipo de póliza ante la que nos hallemos, ya que no será extraño encontrar otras en las que la solución adoptada consiste en una minoración proporcional de las prestaciones del asegurador.

2. si por lo contrario, las primas satisfechas supusieran un exceso en virtud de haberse conocido la verdadera edad, el asegurador se encuentra obligado a restituir la diferencia, sin tener en cuenta los intereses percibidos¹¹².
3. si la verdadera edad del asegurado sobrepasara los límites permitidos por el asegurador, éste último estará en todo su derecho de impugnar el contrato¹¹³.

En relación con esta última solución resulta llamativo el empleo del término «impugnar». Esto es así porque las pólizas de asistencia sanitaria habitualmente suelen hacer referencia al derecho de rescisión reproduciendo el artículo 10.2 de la LCS; en cambio, para el supuesto de declaraciones inexactas de edad incluidas en éstas, todas coinciden en emplear una terminología propia de los seguros de vida¹¹⁴ cuya regulación tiene reflejo en el artículo 90.1. Para conocer el alcance de ambos derechos, es necesario realizar una interpretación de la LCS. En este orden, adquieren todo su sentido cuando entendemos que el artículo 10 y el 90.1 de la LCS poseen en cierto modo la misma finalidad. Así, en el primero, la regulación del derecho de rescisión, se identifica como la facultad que ostenta el asegurador para poner fin a la relación contractual existente sin necesidad de autorización judicial (basta con la declaración dirigida al tomador del seguro); y en el segundo, se prevé en los mismos términos interpretativos, la impugnación del contrato como el acto unilateral en aquellos supuestos en los que se exceda de los límites establecidos por el asegurador.

2.2.4 La discusión de la inclusión de cuestiones relacionadas con el VIH o SIDA en el cuestionario.

Otro aspecto debatido en relación con el deber de declaración del riesgo, tiene relación con el SIDA o VIH. La procedencia de su inclusión o no en el cuestionario de salud ha generado un extenso debate. En otras palabras, la cuestión gira en torno a si debe contenerse en el cuestionario de salud preguntas relativas a la enfermedad pudiendo éstas menoscabar el derecho a la intimidad del solicitante. Lo destacable es que esta discusión ha tenido una mayor repercusión en el ámbito de los seguros de vida que en

¹¹² Las soluciones números 1 y 2 poseen un carácter especial en relación con lo previsto en los artículos generales 10 a 12. El objetivo de esta regla especial no es otro que el de la conservación del contrato de seguro, limitando la facultad de rescisión o denuncia unilateral del asegurador.

¹¹³ Cláusula 6. 2 y 6.7: Bases del contrato. *Condiciones generales de MAPFRE (MAPFRE CAJA SALUD, S. A. de Seguros y Reaseguros)*.

¹¹⁴ Más avanzado el punto nos atreveremos a dar conclusiones del por qué de esa aparente relación terminológica.

los de asistencia sanitaria. Es precisamente la *razón de la salud*, o el riesgo asegurable, lo que permite, desde una concepción tradicional, establecer la pertinente conexión. De este modo, al someter al futuro contratante, al cuestionario de salud es de trascendente necesidad conocer hasta dónde puede conocer un asegurador para posteriormente cumplir de forma satisfactoria con sus obligaciones. En este orden, una Sentencia de 5 de febrero de 1998, del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, declaró conforme a Derecho, la pregunta sobre el SIDA, rechazando así la demanda presentada por la Asociación Ciudadana Antisida de Guipúzcoa aunque sin embargo; y de forma indirecta, reconoció que en relación con el artículo 7.4 de la Ley Orgánica de 5 mayo de 1982 suponía una clara intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familiar por parte de la actividad profesional. Este debate, iniciado hace unas décadas propicia un delicado tratamiento (como observamos entran en juego Derechos Fundamentales) y nos inclinamos a admitir que la problemática, no reside en el riesgo que suponga para el asegurador, sino más bien en la custodia de la información del asegurado, mediante el secreto profesional de los resultados de los cuestionarios de salud, pruebas sanguíneas, informes médicos, etc.

Superado lo dispuesto en la década de los ochenta, la línea que se sigue en la actualidad responde a la de suprimir las preguntas relativas a los grupos sanguíneos de riesgo, o las relacionadas con la enfermedad en sí, destacando que la existencia de anticuerpos del SIDA no suponen *per se* el padecimiento de la enfermedad. Así esta conclusión tiene reflejo en las Sentencias¹¹⁵ que reflejan la problemática que suscita la estimación del riesgo, en aquellos supuestos que presenta con la enfermedad. La segunda destaca especialmente por la discusión que se plantea sobre si la existencia de anticuerpos debe ser considerado enfermedad (y por ende permanecer excluida del riesgo): 1. en el primer supuesto la AP, estimó la falta de buena fe del asegurado, al estar recibiendo un tratamiento destinado a enfermos de SIDA, a la vez que suscribía una póliza contractual firmando y garantizando su perfecto estado de salud (sin enfermedad ni limitación física). La AP argumentó que “(...)el asegurado declaró encontrarse en buen estado de salud, sin enfermedad alguna, lo cierto era que estaba siendo tratado con AZT, recomendado a quien sufre el SIDA, situación y enfermedad de la que era conocedor, según los informes médicos obrantes en autos(...)”, así de acuerdo con el

¹¹⁵ El TS llama «irregularidad originaria», faltando el asegurado al deber de buena fe, en sentido objetivo, que le es exigible, y libera por tanto al asegurador del pago de la prestación (Sentencia del TS, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/ 10863); Sentencia de la AP Guipúzcoa de 25 de septiembre de 1996 (AC 1997/507).

deber impuesto en el artículo 10, la Audiencia estimó que de la ocultación consciente de la enfermedad que padecía el asegurado se reconocía una irregularidad originaria en el cumplimiento del deber de declaración del riesgo, faltando al deber de la buena fe, que le es exigible, y liberando por tato al asegurador del cumplimiento de su obligación. 2. en este caso la futura contratante del seguro era portadora de anticuerpos de la enfermedad SIDA. En fase pre-contractual ésta no es sometida a preguntas relacionadas con el padecimiento de la enfermedad, por lo que sujeta a las exigencias del artículo 10 de la LCS, la tomadora del seguro se ve liberada del deber de declarar aquello que no se encuentre inserto en el cuestionario de salud; y como ya anunciábamos, la Sentencia cobra notable importancia en materia aseguradora porque el Tribunal, en el análisis de la actuación de la asegurada, estima que: “ (...) *la tomadora habría actuado dolosamente si a la pregunta de si era portadora del mencionado virus hubiese contestado negativamente o hubiera dejado la correspondiente casilla en blanco, pero al no existir casilla que contuviese tal pregunta en el cuestionario que se vio obligada a rellenar, no puede exigírsele la declaración de su condición de portadora del virus de inmunodeficiencia adquirida*”. Además, la Audiencia ofrece la clave interpretativa para la elaboración argumentativa de los casos posteriores; sosteniendo, en este sentido, que la fallecida era portadora de los anticuerpos del virus en el momento de suscribir la póliza, pero que dicha situación por sí sola, no era constitutiva de enfermedad grave, ni afectaba a su estado de salud, que en aquellas fechas podía considerarse bueno, no existiendo prueba en contrario. Prueba que, en virtud del principio recogido en el artículo 1.214 del CC, incumbiría a la entidad aseguradora. En conclusión, la Sala matizó su decisión con el fin de que esta no constituyera un precedente para aceptar sin condición a todos los futuros contratantes portadores del Virus, contemplando en su resolución que dichas circunstancias, de conocerse al incluirse en el debido formulario, sí debían tenerse en consideración para la correcta valoración del riesgo; sin embargo, de no haberse incluido, puede derivar en dos supuestos: a. que no se haya incluido la pregunta referida al asunto en el cuestionario conllevando la correlativa falta de diligencia del asegurador en el desempeño de su ocupación (sin consecuencias para el asegurado); b. que de incluirse en el cuestionario, el asegurado omita o declare de forma inexacta las circunstancias que le acontecen (con la consiguiente aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la LCS).

2.2.5 *El deber de confidencialidad y la custodia de datos del estado de salud del solicitante.*

Tomando en consideración lo anterior resulta pertinente ahondar en lo fundamental que es el deber de confidencialidad (independientemente de que finalmente se concluya el contrato o no). Este tiene su origen en el deber de mantener el secreto médico¹¹⁶, de tal forma que sólo el solicitante tiene derecho a poder consultar las pruebas y los resultados de las mismas. La justificación de mantener los datos de carácter personal protegidos se constituye en aras de la protección más beneficiosa para el enfermo¹¹⁷. Resulta de especial trascendencia que el incumplimiento de este deber generará responsabilidad tanto para el asegurador como para los sujetos a las que pueda imputársele la conducta, especialmente a los médicos en su intervención directa o indirecta en el acto de revelación. El asegurado puede autorizar la revelación de datos, mediante una declaración expresa de su consentimiento. De este modo, y con una especial relación, se regula la custodia de los datos de los asegurados en soportes informáticos¹¹⁸. Mediante éstos también se garantiza la protección de la información referida a los sujetos contratantes, de manera que la base de datos debe permanecer, dependiendo de la duración del contrato, custodiada y sólo operativa para su gestión. En el supuesto de no llegar a concluir el contrato, sólo se deberá custodiar el documento en el que se refleje la no satisfactoria conclusión de ese negocio jurídico. En definitiva, el cumplimiento del deber del secreto profesional, por parte del asegurador, consistirá en la adopción de las medidas necesarias para, con la cautela exigible, no causar un perjuicio en el derecho a la intimidad de los asegurados.

¹¹⁶ En el artículo 20.1 de la Constitución española de 1978 se recoge, reconoce y protege, el derecho al secreto profesional.

¹¹⁷ Artículo 27 del Código de Deontología Médica español de julio de 2011, se dispone que: “*El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica*”. De este modo, el secreto profesional comporta la base fundamental de la relación de confianza entre médico-paciente proyectado en todos los ámbitos en los que se deba procesar información relativa de carácter íntimo.

¹¹⁸ En cuanto a la protección de los datos y de la información relativa a los sujetos que sean pacientes, asegurados, beneficiarios, etc. la Constitución en su artículo 18.4 garantiza la limitación de la informática para tutelar y salvaguardar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. En la línea del cumplimiento del Derecho Comunitario, se reguló mediante la primera Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, donde se protegía con especial consideración los datos de carácter relativos a la salud y a la vida sexual de los pacientes, asegurados, etc. Tras su modificación en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se contempla que para el tratamiento de datos de ésta índole se requiere el consentimiento del interesado expreso y por escrito.

2.3 La cuestionada inclusión de las cláusulas de indisputabilidad en las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria.

Es esperable que a cualquier profesional de la materia le resulte *a priori* dudosa su existencia en los seguros de asistencia sanitaria; sin embargo, a la vista del estudio minucioso de las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria, es contrastable la inclusión y existencia de las mismas en su contenido¹¹⁹; provocando que resulte necesario una justificación y el estudio de las cláusulas de indisputabilidad en este punto. Partiendo de esta circunstancia, observamos que la regulación de las mismas tiene lugar en los artículos 89 y 90 relativos al seguro de vida; preceptos que no son de aplicación al seguro de asistencia sanitaria, cuyo régimen responde al general establecido en los artículos 10 a 13, así como a las condiciones generales que les sea de aplicación. A la vista de la LCS los artículos 83 a 99 son disposiciones creadas exclusivamente para los seguros de vida, y solamente tendrán aplicación para el resto de seguros, en los casos expresamente previstos (de esta forma los artículos 83 a 87.1 de la LCS son aplicables al seguro de accidentes, al seguro de enfermedad y al seguro de asistencia sanitaria con sus excepciones y matizaciones¹²⁰). A raíz de esto nada nos llevaría a concluir la posible existencia de las cláusulas de indisputabilidad del contrato en los seguros de asistencia sanitaria, ya que como razonamiento lógico no puede aplicarse unas disposiciones que no están creadas para ello. Así el razonamiento que encajaría de forma óptima¹²¹ para gestar una suficiente explicación, sea el de considerar que la inclusión de estas cláusulas en las condiciones generales de las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria, tenga *como razón la salud del asegurado*. De este modo se retoma el debate que recogíamos en las primeras líneas de este trabajo, sobre la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria. Reafirmando, en virtud de la

¹¹⁹ Pólizas de Seguros de Asistencia Sanitaria con Cláusulas de Indisputabilidad: Cláusula 10.3: Pérdida de Derechos, Rescisión e Indisputabilidad del contrato. *Condiciones generales de IPRESA (IGUALATORIO DE PREVISIÓN SANITARIA, S. A.)*; Cláusula 14.3: Pérdida de Derechos, Rescisión e Indisputabilidad del contrato. *Condiciones generales de IMQ (IGUALATORIO MÉDICO QUIRÚRGICO, S. A de Seguros y Reaseguros)*; Cláusula 10.2: Pérdida de Derechos, Indisputabilidad del contrato y Nulidad del mismo. *Condiciones generales de ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL de Seguros, S. A. U)*; Cláusula 10: Pérdida de Derechos, Rescisión e Indisputabilidad del contrato. *Condiciones generales de MAPFRE (MAPFRE CAJA SALUD, S. A de Seguros y Reaseguros)*; Cláusula 8.4: Bases, Pérdida de Derechos, Rescisión e Indisputabilidad del contrato. *Condiciones Generales de HM (HERMANDAD MADRILEÑA, S. A)*.

¹²⁰ *Vid. Supra* 1.4.

¹²¹ Razonamiento que también debe aplicarse a lo que explicamos anteriormente sobre la declaración reticente o inexacta sobre la edad del asegurado.

Teoría legalmente aceptada, la noción de seguro de personas en relación con el riesgo, que ve su indubitada plasmación en el contexto de las cláusulas de incontestabilidad; siendo plausible la existencia de las mismas dada la noción de riesgo que resulta asegurado.

En su definición, suponen que el asegurador, transcurrido un plazo (que suele oscilar entre uno o dos años) no podrá hacer uso de su derecho a rescindir el contrato bajo la causa de inexactitud o reserva en la respuesta del cuestionario sobre su estado de salud. El plazo de indisputabilidad generalmente comienza desde el momento de perfeccionamiento del contrato, aunque en los seguros de asistencia sanitaria el cómputo del plazo de indisputabilidad, puede suprimirse si el asegurado se ha sometido a un examen o prueba de valoración médica (en el momento de conclusión del contrato). De este modo, son las propias entidades aseguradoras las que proceden a su definición y delimitación. Así la definían para los seguros de vida como¹²²: *“Circunstancia que con carácter específico se manifiesta en las pólizas de seguro de vida, en virtud de la cual no pueden perjudicar al asegurado las omisiones o reticencias que, sin mala fe, haya tenido al efectuar la declaración de seguro en base a la cual se ha emitido y formalizado la póliza. Normalmente, en todas las modalidades de seguro, las omisiones del asegurado en la declaración de riesgo a la aseguradora (aun la omisión de buena fe) pueden perjudicarle si, al producirse el siniestro, se demuestra que el riesgo no coincidía con el previamente manifestado por el contratante, y en su virtud la aseguradora podrá rehusar la liquidación de la indemnización, alegando esa falsedad; sin embargo, esta situación no perjudica al asegurado por póliza de vida, salvo si se demuestra que el propio asegurado conocía la circunstancia que conscientemente dejó de declarar”*.

El origen de las cláusulas de indisputabilidad o incontestabilidad se circunscribe a los seguros de vida de la práctica aseguradora anglosajona¹²³. La finalidad era dotar de la protección necesaria a aquellos tomadores que efectuaban una declaración inexacta o errónea; en los supuestos en los que el solicitante paralelamente a la conclusión de un contrato de seguro estaba desarrollando una enfermedad produciéndose al poco de ello su fallecimiento. La protección tuvo su justificación en el no conocimiento de buena fe, del padecimiento o el desarrollo de enfermedades que requieren estudios específicos, no

¹²² <http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?i/indisputabilidad.htm>. Diccionario MAPFRE Caja Salud, S. A de Seguros y Reaseguros.

¹²³ En opinión de TIRADO SUÁREZ, F, J, *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO)..., *op. cit.*, p. 2406.

siendo detectables en pruebas de carácter ordinario, y que en ocasiones resultan ser procedimientos altamente costosos. Aunque su origen se circunscriba concretamente a la praxis anglosajona, el recurso a la utilización de estas cláusulas en otro tipo de seguros, ha denotado una alta aceptación en otros Ordenamientos Jurídicos. Ello se encuentra motivado por la sustitución de las acciones clásicas de nulidad o rescisión del contrato, contenidas en la LCS en el artículo 10 (acortando los plazos de prescripción y potenciando una mayor seguridad al «consumidor de seguros»). Si bien, en el caso de que el *dominus negotii* proceda a una declaración del riesgo dolosa, la cláusula de indisputabilidad resulta inaplicable; el Alto Tribunal define el dolo como: la voluntad proveniente del *dominus negotii* de ocultar información que pueda considerarse relevante o el falseamiento de respuestas a conciencia para obtener beneficios en el cálculo y estimación de la prima. El asegurador que de haber conocido esos datos e información de forma cierta hubiese procedido a tratar con otra perspectiva en el contrato de seguro. El TS en Sentencia de 4 de noviembre de 1947 ya se manifestaba en este contexto jurídico: *«la mera declaración inexacta del asegurado, aun de buena fe, con influjo en la estimación de los riesgos, exigidos por prescripción terminante de dicho precepto la nulidad del contrato»*” además en la Sentencia de 25 abril 1949¹²⁴, añadía que: *“el objeto del seguro es el riesgo, y por tanto debe aquilatarse su eventualidad por las manifestaciones claras y exactas del contratante, de tal manera que cuando, aun sin obrar con dolo específico, el asegurado omite u oculta hechos que han de influir en dicha eventualidad del riesgo, no puede exigir que la Compañía aseguradora haga frente a sus obligaciones, porque, como queda manifestado, el contrato es nulo radicalmente «ab initio»”*.

Para la jurisprudencia y Doctrina supuso un extenso debate cuál debía ser el plazo de indisputabilidad. Finalmente fue acuñado el de trescientos sesenta y cinco días conforme al artículo 60 del CCo¹²⁵ (el plazo de un año resulta perfectamente compatible con el plazo recogido en el artículo 10 de la LCS, para el supuesto de reserva o inexactitud de la declaración del riesgo, ya que ambos plazos se computan desde momentos distintos). Dado que, como ya hemos nombrado a lo largo del estudio, el contrato de seguro también se ve sujeto a las previsiones de protección a los consumidores y usuarios, se previó la posibilidad de acotar el plazo de las cláusulas de

¹²⁴ Sentencia del TS, de 4 de noviembre de 1947 (RJ 1947/1212) y Sentencia del TS, de 25 de abril de 1949.

¹²⁵ La Sentencia del TS, del 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8831), fijaba que el plazo debía a computarse desde el momento en el que el asegurador tuviera conocimiento del verdadero riesgo cubierto.

indisputabilidad. De este modo es posible pactar entre las partes, en las condiciones particulares, un plazo inferior al recogido en las condiciones generales (de aplicación para todos los asegurados), dicho acuerdo encuentra fundamento jurídico en el artículo 2 de la LCS (y viene a establecer que se entenderán válidas aquellas cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado); sin embargo, en la LCS está contemplado la ampliación del plazo legal, como nula de pleno derecho (independientemente de la justificación que posea).

2.4 El periodo de carencia en los seguros de asistencia sanitaria.

Del estudio minucioso de las pólizas de asistencia sanitaria extraemos que junto a las garantías cubiertas, es muy habitual la existencia de unas cifras relativas a los periodos de carencia. Por definición es el periodo de tiempo contado a partir de la fecha de efecto del seguro, durante el cual no entra en vigor la cobertura de alguna de las garantías¹²⁶. En otras palabras, será el periodo en el cual el asegurador se verá desprovisto del cumplimiento de alguna de las prestaciones incluidas en el contrato de seguro de asistencia sanitaria. El plazo de carencia es de meses completos dependiendo de la prestación a la que se refiera y para cada uno de los asegurados; sin embargo, cada uno de los plazos se computará desde la «fecha de efecto» que será recogida en las condiciones particulares de la póliza suscrita por el correspondiente tomador del seguro. En este orden de cosas, también hemos podido concluir que dentro de una misma póliza se establecen distintos periodos de carencia para cada tipo de enfermedad, así como una variación de los periodos (para una misma enfermedad) entre las diversas pólizas ofertadas por las diferentes aseguradoras: de este modo, por ejemplo, encontramos pólizas en las que se establecen diferentes periodos pudiendo ir de 6 a 18 meses de carencia dependiendo del tipo de garantía para la que se disponga¹²⁷, o por lo contrario, otras que determinan un único periodo de carencia para las garantías que así consideren

¹²⁶ Definiciones: Carencia. *Condiciones generales* MAPFRE (*MAPFRE CAJA SALUD*, S. A de Seguros y Reaseguros).

¹²⁷ Póliza IQM (*IGUALATORIO MÉDICO QUIRÚRGICO*, S. A. de Seguros y Reaseguros) establece un abanico amplio de plazos de carencia, concretamente: 1. Radiología, mamografía, ecografías, densitometría ósea (6 meses); 2. Diagnóstico de infertilidad y esterilidad (6 meses); 3. Ligadura de trompas y vasectomía (8 meses); 3. Trasplante de córnea (18 meses); 4. Tratamientos relacionados con la Psiquiatría (8 meses); 5. Litotricias (12 meses); 6. Cirugía robótica a través de técnica Da Vinci (8 meses); 7. Toda modalidad de hospitalización (8 meses).

(generalmente de 6 meses)¹²⁸. Además, algunas pólizas permiten que los plazos se eliminen o se reduzcan por voluntad de los contratantes; sin embargo, no serían aplicables para aquellos supuestos de urgencia vital.

El fundamento de la existencia de los plazos de carencia en el seguro de asistencia sanitaria resulta plausible en virtud del artículo 8.8 de la LCS, mediante el cual se permite postergar los efectos del seguro a un momento posterior al de su perfección. Es por ello que la doctrina diferencia perfectamente entre la duración formal del contrato y la duración substancial. La primera es aquella que se inicia en el momento en el que se perfecciona el contrato mientras que, la substancial tiene como inicio el momento en el que se producen determinados efectos del contrato (pago de primas, firma de la póliza, periodo de carencias, etc.).

2.5 La comunicación de la agravación del riesgo.

El deber de comunicación de agravación del riesgo tiene regulación en los preceptos 11 y 12 de la LCS. El primero de ellos recoge todo lo relativo al deber mientras que el segundo establece las consecuencias de su incumplimiento. Al igual que lo que ya registrábamos para la declaración del riesgo, estamos ante un deber en sentido técnico, no tratándose en ningún caso de una obligación. El fundamento reside en el hecho de que la agravación de las circunstancias supone un desequilibrio entre las partes contratantes¹²⁹. El legislador se refirió a tres requisitos relativos a las circunstancias que constituyeran una agravante del riesgo asegurado: 1. debe existir plena concordancia con el artículo 10 siendo estrictamente necesario que los hechos novedosos hayan sido previamente incluidos en el cuestionario de salud. SÁNCHEZ CALERO discrepa apuntando que no todas las circunstancias, por el hecho de aparecer en el cuestionario de salud, tienen que ser consideradas relevantes. Destacando que a pesar de lo anterior, igualmente es necesaria la advertencia al asegurador de los hechos que hayan motivado cambios; 2. las circunstancias deben comprenderse como novedosas entendiendo que no debían conocerse previamente por ninguno de los sujetos integrantes en el contrato de asistencia sanitaria (ej. la aparición de una enfermedad de forma sobrevenida); y 3.

¹²⁸ Póliza ASISA (*ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL* de Seguros, S. A. U) establece para las coberturas de: cirugía ambulatoria; planificación familiar y tratamientos de psicoterapia, existirá un periodo de carencia de 6 meses.

¹²⁹ En este sentido así lo recoge, *Vid.* LASARTE, C. (Dir.), *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro...*, *op. cit.*, p. 20.

además del requisito de novedad se exige que sean relevantes. La noción de relevante ha generado un cierto debate, pero afortunadamente ha hallado solución en la interpretación de lo contenido en el propio artículo, así que las circunstancias que deban revestir dicha consideración se corresponden con aquellas que «sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste (se entiende que por el asegurador) en el momento de perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas»; a tenor de lo anterior, por un lado, parece claro que resulta innecesario la comunicación de los acontecimientos que no incrementen la posibilidad de producción del siniestro, y por otro, tampoco la de aquellos hechos que resulten efímeros o que se deriven de causas estrictamente naturales¹³⁰.

La LCS prescribe dicho deber tanto para el tomador del seguro como para el asegurado, promoviendo que la declaración que efectúe uno sea liberatoria para el otro; sin embargo, en la LCS se establece una excepción relacionada con los supuestos en los que las circunstancias de agravación sean notorias o cuando éstas sean conocidas por el asegurador. De este modo, también puede concluirse que no debe ser exigible realizar dicha comunicación en los supuestos en los que en virtud de la diligencia profesional del asegurador, éste deba conocerlos. El artículo 11 no deja constancia de plazo alguno para proceder a efectuar la correspondiente declaración, si bien al hilo de éste sólo podemos entender que el asegurado debe comunicarlo «tan pronto como le sea posible».

Los efectos del cumplimiento del deber de comunicar la agravación del riesgo, tienen lugar cuando el asegurador tenga noticias de las circunstancias modificativas del mismo. El asegurador a través del artículo 12 es conferido de dos facultades posibles: 1. rescindir el contrato en el plazo de un mes (fecha de caducidad) desde el conocimiento de las circunstancias agravantes; ejercitada esta posibilidad se extingue inmediatamente el contrato de seguro de asistencia sanitaria¹³¹. A partir de esta solución, se origina una discusión relacionada con la situación indefinida de las primas no consumidas, así por un lado, el legislador es práctico y entiende que en aquellos supuestos en los que el asegurado no cumplió con el deber de comunicación es lógica la no devolución de las cantidades no satisfechas (constituirían a modo de indemnización por daños y perjuicios

¹³⁰ Las circunstancias modificativas que tengan origen en causas naturales no tanto están pensadas para los hechos que se acontezcan en el seno de los seguros de asistencia sanitaria, sino que más bien encuentran su aplicación directa en los seguros contra los daños en el patrimonio (ej. modificación de forma natural de un bien u objeto asegurado).

¹³¹ Cabrá para el caso de ejercitar la facultad de rescisión del contrato el pacto que contemple la continuidad del contrato hasta finalizar el periodo en curso. *Vid.* LASARTE, C. (Dir.), *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro...*, op. cit., p. 24.

aplicando analógicamente el artículo 10.2 de la LCS), y por otro lado, la solución varía notablemente en los casos en los que la modificación de las circunstancias se originan por causas completamente ajenas al asegurado; y 2. solicitar la modificación del contrato de seguro, para ello dispone de un plazo de caducidad de dos meses (de no proceder a la correspondiente modificación su facultad se verá extinguida lo que le llevará a asumir directamente la agravación del riesgo que deberá ser calificado de relevante). De este modo, el asegurador debe dirigirse al asegurado con la denominada propuesta de modificación de contrato de seguro; si después de ello el asegurado acepta se da por concluida la cuestión, si por lo contrario mantiene silencio se confiere al asegurador la posibilidad de rescindir el contrato previo aviso al asegurado.

Si del deber de comunicación de agravación del riesgo pudiera contemplarse el incumplimiento del mismo, la LCS establece las siguientes soluciones (idénticas a las recogidas para el artículo 10): a. en caso de que el asegurado actuara de mala fe, el asegurador podrá verse liberado del cumplimiento de la prestación; y b. fuera de este supuesto será necesaria la aplicación de una regla de equidad (reducción de la prestación proporcionalmente entre la prima convenida y la que se hubiera estipulado de conocer las verdaderas dimensiones del riesgo).

Sobre la regla proporcional establecida en los artículos 10 y 12 de la LCS (debido a su especial configuración en los seguros de asistencia sanitaria), nos gustaría hacer dos precisiones relevantes: 1º) como ya sabemos la prestación del asegurador en los seguros de asistencia consiste en la realización de unos servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios. La incertidumbre tiene lugar en cómo aplicar a los seguros de asistencia sanitaria, una regla que *a priori* se encuentra configurada para aquellos cuya obligación del asegurador suponga el pago p.e. de una suma de dinero. En otras palabras, cómo debe encajar en los seguros de asistencia sanitaria esta regla que tiene una indubitada aplicabilidad en los seguros de daños contra el patrimonio y los seguros de personas (seguro de vida, accidentes y enfermedad); y que sin embargo, en los seguros que nos compete su estudio será de difícil aplicación por el hecho de que la prestación del asegurador difícilmente puede verse reducida. Sería imposible reducir la vigilancia de un tratamiento o acortar la duración de una operación, en este sentido del estudio de las pólizas de asistencia sanitaria deducimos que la reproducción de los artículos 10, 11 y 12, resulta parcial no siendo aplicable -al menos en este sentido- la

regla de proporcionalidad¹³²; y 2º) si nos encontramos ante un seguro de asistencia sanitaria con modalidad de reembolso de determinados gastos (como prestación pactada con el asegurador) ahí sí podemos incluir la reducción del importe de la indemnización en la misma proporción que la cantidad que el asegurado ha dejado de pagar en la respectiva prima (que debiera haberse estipulado de conocer la entidad real del riesgo asegurado).

En el seguro de asistencia sanitaria, la finalidad de la regla proporcional es evitar el enriquecimiento injusto por parte del asegurado¹³³. Además esta trae como consecuencias específicas: a. si el asegurador tiene conocimiento de la inexactitud o reserva en la declaración del riesgo debe proceder a modificar el contrato o a rescindirlo como bien recogíamos en líneas precedentes; b. en el supuesto de que tenga noticias de ello con posterioridad al acaecimiento del siniestro, el asegurador deberá cumplir íntegramente con la obligación que le corresponde (ello tiene su justificación en que el asegurador tuvo la posibilidad de hacer uso de su facultad de rescindir el contrato o modificarlo antes de que acaeciera el siniestro). Ahora bien, según el jurista MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA¹³⁴, reducir la prestación haciendo uso de la regla proporcional resulta imposible antes del cumplimiento de la prestación; sin embargo, la regla de equivalencia podrá ser aplicada con posterioridad, tal y como tiene lugar en el seguro de responsabilidad civil. En esta línea entiende que para que sea plausible el justo equilibrio en las prestaciones, recomienda al asegurador exigir el reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria realizada; es decir, que el único modo de reducir la proporcionalmente la prestación del asegurador es haciendo uso del derecho de repetición contenido en el artículo 76, relativo al seguro de responsabilidad civil (en todo caso señala que ello debiera estar reflejado en la póliza contractual en las condiciones generales de la contratación como única vía para reducir proporcionalmente la prestación del asegurador).

¹³² De este modo, Cláusula 6º: Bases del contrato. *Condiciones generales de MAPFRE (MAPFRE CAJA SALUD, S. A de Seguros y Reaseguros)*; Cláusula 7º: Obligaciones y deberes del Tomador y/o Asegurado. *Condiciones generales de ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL de Seguros, S. A. U)*; Cláusula 8.2.2: Pérdida de Derechos. *Condiciones generales de HM (HERMANDAD MADRILEÑA, S. A de Seguros)*.

¹³³ *Vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁴ *Ibidem*. En este sentido aporta un justo equilibrio prestacional para los seguros de asistencia sanitaria.

2.6 El pago de la prima como deber contractual fundamental.

MARCO ARCALÁ, describe el pago de la prima como “*la contraprestación necesaria de la contraparte asegurada a la entidad aseguradora por su cobertura del riesgo contemplado en el seguro, en tanto que contrato oneroso, sinalagmático y bilateral*”¹³⁵. Se trata de una obligación de dar que en virtud del artículo 7 puede ser cumplida por el tomador o asegurado; reviste un carácter dinerario, y es determinada, estable, suficiente, equitativa e indivisible en relación con los periodos de cobertura. El pago de la prima encuentra regulación en los artículos 14 y 15, en éste último se establecen las consecuencias del impago de la prima; de este modo el legislador diseñó en el artículo 15 dos supuestos de incumplimiento contractual: 1. el impago de la primera prima o de la prima única, genera unos efectos de notable trascendencia para el contrato. La LCS prevé la posibilidad de resolver el contrato o de exigir el pago de la misma mediante la vía judicial ejecutiva. Además de también recogerse la liberalidad del asegurador en el supuesto de haberse acontecido el siniestro antes de haberse efectuado el pago de la prima (salvo que exista pacto en contrario). Si bien, de nuevo MARCO ARCALÁ¹³⁶, concluye que estas estipulaciones no suelen ser frecuentes en la práctica, ya que muchos seguros no llegan a perfeccionarse hasta que no se realiza el pago de la primera prima; y 2. el impago de las sucesivas primas o primas periódicas (primas estipuladas en razón de los diferentes tramos cronológicos de cobertura del seguro o de las eventuales prorrogas del mismo) encuentra regulación en el artículo 15.2 de la LCS. Para éste se prevé un lapso temporal el denominado *periodo de gracia o cortesía* que comienza a tener efecto desde el día siguiente al vencimiento de la prima impagada; generalmente suele durar un mes aunque se permite pacto que lo amplíe o por lo contrario, lo disminuya periodo en el que el asegurador puede optar por vías diferentes: Resolución y exigencia del pago de la prima, o la omisión de cualquier acto durante el plazo de 6 meses (entendiéndose que transcurrido éste el contrato queda extinguido)¹³⁷. Si aún así transcurre dicho plazo persistiendo el impago y el correspondiente requerimiento del asegurador (requisito exigible) se desembocará en la suspensión de la cobertura durante el periodo de 6 meses¹³⁸. La suspensión de la cobertura no plantea mayores problemas si

¹³⁵ Vid. MARCO ARCALÁ, L, A, *Seguros de personas. Aspectos generales...*, op. cit., p. 317.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 318.

¹³⁷ Vid. MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 128.

¹³⁸ Cláusula 6º: Pago de la prima. *Condiciones generales ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL, S. A.): En caso de falta de pago de la segunda o sucesivas Primas o fracciones de ella, la*

las prestaciones del asegurador no han comenzado a desarrollarse; ahora bien, en el seguro de asistencia sanitaria, la prestación del asegurador no se limita exclusivamente a un determinado acto médico, sino que, puede desenvolverse desde que el asegurado ingresa en un centro hospitalario hasta que sea dado de alta, es por ello que la suspensión de la cobertura por falta de pago de las primas sucesivas genera consecuencias trascendentales que analizaremos a continuación.

Para comenzar, es necesario diferenciar dos tipos de pólizas: aquellas que han previsto en las condiciones generales, los efectos del inicio del cumplimiento de la prestación del asegurador antes del impago de la prima; y otras que no lo hacen, quedando sujetas al régimen previsto en el artículo 15 que hemos descrito anteriormente. Para las primeras cabe recordar que es indispensable respetar lo contenido en el artículo 2 de la LCS (debiendo ser una cláusula más beneficiosa para el asegurado que las contenidas en el artículo 15 de la LCS); además al tratarse de una prestación ya iniciada se entiende que el asegurado cumplía (hasta ese momento) con el deber del pago de la prima, por lo tanto, la prestación del asegurador se correspondería con las primas que ya habían sido correctamente desembolsadas. Ahora bien, si el asegurado, tras recibir el correspondiente alta médico, continúa sin pagar la prima ésta podrá ser reclamada mientras que los gastos de asistencia sanitaria no ya que se entienden imputables a las primas ya cubiertas. En definitiva, el régimen previsto sólo podrá tener lugar siempre y cuando el asegurador hubiera iniciado su prestación obligacional y, siempre que el asegurado hubiera cumplido debidamente hasta ese momento. Para las pólizas que recojan exclusivamente el régimen legal establecido en la LCS, existen varias soluciones tras la suspensión de la cobertura (un mes) como ya adelantamos en líneas precedentes: a. resolución del contrato; b. exigencia del pago de la prima mediante la que el asegurador tendría que concederle el plazo de seis meses para que proceda al cumplimiento de la misma (el asegurador sin poder desvincularse del contrato y viéndose el asegurado desprovisto de la prestación asistencial); y c. si el asegurador opta por mantener la cobertura en suspenso (sin resolver el contrato y sin exigir el pago de la prima) el contrato se extingue a los seis meses del vencimiento de la

cobertura del Asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento, y si no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes a dicho vencimiento, se entenderá que el contrato queda extinguido. Si el contrato no hubiera sido resuelto o extinguido conforme a las condiciones anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el Tomador pague la prima. En cualquier caso, el Asegurador cuando el contrato esté en suspenso sólo podrá exigir el pago de la Prima del Período de Seguro en curso.

prima; sin embargo, puede suceder que el asegurado opte por pagar lo atrasado y se reactive el contrato de seguro¹³⁹.

En este punto nos gustaría detenernos y hacer mención de los efectos de la suspensión de la cobertura. Como conocemos la suspensión de la asistencia sanitaria tiene origen en la imposición legal transcurrido un mes desde el vencimiento de prima y concurriendo la culpa del asegurado. De este modo, comenzado el periodo de suspensión se comunicaría al asegurado desde la clínica o centro médico privado la suspensión dándole a escoger la posibilidad de continuar en la misma clínica pero haciéndose cargo de los costes; o por lo contrario, ser trasladado a un centro cubierto por la sanidad pública. Es lógico plantearse la posibilidad de que el asegurado por su estado de salud no pueda ser trasladado, ya que correría riesgos mayores. Para ello las clínicas y centros privados ofrecen a los familiares (si la comunicación no pudiera efectuársele al propio asegurado) la continuidad en sus centros pero sólo hasta que pueda ser trasladado y corriendo con los gastos de forma exclusivamente privada. En definitiva, a la luz de lo expuesto si en el traslado del paciente de un centro privado a un hospital público, sus familiares procedieran al pago de la correspondiente prima; el seguro se habilita de nuevo desembocando en el regreso del enfermo al centro privado o concertado con la entidad aseguradora.

2.7 La participación del asegurado en los costes de los servicios de asistencia sanitaria.

Como ya reflejamos en el punto de la Clasificación de los seguros de asistencia sanitaria¹⁴⁰, los asegurados sufragan ciertos gastos de los servicios prestados por las aseguradoras de asistencia sanitaria. La obtención de éstos, dependerá del sistema adoptado por la aseguradora; es decir, en el caso del sistema de talonarios, el asegurado habrá comprado con anticipación los necesarios en relación con los servicios que requiera, aportando con los mismos el coste de las prestaciones. En cambio, si nos situamos en el contexto de aquellas que operan con tarjetas personales, lo habitual es que las facturas a cargo de los asegurados estén domiciliadas en cuentas bancarias de las que se descontará el importe de los servicios. El pago de estos costes, o más

¹³⁹ Cláusula 8º C (último párrafo): El pago de la prima. *Condiciones generales MAPFRE (MAPFRE CAJA-SALUD, S. A. de Seguros y Reaseguros)*.

¹⁴⁰ *Vid. Supra* 1.3.

propriadamente dicho el copago de los gastos de los servicios de asistencia sanitaria, han generado un debate de interés sobre ciertos aspectos a los que aludiremos a continuación.

El primero de los puntos sometido a evaluación reside en la naturaleza jurídica de los mismos y su confusión con la prima del seguro. Aunque para el asegurado ambos sean a fin de cuentas el pago de la prestación de los servicios, su naturaleza jurídica es bien distinta, ya que la prima constituye indubitadamente el precio del seguro. El pago de la misma constituye una obligación fundamental para el tomador y/o asegurado, además ésta viene a ser satisfecha independientemente de que se produzca el siniestro. De este modo un sujeto puede pasar bastante tiempo haciendo frente a la prima sin la necesidad de recibir ninguna prestación concertada. Por el contrario, la participación en los costes supone, un añadido, un plus al precio de la prima, pero independiente de ésta. Además, la participación en los costes de la asistencia sanitaria siempre vendrían a efectuarse tras la prestación de los servicios del asegurador; es decir, sólo resultaría exigible al asegurado tras la producción del siniestro y el correlativo cumplimiento de la obligación principal del asegurador.

Asimismo, del incumplimiento de la obligación de pago de la prima o precio del seguro, se derivan las consecuencias previstas en el artículo 15 de la LCS, pudiendo resolverse el contrato o suspender la cobertura en el caso de que esto se produzca. Para el supuesto en el que el asegurado no dispusiese de fondos suficientes para el pago del sobrepago, no resultará de aplicación el artículo anterior, debido a la distinta naturaleza jurídica que presenta. Así, la LCS en su artículo 22, ofrece como posible solución, el uso de oposición de prórroga del contrato de seguro más el ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades adeudadas, en un plazo no superior a cinco años, tal y como detalla el artículo 23. El plazo para el ejercicio de acciones en los seguros de personas, prescribe a los cinco años, si bien se prevé la posibilidad de flexibilización del mismo, siempre y cuando encuentren reflejo en las condiciones generales del contrato del seguro. El artículo manifiesta la posibilidad de ampliar el periodo de ejercicio siempre que no sea excesivo en detrimento de los aseguradores. Por otro lado, no se muestra tan acorde con la posibilidad de disminuirlo, ya que iría en contra de los propios asegurados.

El segundo debate gira en torno a quién debe hacerse cargo de la obligación de participar en el coste de los gastos de la asistencia sanitaria. Si bien el artículo 14 de la LCS manifiesta que el pago del precio del seguro o prima debe recaer sobre el tomador.

En cambio, en el artículo 7 de la LCS, figura que hay obligaciones y deberes que derivan del contrato de seguro que por su naturaleza deben ser cumplidas por el asegurado. Sin embargo, la participación de los costes se encuentra regulada en exclusividad en las condiciones generales o particulares de la póliza, por lo que en definitiva habrá que estar a lo dispuesto en éstas para adjudicar el cumplimiento de la obligación al sujeto pasivo de la prestación o al tomador del seguro en cuestión.

La participación en los costes de los gastos de la asistencia sanitaria plantea la tercera y última cuestión en relación con su estratégica inclusión en las condiciones generales, o por el contrario en las condiciones particulares. En el seguro de asistencia sanitaria, dada su parca regulación, las condiciones generales o particulares del contrato, adquieren una especial relevancia frente a otras modalidades de seguro. Las condiciones generales son aquellas que componen los denominados «contratos de adhesión», no son negociables por las partes, y el asegurado solo tiene como facultad la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas en su totalidad. En cambio, las condiciones particulares, son aquellas que han sido negociadas previamente a la perfección del contrato, en otras palabras, podría decirse que es la configuración de aspectos contractuales para cada caso concreto. La LCS, exige en su artículo 2 *in fine* y en el artículo 3.1, para las cláusulas generales, que se expresen de forma clara y precisa, haciendo factible su comprensión y extensión. Además éstas pueden modificar el contenido de lo estipulado en los preceptos de la LCS, siempre y cuando el régimen concebido resulte beneficioso para el asegurado. Finalmente aquellas cláusulas que limiten derechos de los asegurados deben ser resaltadas en negrita y estar expresamente aceptadas por los asegurados.

En el seguro de asistencia sanitaria la participación en los costes puede verse incluida en los dos tipos de clausulado. La Ley garantiza que aquellas cláusulas que sean incluidas en las condiciones generales no devengan lesivas para el asegurado, la explicación lógica es la nula capacidad de negociación que presenta la parte débil del contrato definido para una masa de contratantes. Ahora bien, de las condiciones particulares, resulta a priori, complicada la adjetivación lesiva de las cláusulas, ya que éstas han debido ser configuradas tras la libre negociación de las partes vinculantes. Es por ello que en cierto modo pueda contemplarse contradictoria la inclusión de la participación de los costes en las condiciones particulares del contrato, si los precios sobre los tratamientos o servicios médicos vienen predefinidos por la propia aseguradora; esto es, aunque la cantidad sea ínfima, ésta se configura sin la negociación de la misma con el asegurado, que por cuestiones obvias, no va a entrar a modularlas, lo

que podría resultar un indicio de intencionalidad del asegurador de inclusión estratégica en las disposiciones particulares, para eludir la evidente carga que supone la existencia de la participación del coste para el asegurado. Carga patrimonial que, de haberse fijado entre las condiciones generales, podría contemplarse como lesiva para el asegurado. La posible lesividad no ahonda de forma indiscutible, ya que algunas aseguradoras compensan este detrimento patrimonial del asegurado, con la prestación continuada de servicios aun habiendo finalizado la duración del contrato. Resulta imprescindible el mantenimiento del equilibrio de las obligaciones en la relación asegurado-asegurador, así como del principio de máxima buena fe¹⁴¹, presente especialmente en la materia que nos compete. Así, resultaría necesario el estudio de cada caso particular para esbozar la posible lesividad, ya que dependerá de si el sobreprecio añadido para el asegurado es proporcionalmente amplio con la relación al precio del seguro, siendo que si resultase insignificante no tendría porque entenderse como una vulneración a su derecho. Otro punto sería el que el asegurado tuviera necesariamente que hacer uso de un servicio con carácter frecuente, que al final de año, supusiera un incremento desproporcionado del precio de la prima¹⁴².

2.8 El deber de comunicar el siniestro y el deber de informar sobre las consecuencias del mismo.

Las dos obligaciones que procedemos a estudiar pudieren parecer exactamente idénticas, pero lo contrastable es que tienen una configuración distinta; a pesar de estar reguladas en el mismo precepto legal (artículo 16) de la LCS. En este orden, se debe hablar del deber de comunicar el siniestro a la aseguradora, por un lado, y por otro del deber de informar sobre las circunstancias que lo caracteriza y sus esperables consecuencias. La justificación de que estos dos deberes se encuentren estrechamente ligados, se debe a la necesidad del asegurador de gestionar y liquidar el siniestro en la mayor brevedad posible, junto con la estrecha colaboración de la contraparte que tiene relación directa con el interés asegurado¹⁴³. Si bien, la explicación no solo queda sustanciada por la necesidad de la puesta en marcha de la prestación del asegurador;

¹⁴¹ Sentencia del TS, de 17 de julio, de 2000 (RJ 2000/6178).

¹⁴² Vid. MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 140. Señala un interesante posible motivo para estimar lesiva la participación de los costes en la asistencia sanitaria. Reside en la consideración de contrario a la máxima buena fe (principio rector establecido en el artículo 57 del CCo. y 1.258 del CC.) la finalidad de sufragar dichos costes por parte del asegurado, cuando el objetivo es controlar los servicios utilizados. Así, entiende que las entidades aseguradoras, lo incluyan en las cláusulas particulares, evitando la lesividad y los efectos que la misma conlleva.

¹⁴³ Vid. MARCO ARCALÁ, L, A, *Seguros de personas. Aspectos generales...*, op. cit., p. 325.

puesto que también será oportuna la apertura de la investigación y peritación del siniestro para el desembolso del mínimo adeudado conforme al principio de pronto pago cuyo plazo de cuarenta días comienza desde el día siguiente de la recepción de la comunicación¹⁴⁴. El eventual incumplimiento de estos deberes, esto es su comunicación extemporánea o fuera de plazo; la comunicación que resulte parcialmente falsa o total; y la que resulte incompleta o inexacta, acarreará las consecuencias contempladas en la LCS y que pueden resumirse en: a. la posibilidad de exigir daños y perjuicios al asegurado para los casos de deber de comunicación del siniestro; y b. la aseguradora se vería facultada para la denegación de la prestación de los servicios por eludir ambos deberes.

En virtud del primer deber nos gustaría señalar que el artículo 16.1 de la LCS, obliga indistintamente al tomador, asegurado e incluso beneficiario del seguro. Esta regulación adquiere especial relevancia en el seno de los seguros de personas, teniendo en cuenta que es factible que el asegurado se encuentre en un estado de salud que le impida cumplir por sí mismo con la obligación de comunicación del siniestro (pudiendo realizarlo un tercero para beneficio de éste); también es preciso que el siniestro acaecido se encuentre entre los que resultan ser objeto de la cobertura y debe ser comunicado en el plazo de siete días desde su conocimiento (plazo que dado su carácter imperativo, puede ser ampliado en beneficio del asegurado, pero nunca reducido). El contenido de la comunicación versará sobre el suceso del siniestro, junto con una breve descripción y la fecha de su acaecimiento. GARRIGUES¹⁴⁵ la define como “*la declaración de verdad o ciencia, no una declaración de voluntad, que se dirige al asegurador o a su agente, y que no requiere forma alguna, según la mayoría de las leyes. (Añade) Pero las pólizas en uso suelen establecer la necesidad de la forma escrita*”.

A raíz de lo anterior se presenta una cuestión muy interesante: qué entendemos por siniestro en el marco de los seguros de asistencia sanitaria. El debate tiene como origen la multitud de definiciones que pueden hallarse en el ámbito de los seguros de daños, donde destacamos una muy interesante pero impropia para nuestra modalidad. Es la de ALONSO SOTO¹⁴⁶, que lo define como *el factor* que determina, de un lado, la obligación esencial del asegurador, que consiste en el pago de la indemnización; de

¹⁴⁴ Sin dudas posee un mejor encaje para los seguros de daños que para los seguros de personas (siguiendo la clasificación tradicional de la LCS). Más adelante comprenderemos cómo se configuran en los seguros de personas, y en especial en el de asistencia sanitaria.

¹⁴⁵ Vid. GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre...*, op. cit., p. 166.

¹⁴⁶ Vid. ALONSO SOTO, R, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Dir. EVELIO VERDERA Y TUELLS), op. cit., p. 201.

modo que a través de la producción del siniestro, la abstracta cobertura se convierte en obligación, y de otro, el origen de los deberes para el asegurado como son comunicar el riesgo o aminorar las consecuencias del mismo. Para ofrecer una respuesta aplicable a nuestro ámbito de estudio acudimos a las pólizas de asistencia sanitaria¹⁴⁷, y éstas entienden que el siniestro se produce cuando el asegurado cae enfermo o sufre una lesión activando el mecanismo de prestación del asegurador (los conceptos de enfermedad y lesión también se encuentran definidos en la póliza). De este modo coincidimos en que en los seguros que nos competen, la determinación del momento del inicio de la enfermedad o lesión resulta algo difícil, y es por esto que la doctrina entiende que la interpretación del artículo 16 de la LCS, debe flexibilizarse; si bien, la práctica de las aseguradoras ha dado lugar a que se tenga como fecha de referencia aquella en la que el asegurado solicita la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios¹⁴⁸. Se ha estimado, que el asegurado pone de manifiesto el conocimiento de la enfermedad en el momento en el que solicita la valoración del facultativo. En otros términos, el sujeto no tiene por qué conocer si se encuentra, p.ej. en estado de incubación de una determinada afección o en los supuestos de lesiones es frecuente no sentir su efecto hasta transcurrido unos días. De este modo, el incumplimiento del tomador del seguro se relativizará, no sólo por el hecho de que para el propio asegurado resulte inviable la percepción del padecimiento de una dolencia; sino que, demostrar que el asegurado excedió el límite de los siete días para comunicar el siniestro, resulta una tarea complicada para el asegurador. De tal forma que sólo resultaría demostrable en aquellos casos en los que las circunstancias puedan dejar constancia de ello. Es el caso en el que el asegurador puede verse obligado a reclamar daños y perjuicios -por la falta de comunicación del siniestro en tiempo- cuando el asegurado haga uso del servicio de emergencias, a consecuencia de su propia desidia en la vigilancia de la evolución de síntomas que denotan el claro e inequívoco padecimiento de una enfermedad. Traducido en otros términos, para el asegurador la desidia del asegurado supondrá un mayor gasto en asistencia sanitaria que de haber prestado los servicios médicos en el momento pertinente¹⁴⁹. En conclusión, deducimos

¹⁴⁷ En este sentido, de las definiciones de la Póliza ASISA (*ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL*, S. A de Seguros y Reaseguros).

¹⁴⁸ Vid. MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 143.

¹⁴⁹ En este sentido, MARTÍNEZ GUJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 143, recoge un ejemplo muy ilustrativo: “los gastos serán menores si se trata de curar una herida infectada que de amputar una pierna por la gangrena en la que ha derivado la infección inicialmente más superficial”.

que a tenor de lo expuesto, la gravedad de la enfermedad constituye el punto de partida para probar y valorar si existió un retraso en el cumplimiento del deber de comunicación dentro del plazo de los siete días; además, señalábamos que el incumplimiento también podía verificarse a través de comunicaciones incompletas o falsas, para ello debemos recordar que el asegurado debía realizar tan solo una declaración sucinta de las características del siniestro. Si bien, resulta obvia la posibilidad de que p. e. en un seguro del hogar, el asegurado pueda remitir unas explicaciones con mayor calidad de detalle; pero no debemos olvidar que la descripción de una enfermedad y sus efectos, no es una tarea que pueda exigírsele a toda calidad de público, pues como resulta lógico nos encontramos frente al deber de explicar patologías que para su caracterización estaría carente del rigor técnico exigido en el ámbito sanitario.

Ya en líneas anteriores dejábamos constancia de que la Ley no exige una forma determinada para la comunicación del siniestro. Al amparo de los seguros de asistencia, las pólizas de asistencia sanitaria efectúan únicamente indicación de forma para los supuestos de asistencia sanitaria por urgencia vital¹⁵⁰. Establecen que el asegurado o un tercero efectúe la comunicación al asegurador en los casos haber sido atendido por un facultativo no perteneciente al cuadro médico del asegurador, o cuando haya sido trasladado a un centro no concertado.

Dejando atrás el deber de comunicación del siniestro, entramos a estudiar el que se encuentra junto a éste que responde al de informar sobre las circunstancias y consecuencias del mismo. Podríamos afirmar que ambos deberes se encuentran estrechamente relacionados con la función que desempeñan: informar sobre el siniestro. No obstante, a pesar de disfrutar de una regulación conjunta, se diferencian en las siguientes coordenadas: a) la LCS, como ya anticipábamos anteriormente, prevé la posibilidad de que el deber de comunicación del siniestro se vea satisfecho por la actuación del tomador, asegurado e incluso el beneficiario, pero el cumplimiento de suministrar al asegurador toda aquella información relevante sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro no recaerá, en ningún caso, en el beneficiario del seguro; b) el contenido del deber de comunicación se limita exclusivamente a la descripción sucinta de los hechos de la dolencia, fecha del siniestro y personas afectadas, en cambio la información adicional suministrada poseerá relación directa con las causas, efectos,

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 146. Advierte que en la LCS en ningún caso se refleja la necesidad de que la comunicación sea proporcionada por escrito. Si bien, comprende que como medio de prueba para el asegurado de ésta forma resulta ser fundamental para el asegurado.

personas afectadas y terceros que lo hayan podido causar, a los que, en definitiva, podrá exigírsele responsabilidad, de lo que se desprende que la finalidad del deber de proporcionar al asegurador información complementaria sobre el siniestro estriba en posibilitar a este último la subrogación en los derechos y en las acciones del asegurado frente a terceros responsables; c) la LCS establece un plazo de siete días para la comunicación a la entidad aseguradora del siniestro con las conclusiones que ya antes destacábamos sobre el mismo, mientras que para el segundo deber no fija límite temporal, aunque entendemos que debiera realizarse en un plazo breve que hiciera factible al asegurador disponer de toda la documentación precisa para iniciar las investigaciones y peritajes, destinadas a determinar el importe de su prestación¹⁵¹; d) en último lugar, la diferencia con más trascendencia se identifica con los efectos que se derivan del incumplimiento de los deberes del asegurado. Para el incumplimiento de la comunicación del siniestro originado se confiere la posibilidad de reclamar daños y perjuicios al asegurador (salvo prueba en contrario), mientras que para el segundo, se prevé la posibilidad de liberar al asegurador del cumplimiento de sus prestaciones. En otras palabras, para los efectos de ésta última sería necesaria la demostración de dolo o culpa grave del tomador (en caso contrario sólo podrá exigírsele la restitución por los daños y perjuicios ocasionados).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 154. Refleja que en los seguros de asistencia sanitaria, en los que la prestación directa asumida por el asegurador se combina con la reintegración de los gastos médicos, se confiere como necesidad primaria el suministro de la información complementaria. Por lo que, el asegurador procederá al cálculo del importe que deba devolver, en virtud de los documentos presentados que acrediten los gastos de la asistencia sanitaria previamente recibida.

CAPÍTULO TERCERO: LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ASEGURADORAS.

SUMARIO: 3.1 CALIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA ¿OBLIGACIONES DE MEDIOS O DE RESULTADO? ¿HASTA DÓNDE SE EXTIENDE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL ASEGURADOR? 3.2 RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE ASEGURADORES Y FACULTATIVOS MÉDICOS, ¿CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA O DE SERVICIOS? 3.3 BREVE CONCEPCIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU PLASMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3.3.1 La posible concurrencia de regímenes de responsabilidad. 3.3.2 Los tipos de responsabilidad y su evolución. 3.3.3 Responsabilidad por hechos propios. 3.3.4 Responsabilidad por hechos ajenos. Especial consideración de la responsabilidad del empresario. 3.3.5 Responsabilidad objetiva o por riesgo. Evolución de los presupuestos culpabilísticos de la responsabilidad. 3.4 NOTAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 3.4.1 Concurrencia de responsabilidades. 3.4.2 Perspectiva del régimen de la *responsabilidad aquiliana* en la responsabilidad médica. 3.4.3 Presupuestos para la existencia de responsabilidad médica. 3.5 ESTUDIO ANALÍTICO JURISPRUDENCIAL DE LA CORRESPONDIENTE RESPONSABILIDAD DE LOS ASEGURADORES EN LOS SUPUESTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA.

3.1 Calificación de las obligaciones asumidas por el asegurador en los seguros de asistencia sanitaria ¿Obligaciones de medios o de resultado? ¿Hasta dónde se extiende la obligación de prestación de servicios del asegurador?

En el artículo 5 de la LCS se desglosa el contenido de las obligaciones comunes vinculadas a todos los aseguradores. Centrándonos en las desempeñadas en el seguro de asistencia sanitaria, cuando un sujeto procede a su contratación lo que pretende es que en el caso de desarrollar una enfermedad o lesionarse pueda recibir el tratamiento necesario para su recuperación, y para ello el asegurador tiene como obligación el

desempeño de la prestación, poniendo a disposición de éste los medios humanos y materiales necesarios.

El asegurador puede desempeñar la prestación con medios materiales y humanos propios, pero lo habitual es que contrate laboratorios, centros médicos, clínicas, profesionales cualificados, etc. Es decir, puede estar constituido por los profesionales sanitarios que formen parte del personal laboral de una clínica privada, centro o laboratorio o también por los médicos independientes que presten sus servicios en consultas privadas. En conclusión, es posible la realización de la prestación por parte del asegurador, gestionando y organizando los medios. En ocasiones, las prestaciones del asegurador se extienden más allá de lo reflejado en la póliza, ello es así en aquellos supuestos de urgencia vital¹⁵², en los que la cobertura del asegurador se extiende para cubrir los gastos que se generen como consecuencia del uso de profesionales independientes y/o centros no incluidos. Además, es importante recordar que en la modalidad de asistencia sanitaria más reembolso de gastos de asistencia sanitaria, que suelen ser gastos hospitalarios y/o extrahospitalario, impera la obligación de devolver esos gastos tras la presentación de la correspondiente factura; es decir, se plasma el carácter indemnizatorio en esta modalidad contractual¹⁵³.

En el artículo 105 de la LCS, se delimita la obligación del asegurador vinculado con los seguros privados de asistencia sanitaria. MARCO ARCALÁ¹⁵⁴, la define como *la obligación del asegurador que consiste, mediante el cobro de la correspondiente prima, en asumir directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos en el supuesto de enfermedad del asegurado, dentro de los límites y requisitos determinados en la normativa aplicable*. En términos similares, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA¹⁵⁵, entiende que el asegurador *asume la prestación directa de los servicios médicos y quirúrgicos comprendidos en la póliza*.

La doctrina científica no muestra un criterio unánime al calificar la obligación del asegurador en el marco de los seguros de asistencia sanitaria. Unos tienden a

¹⁵² A propósito de la definición de «urgencia vital», en las *Condiciones Generales de ASISA (ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL, S. A. U)* la encontramos como: “*Aquella situación que se produce por la aparición súbita de un cuadro clínico que entrañe un extremo y grave riesgo para la vida o integridad física del Asegurado, y que requiera de una inmediata y urgente atención sanitaria*”.

¹⁵³ Las pólizas combinan el reembolso de los gastos médicos con la participación en los mismos del asegurado. El asegurador suele cubrir desde un 80 al 90% y, el límite se establece como máximo en la suma asegurada que garantiza la indemnización. *Vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁴ *Vid.* MARCO ARCALÁ, L, A, *Seguros de personas. Aspectos generales...*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁵ *Vid.* MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, p. 82.

considerarla como una obligación de resultado y otros como una mera obligación de medios o de actividad. Sin embargo, no se suscitan dudas en relación con la acción librada por los profesionales médicos y sobre el tipo de obligación que asumen, ya que, su actividad se vería incardinada en una obligación de medios¹⁵⁶. Los facultativos diagnostican y prescriben un tratamiento adecuado y adaptado a las particularidades de la enfermedad, pero en ningún caso podrán garantizar plenamente la recuperación del paciente, puesto que ello es un acontecimiento futuro e incierto que estará sujeto a la ciencia y al devenir de la naturaleza. Existe una excepción que reside en la llamada medicina de satisfacción, o coloquialmente conocida como cirugía estética. En estos supuestos, el paciente persigue un concreto resultado¹⁵⁷, una nariz con una determinada amplitud o unos senos con una específica morfología, de manera que el facultativo debe aproximarse lo máximo posible al resultado previamente pactado. MARTÍNEZ-PEREDA¹⁵⁸, sostiene que en virtud de la Sentencia de 7 de febrero de 1.990¹⁵⁹, la relación médico-enfermo, aunque parta claramente de un contrato de servicios, ésta presenta algún que otro matiz, ya que no es cierto que el médico pueda en todo caso, y sin excepción, lograr la curación del enfermo; en palabras textuales del jurista “*se trata en general de una obligación de medios y no de resultado salvo en los casos en que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de obra, como sucede en el caso de prótesis dentarias y de la llamada cirugía estética*”.

Un segmento de la doctrina tiende a valorar estas obligaciones como de resultado¹⁶⁰, entendiendo que la obligación principal del contrato de seguro de asistencia

¹⁵⁶ Sentencia del TS, de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997/ 8.964) y AP de Barcelona, de 17 de julio de 1998 (AC 1998/ 6.191).

¹⁵⁷ Sentencia de AP de Madrid, de 10 de mayo de 1999 (AC 1999/ 8.431).

¹⁵⁸ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.)/ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R./ GONZÁLEZ POVEDA, P./ MARTÍNEZ PEREDA, J, M./ SANTOS BRIZ, J, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, Volumen II, p. 1.060.

¹⁵⁹ Sentencia del TS, de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 688): “(...) revela claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad del profesional médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole, lo que en definitiva conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada «lex artis ad hoc», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional”

¹⁶⁰ Vid. CARBAJO CASCÓN, F, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., p. 148, expone en ésta línea: “(...) Por 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 los facultativos y

sanitaria, comprende *la prestación de seguridad o de garantía* en forma de cobertura sanitaria tal y como tenga reflejo en las condiciones integradas en la póliza. Sin embargo, dicha obligación no se extendería a la de curación de la enfermedad o lesión que originó la necesidad de asistencia sanitaria. Esto explica que la prestación de asistencia sanitaria por parte del asegurador, lleve aparejada indubitadamente la puesta en marcha de los profesionales específicos que obrarán garantizando una valoración y tratamiento al asegurado¹⁶¹, es decir, ejecutarán todos los medios necesarios para proporcionar la adecuada curación, pero ello no es requisito suficiente para trasladar la concepción de la obligación de medios que asumen los profesionales de la medicina, a la obligación que asume el asegurador.

Las obligaciones del asegurador que se derivan del contrato de seguro, son las de, y así lo ha definido el Tribunal Supremo en diversas resoluciones¹⁶², *ofrecer y prestar una asistencia sanitaria idónea, segura y eficaz, así como la elección de los facultativos adecuados garantizando una efectiva prestación del servicio, y la correcta vigilancia de los que dependen de ella*. La doctrina se plantea si la prestación obligacional sólo debe limitarse a alcanzar la cobertura de la asistencia sanitaria desde el punto de vista de la gestión y organización de medios materiales y humanos, o si también debe propagarse su responsabilidad a la debida actuación de los servicios sanitarios comprendidos en la póliza, respondiendo de la mala praxis de los facultativos y centros médicos incluidos, frente a sus asegurados. Es por ello que por contraposición, otra rama de la doctrina científica postula que la obligación del asegurador responde a las obligaciones concebidas como de medios o actividad¹⁶³. Defendiendo que en los casos de los seguros, que tienen como objeto la cobertura de la asistencia sanitaria, no asumen la obligación de que el paciente recobre la salud, sino que *se limitan a organizar y gestionar los servicios médicos y hospitalarios para que éste pueda recibir*

profesionales de la medicina, acabe por caracterizar la obligación del asegurador de asistencia sanitaria también como una obligación de medios” y concluye así “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”.

¹⁶¹ Recoge así SÁNCHEZ CALERO: “La prestación del asegurador se efectúa, normalmente, ofreciendo al asegurado un amplio cuadro médico, tanto respecto de la medicina general, cirugía general y las diversas especialidades (traumatología, ginecología, urología, etc.) que el asegurado puede aceptar en forma más o menos amplia”, Vid. SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Comentarios a la Ley 50/ 1.980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones...*, op. cit., p. 2704.

¹⁶² Sentencias del TS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/ 7998) y de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/ 8057).

¹⁶³ En este sentido, MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria...*, op. cit., p.84, formula que: “La prestación del asegurador de asistencia sanitaria habría que encuadrarla entre las prestaciones fungibles y las de medios”.

la atención que le sea necesaria. Por lo que el asegurador debe encargarse de contratar profesionales que reúnan las cualidades y los conocimientos necesarios que deben ser acreditados mediante el título de especialista pertinente¹⁶⁴, y éstos a su vez tienen la obligación de promover que el paciente, mediante la correspondiente observancia de la *lex artis ad hoc*, recobre en la medida de lo posible, su estado saludable de acuerdo con los parámetros de la ciencia reciente.

En la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 1993¹⁶⁵ se establece que por *lex artis ad hoc* hay que entender que responde al «*criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina- ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos- estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida*». Esto explica que en ésta vertiente de argumentación, se concluya considerando que la desaparición de la enfermedad, como resultado previsiblemente deseado, en ningún supuesto, puede ser exigible a los facultativos contratados por la entidad aseguradora, y menos aún al asegurador, reposando exclusivamente su obligación en la cobertura de los servicios incluidos en la póliza contractual.

Finalmente, y como conclusión, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo y para un importante sector de la doctrina científica, queda suficientemente justificado: que el asegurador no sólo debe cumplir con la puesta a disposición de un servicio sanitario, que garantice de pleno la seguridad y eficacia de la cobertura asistencial al enfermo-asegurado, sino que dicha obligación debe ahondar a su vez en la responsabilidad de las actuaciones de los médicos, profesionales, y centros médicos y hospitalarios que se integren en su cuadro asistencial, perteneciendo a su estructura empresarial o ya sean de carácter independiente.

¹⁶⁴ Regulado en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones médicas*, y desarrollado en el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, *por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada*.

¹⁶⁵ Sentencia del TS, de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993/ 2545).

3.2 Relación contractual entre aseguradores y facultativos médicos, ¿contrato de arrendamiento de obra o de servicios?

En profunda relación con la naturaleza de la obligación que asume el asegurador, es imprescindible hacer referencia a la también discusión propiciada por la doctrina científica y la jurisprudencia, sobre la naturaleza de la relación contractual, que vincula a los aseguradores y a los profesionales que desempeñan la asistencia médica, cuando éstos no sean profesionales de la medicina, y no puedan prestarla por sí mismos. El debate se ha centrado en delimitar si nos encontramos ante una relación que reposa sobre un contrato de obra, o por lo contrario, si nos hallamos ante un arrendamiento de servicios. El artículo 1.544 del CC define el arrendamiento de obras junto al de servicios, estableciendo así: *“En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio entero”*. Como podemos observar, el CC los regula en un mismo precepto, resaltando términos como los de *“ejecución”* (se entiende de lo pactado) y *“prestación de”* (se refiere a determinada actividad) a cambio de un precio consensuado. En la práctica resulta notablemente complejo distinguirlos¹⁶⁶, ya que, en todos los contratos el acreedor espera satisfacer únicamente su interés, es decir, espera que el deudor *“cumpla con la palabra dada”*, con lo prometido. Así, de los contratos surgen las obligaciones, y se establece una relación proporcionalmente directa con las obligaciones de resultados y las de medios en las que trasladado al contrato de obra, el objetivo será un resultado concreto y determinado, mientras que en el arrendamiento de servicios se espera el desarrollo de una actividad¹⁶⁷.

En el contrato de obra la obligación fundamental del contratista es la realización de la obra de acuerdo a lo convenido en el contrato y, además de lo establecido y especificado en el acuerdo de voluntades, éste debe actuar conforme a las reglas y usos de su profesión, con la diligencia que exige la naturaleza de la obligación, de tal manera

¹⁶⁶ La Sentencia de la AP de A Coruña, de 13 de julio de 1994 (AC 1994/ 1269) y en la del TS, de 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983/ 5953), se establecen las diferencias existentes entre el arrendamiento de obra y el de servicios. Así, en ésta última, en su Considerando 1º se establece: *“(…) de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal-S., entre otras de 4 de febrero de 1950- radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra”*

¹⁶⁷ DIEZ- PICAZO, L, Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Volumen II, 2005, pp. 381-398.

que la impericia es sinónimo de culpabilidad “*spondet peritiam artis*”. Asume, además, la obligación de entregar la obra, que debe cumplir con lo previamente estipulado, quedando sujeta a la aprobación del comitente, o en su caso, de un tercero que verificará que se cumplimentó lo convenido. Al tratarse de un contrato en el que se despliegan obligaciones para ambas partes, el comitente tiene la obligación recíproca de pagar el precio pactado por la realización de la obra. El precio debe pagarse, a falta de pacto o costumbre en contrario, al hacerse entrega de la misma. Si bien, en la práctica se suelen hacer pagos parciales o al tiempo, además todos ellos quedarán subsumidos bajo la condición de que el comitente puede negarse a recibir la obra de no haberse efectuado el cumplimiento de lo acordado, es decir, de no haber cumplido con el resultado que se había diseñado para ello.

Para el supuesto de contrato de arrendamiento de servicios, el arrendatario asume como obligación principal la consistente en la realización de un *facere* (hacer). Generalmente, la prestación del servicio convenido, se desarrolla de forma personal, sin posibilidad de representación, ya que para determinadas actividades resulta de especial trascendencia las capacidades y los conocimientos del arrendatario (ej. médico). Ahora bien, la prestación de carácter personal no implica que los arrendatarios no puedan valerse de colaboradores o auxiliares que actúen bajo su supervisión y responsabilidad. Respecto de la responsabilidad que asumen los arrendatarios, la diligencia que se espera de éstos no es la recogida en el artículo 1.104 del CC, que es la del buen padre de familia, sino que va más allá encuadrándose en que el arrendatario debe responder de su pericia, arte u oficio, estableciendo una similitud entre impericia y culpa; por su parte, el arrendador, ostenta como obligación principal, el pago de la prestación convenida, y también pesa sobre éste la carga o deber de cooperar para el cumplimiento del arrendatario. Es decir, el arrendador debe desplegar todos los medios que considere oportunos, para que el arrendatario pueda cumplir efectivamente con la prestación.

Las dudas que se plantean sobre cómo debemos calificar la relación de un médico y un asegurador, a mi juicio, pueden estar finalmente resueltas por la interpretación jurídica efectuada por la jurisprudencia¹⁶⁸. En ella el Tribunal destaca que el contrato de arrendamiento de servicios revela como objeto el desarrollo de una determinada actividad, mientras que la finalidad de un arrendamiento de obra, persigue un determinado resultado como ya hemos expuesto; sin embargo, lo verdaderamente

¹⁶⁸ Sentencia del TS, de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/ 745).

reseñable de la Sentencia, es que refleja que en aquellos supuestos en los que se susciten dudas, *debe ser necesaria la interpretación tendente a considerarlos como arrendamiento de servicios si el resultado no puede asegurarse por parte de quién lo realiza* (en este caso que nos compete, el médico).

3.3 Breve concepción sobre la Responsabilidad Civil y su plasmación en el ordenamiento jurídico español.

Como paso previo al estudio de la configuración de la responsabilidad médica, con relación a los seguros de asistencia sanitaria, conviene describir sucintamente la concepción y función de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico español.

DIEZ- PICAZO fundamenta que la responsabilidad civil comprende la sujeción de un sujeto a una obligación de reparar el daño producido a otro sujeto que se ha visto perjudicado¹⁶⁹. Por su parte, A. YAGÜEZ¹⁷⁰ no duda en afirmar que la expresión *responsabilidad civil* puede entenderse desde perspectivas diferentes: si nos remontamos al origen de la palabra responsabilidad, entendemos que por un lado, comprende el hecho de contestar a alguien o a algo y, por otro, el deber de estar obligado a cumplir algo y, más concretamente a reparar el daño causado a un tercero. El vocablo *responsabilidad* comparte una posición privilegiada con otros de los términos del lenguaje propiamente jurídico, como son: *ley, norma, deber, obligación, derecho, facultad, culpa, daño, contrato*. Pero concretamente este articula una doble significación ya que, en la mayoría de las ocasiones, deviene necesaria la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual, o responsabilidad objetiva, o responsabilidad por hechos ajenos. El Diccionario de la RAE identifica como primera acepción la de *cualidad de responsable* (vocablo base *responsable* derivado directamente de *responder*), la segunda acepción que se le otorga es la de *deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*. Obviando la tercera, la cuarta acepción resulta muy interesante, y viene a definirla como la *capacidad existente en todo sujeto*

¹⁶⁹ Vid. DIEZ- PICAZO, L, Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 539. Recoge así “*La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido*”.

¹⁷⁰ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, Tomo I, pp. 4 y 5. ÁNGEL YAGÜEZ, recoge en el mismo que SCHIPANI pone de manifiesto que “*la palabra responsabilidad es de tardía aparición en las lenguas europeas (...) Su utilización inicial fue, sobre todo, en el ámbito del Derecho público («responsabilidad política», por ejemplo)*”.

activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente; además a la locución adjetiva «de responsabilidad» se le extiende el significado de persona de posibles respuestas y digna de crédito¹⁷¹. Siguiendo a A. YAGÜEZ, especifica que la responsabilidad como estado de ánimo o actitud de una persona, no se debería considerar como obligación; sino más bien, debiera tratarse como la necesidad de someterse a las consecuencias de haber hecho o no una determinada actuación, es decir, lo enmarca en el juicio a posteriori de determinada actuación (como la consecuencia de algo ya acontecido u ocurrido). Técnicamente, éste descarta la posibilidad de estimarlo como una obligación- salvo que se trate de una obligación moral- por lo que asimila la responsabilidad a una carga jurídica desprendida de determinadas actuaciones.

En este orden de cosas podemos interpretar que los sustantivos responsable y responsabilidad del verbo responder, se encuentran en numerosas ocasiones a lo largo del texto legal, y su manifestación jurídica más extendida, es la de *deber de reparar un daño*. Se encuentran sobre todo en preceptos que regulan la responsabilidad contractual y la responsabilidad civil extracontractual. El TS afirma que son perfectamente separables los regímenes de responsabilidades contractual y extracontractual, y que las diferencias patentadas se deben a su distinto origen, a la capacidad del sujeto responsable, a la graduación de la culpa, plazos de prescripción, competencia judicial, agentes del daño, etc. Respecto del origen, el Alto Tribunal confirma la tesis de que la culpa extracontractual presupone la producción de un daño independientemente de cualquier relación jurídica entre las partes; por oposición, el régimen contractual presenta como presupuesto la necesidad de existencia de un contrato (la realización del daño debe desenvolverse dentro de la vida del contrato, es decir, de lo rigurosamente pactado, y como desarrollo del contenido del negocio jurídico¹⁷²) o de cualquier relación jurídica, que contenga un medio específico de resarcimiento en caso de que se acontezca una situación dañina. Además, no pierde de vista la posibilidad de que en virtud del principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, éste debe ser observado tanto cuando se produce por el incumplimiento de una obligación

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 5. “(...) en efecto si crédito es el derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa, la persona de responsabilidad es la que responde (también en sentido de «contesta») a las expectativas-jurídicamente, pretensiones- de la otra (aquella ante la que se debe responder)”.

¹⁷² *Ibid.*, p.6. Así, “6. Para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la extracontractual no es bastante con que haya un contrato(...) La responsabilidad contractual «pura» se da sólo cuando el hecho se presenta como infracción de una de las obligaciones pactadas, de tal suerte que determinar el incumplimiento de la obligación depende íntegramente de la misma, siendo inimaginable su encuadramiento dentro del deber general de no dañar a otro”

previamente pactada por las partes, como cuando proviene de la actuación calificada como culposa o negligente no sujeta a un vínculo anterior entre dañador y dañado. Es por ello por lo que ambos regímenes comparten las notas coincidentes de: a. producción del daño; b. atribución a un sujeto, y c. deber de resarcir el daño producido.

3.3.1 La concurrencia de regímenes de responsabilidad.

No hay duda de que Tribunal acepta la posibilidad de que concurran en un mismo supuesto responsabilidad contractual y extracontractual. Como se ha ido trazando, la superposición de los regímenes sólo desaparecerá en el supuesto de que el acto se realice completamente ajeno a la obligación preexistente (presentándose únicamente la violación del deber de no dañar a nadie); sin embargo, puede suceder que la coexistencia de ambos regímenes en un mismo caso, resulte de difícil compatibilidad, porque aunque para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato se ha de configurar un método concreto de resarcimiento, éste no tiene más peso o prioridad sobre la responsabilidad extracontractual. Responsabilidad extracontractual, que también toma vida en el caso, como fruto de la violación del deber general de no dañar a nadie. La conclusión que podríamos extraer es que al operar en ámbitos diferentes podríamos contemplar la última como un mecanismo de reforzamiento del resarcimiento a la persona perjudicada¹⁷³. En otras palabras, cuando un hecho dañoso tiene su origen en el quebrantamiento de una obligación contractual y, al mismo tiempo, en una violación del deber de no causar daño a otro, se yuxtaponen las responsabilidades que, en término de acciones, dará lugar a la utilización alternativa de las mismas, incluso permitiendo a los juzgadores (con el conocimiento de los hechos) aplicar la normativa más adecuada para el caso concreto¹⁷⁴.

3.3.2 Los tipos de responsabilidad y su evolución.

En orden al CC la responsabilidad contractual está comprendida, por un lado en los artículos 1.102, 1.103, 1.105 y 1.107 sobre los contratos no cumplidos (o cumplidos

¹⁷³ *Ibid.*, p. 25. En palabras de A. YÁGÜEZ: “El hecho de que haya una relación preexistente, con su correspondiente régimen jurídico, no es bastante para eliminar la responsabilidad aquiliana presente a través de todos sus elementos definidores y operante, en yuxtaposición con aquella (se entiende que con la responsabilidad aquiliana), aunque en ámbitos diferentes”.

¹⁷⁴ Sentencia del TS, de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/2140) y Sentencia del TS, de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9094).

defectuosamente o tarde), y por otro lado, en los artículos 1.903, 1.905, 1.906, 1.907, 1.908, 1.910 que expresan la obligación de dar cuenta de los daños producidos entre dañador y dañado sin que entre éstos hubiera existido con anterioridad una relación. Otra acepción es la del artículo 1.911 que contiene la denominada responsabilidad patrimonial universal que hace referencia a todo aquel que está sujeto a un deber jurídico es susceptible de, en caso de incumplimiento, ver agredidos sus bienes. Finalmente en este recorrido por el CC llegamos a los preceptos que someten a responsabilidad a quienes ostentan determinadas posiciones como: herederos, albaceas, cónyuges, partes de un contrato, o propietarios. El CC da muestras de que *responder* puede entenderse como el *deber de cumplir* una determinada prestación; o como deber de *indemnizar*; o como el deber de *garantizar*. La realidad es que el deber de indemnizar suele darse en aquellas situaciones que tienen origen en un estado de hecho (derechos reales) mientras que es más favorable la idea de responder cuando se parte de un acuerdo de voluntades¹⁷⁵. Y dentro de la amplia responsabilidad civil debemos distinguir sus diversas configuraciones: a) Mandato legal constituido por el juego de la propia institución a la que se refiera. Ej. Relaciones paterno-filiales, propiedad, compraventa; b) incumplimiento de lo pactado en un acuerdo de voluntades; y c) cuando tiene origen en el daño causado a otro y entre éstos no existe un deber previo de dar, hacer o no hacer algo. También puede suceder que el daño se produzca fuera de los límites de ese deber.

La responsabilidad civil¹⁷⁶, responsabilidad extracontractual, *responsabilidad aquiliana* o, el acuñado recientemente como derecho de daños (traducción del denominado *Law of torts*) se viene definiendo por contraposición a la responsabilidad contractual¹⁷⁷. En este sentido, el daño se concibe como un perjuicio que puede originarse desde distintas sedes causales: 1. por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; 2. por los actos u omisiones que generen daño o una negligencia o actos que sean consecuencia de actividades que provocan riesgos. La

¹⁷⁵ En conclusión, según A. YÁGÜEZ, parece evidente que en el CC respecto del verbo responder y sus derivados sustantivos, responsable y responsabilidad, no reflejan el significado latino primitivo de dar satisfacción a una obligación contraída solemnemente.

¹⁷⁶ En la terminología doctrina I y jurisprudencial tradicionalmente, se ha entendido la responsabilidad civil, como un equivalente a la responsabilidad extracontractual.

¹⁷⁷ Artículo 1089 Código Civil: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia". Artículo 1093 Código Civil: "Las (obligaciones) que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por la ley, quedarán sometidos a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro".

fórmula del artículo 1.902 supone que quien causa daño a otro ha incumplido el deber de no causar daño a nadie (Principio que *a priori* no encuentra regulación en ningún párrafo del CC, pero que refleja indubitadamente que antes de producirse el hecho lesivo, no existía ningún otro deber de conducta respecto de ese sujeto). El sistema de responsabilidad civil extracontractual que contiene el CC, esta basado en la idea de culpa, o como acuña el TS, en el reproche culpabilístico. El deber de reparación del daño descansa en el CC (desde la época de la codificación) en la circunstancia de que éste es reprochable al causante del mismo, ya que se entiende que en la producción del daño ha debido concurrir, al menos, culpa o negligencia del agente. Se trata, por lo tanto, de un sistema subjetivo, donde es necesaria la concurrencia de la culpa del agente, y así lo refleja el artículo 1.902 que comienza así: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*” situando como sujeto directo al que cause un perjuicio tanto por una conducta de carácter activo como desde la vertiente del *no hacer*.

Sin embargo, el sistema de responsabilidad extracontractual avanza hacia una modificación de sus parámetros, adecuándolo a nuevas realidades, para ello se aplican nuevas fórmulas como la inversión de la carga de la prueba o la exigencia de un determinado grado de culpa o una culpa determinada o la imputación de responsabilidad por riesgo. La RAE en su segunda acepción, dejaba lugar a que se respondiera a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal (ésta última en contraposición de la visión culpabilística de la responsabilidad) por lo que, se abre una vía idónea para un deber de responsabilidad objetiva. La responsabilidad por riesgo, adquiere especial relevancia a finales del siglo XIX, cuando el sistema de responsabilidad regulado hasta el momento, no daba soluciones adecuadas a la realidad del avanzado desarrollo industrial y el aumento de los accidentes laborales. Si se trataba de una industria de pequeñas dimensiones o artesanal, era relativamente factible la demostración de culpa del patrono, labor que se tornaría sumamente difícil con la introducción de la compleja maquinaria en la industria. Es por ello que, se fundamentaba la necesidad de probar por parte del dañado la culpa del agente generador del daño (el legislador facilitó mucho esta operación dotando, para el alivio de los dañados, ciertas presunciones de culpabilidad). Como apunta DIEZ PICAZO¹⁷⁸, la Teoría objetiva o responsabilidad por riesgo, presenta su desarrollo en la reformulación de los

¹⁷⁸ Vid. DIEZ- PICAZO, L, Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 541.

parámetros sociales y económicos, como son la exaltación de lo social y decadencia de lo individual, crecimiento desmedido de la industria, y el fortalecimiento de las relaciones interpersonales. Estos aspectos y otros como el auge del pensamiento socialista, tornaron en la necesidad de buscar quién debía reparar el daño, que debía recaer en quién había creado el riesgo de su producción. A pesar de esto, y desde la continua evolución, el sistema de responsabilidad civil continúa basándose en la culpa, existiendo una distinción meridiana entre la responsabilidad por hecho propio referida en el ya citado artículo 1.902, la responsabilidad por hecho ajeno contenida en los artículos 1.903 (y en cuanto a alguna de sus consecuencias en el 1.904), y por último, la responsabilidad derivada de los daños causados por animales o cosas, que convierten la responsabilidad en un deber de quien deba responder por ellos (artículos 1.905 a 1.910).

Esta visión predominante no lo es a capricho, sino que tiene su explicación y en la concepción de la sociedad y del Derecho relacionado intrínsecamente con las filosofías liberales (directrices del *laissez faire*), donde el individuo como objetivo de todas las valoraciones socio-jurídicas, no observa acertadamente la posibilidad de que un sujeto sea responsable de un daño que no ha sido producido desde su voluntad o desde su negligencia. Esta tesis influyó notablemente en el contexto de auge industrial que antes mencionábamos, ya que, desde esta óptica se potenciaba que sólo los comportamientos negligentes de los empresarios constituyesen la obligación de reparar.

3.3.3 Responsabilidad por hechos propios.

A raíz de la fuerte tradición la doctrina se ha encargado de estipular cuatro elementos que integran la responsabilidad extracontractual por hecho propio: a. el sujeto debe haber realizado una conducta positiva o negativa que derive en la obligación de reparar el daño a otro sujeto. En el caso de las conductas pasivas se producirá el daño cuando el sujeto tenga obligación de actuar o de llevar a cabo una conducta activa; b. el daño sufrido debe ser cierto, y determinado; c. en la conducta del sujeto causante del daño debe existir voluntariedad (culpa¹⁷⁹) y debe serle imputable. La culpa abarca tanto el dolo (intención o voluntad de causar el daño) y la culpa como la falta de previsión por

¹⁷⁹ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA)*..., op. cit., p 126.

infringir reglas de diligencia debida entendido como culpa o negligencia¹⁸⁰; y d. entre la conducta del sujeto (voluntaria y culposa) y el resultado producido (daño) debe poder establecerse una relación de causa-efecto o un nexo de causalidad. En conclusión la doctrina de la culpa tal y como se presenta, de influyente notoriedad en los ordenamientos de Europa continental, de tradición ciertamente romanista, también ha tenido su hueco en el área del Derecho anglosajón, si bien un principio destacadísimo y fundamental del common law ha sido el de «*no liability without fault*».

3.3.4 La responsabilidad por hecho ajeno. Especial consideración de la responsabilidad del empresario.

En los casos de responsabilidad por hecho ajeno, a la vista de su propia denominación, en los supuestos recogidos en el artículo 1.903¹⁸¹, el demandado no responderá técnicamente por la actuación dañosa acontecida por un sujeto que no sea él mismo, sino *por la relación*¹⁸² que une al sujeto que produce el daño, que responde en primera persona y por hecho propio, y al responsable que responde por el daño

¹⁸⁰ Como ya hemos señalado, el sistema de responsabilidad extracontractual, descansa en la responsabilidad por culpa, como reprobabilidad de una conducta dada. Aunque se hace preciso señalar, que la culpa no es el único título de imputación de responsabilidad, pues también pueden tener su causa cuando el daño es producido por riesgo o con base en normas de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, cuando el responsable del daño, incurra en crear una situación de riesgo, que determine su culpa en la producción del daño a un tercero.

¹⁸¹ Artículo 1.903 Código Civil “*La obligación que impone el artículo anterior (1.902) es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*”

- Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
- Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.
- *Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.*
- Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.
- *La responsabilidad de que se trata cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.*

Se parte de una responsabilidad basada en una presunción *iuris tantum* de culpa, que puede ser desmontada con la admisión de prueba en contra pero que también provoca la inversión de carga de la prueba, donde el demandado puede demostrar haber observado la diligencia exigida para el supuesto dado.

¹⁸² La jurisprudencia del TS ha dejado patente la importancia de la relación que se establezca entre el responsable del daño y el sujeto que lo genere. Estas relaciones las clasifica como de familiares, laborales o educativas. Para el estudio de los seguros privados de asistencia sanitaria nos centraremos en las relaciones laborales que se determinen entre los aseguradores y los profesionales que presten servicios sanitarios.

producido por otro. De nuevo, al igual que en la responsabilidad por hecho propio, la responsabilidad se asienta en criterios de reproche culpabilísticos o de negligencia, pero no tanto en la producción del daño causado, sino en dos pilares fundamentales: 1. culpa *in eligendo* (se incardina la culpabilidad en el hecho de haber elegido al sujeto que posteriormente produce el hecho dañoso); 2. culpa *in vigilando* o cuidado en el sujeto que genera el perjuicio en otro. Es importante destacar que la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, no es una responsabilidad derivada ni subsidiaria, pues consiste en una responsabilidad personal y directa del sujeto responsable, no teniendo porqué ser demandando a su vez el sujeto causante en sí de los hechos (aunque esto no tiene porqué excluirse).

Concretamente centrándonos en la responsabilidad de los empresarios, que está contenida en el artículo 1.903.4 Se establece la responsabilidad basada en los siguientes fundamentos: 1. la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*; 2. el riesgo, ya que el empresario o director es beneficiario de la actuación del sujeto así que debe correr con las consecuencias que de éstas se devenguen; 3. la existencia de una representación del sujeto respecto del empresario en su actividad. El TS, además incluye los dos presupuestos siguientes: a) la relación de dependencia, debe ser una relación de dependencia laboral, añadiendo que en las relaciones de servicios, el empresario o director no responderá si el agente es una empresa autónoma en organización y medios, y sin embargo, sí lo hará, si le compete la correspondiente vigilancia o participación en los trabajos o dirección de las mismas; y b) la actuación del agente dependiente debe desenvolverse en el ámbito de sus funciones. A su vez, establece los siguientes criterios para poder determinar la existencia del ámbito, éstos son: a. Conexión temporal (horarios de trabajo), espacial (centro de trabajo), instrumental (empleo de recursos de la empresa) o formal (uniformes o identificación de empleados); b. Conducirse el dependiente en interés de la empresa, no en el propio o de terceros; c. Desconocer la víctima que el dependiente actúa al margen de funciones o desobedeciendo prohibiciones expresas del empresario; d. Que el empresario conozca o haya podido conocer la actividad dañosa del dependiente (la hubiera autorizado, consentido, o no prohibido expresamente); e. Proximidad de funciones encomendadas al dependiente y actos originadores del daño.

3.3.5 *La Responsabilidad objetiva o por riesgo. Evolución de los presupuestos culpabilísticos de la responsabilidad.*

Es contrastable la existencia en nuestro OJ de *responsabilidad objetiva o por riesgo*, a pesar de haberse configurado nuestro CC a través de una concepción culpabilística como título de imputación de responsabilidad. Líneas atrás adelantábamos la transformación hacia una responsabilidad de los sujetos objetiva o cuasi objetiva. Se confiere como aquellos casos en los que la imputación de la responsabilidad y el deber de reparar el daño provocado, no descansan en un hecho culposo o de conducta negligente, sino en la mera relación causal de haber producido, a través de la conducta, un perjuicio. Esto es que se imputa al sujeto responsabilidad a través de un título distinto al de la culpa, o negligencia, sino por la sola verificación del hecho dañoso acontecido o el riesgo provocado. Es muy frecuente en España utilizar de forma casi alternativa la denominación responsabilidad objetiva o por riesgo, ya que, ambas comparten una concepción no culpabilística de la responsabilidad; sin embargo, no son idénticas ya que, los partidarios que definen de forma negativa la responsabilidad (no haciendo descansar la misma en la idea de culpabilidad), son los que prefieren su denominación como responsabilidad objetiva, mientras que, la responsabilidad por riesgo hace pender su existencia, del mero acontecimiento de los hechos.

Como adelantábamos en líneas precedentes, el cambio de concepción de la culpa como título de imputación tiene lugar a raíz del considerable desarrollo industrial y la idea de búsqueda de indemnización de la víctima, y no tanto la necesidad de reprochabilidad de una conducta. Esto da lugar a una concepción más allá del reproche culpabilístico centrado en la idea de responsabilidad colectiva. Hay autores que presentan esta concepción de responsabilidad desde dos vertientes: 1. la aparición de leyes, destinadas a cubrir el daño sufrido por los sujetos, independientemente de la existencia de culpa. Tiene su origen, como ya explicamos, en los accidentes de trabajo, en la necesidad de resarcir el daño del trabajador sin consideración de si mediaba culpa del empresario o no. Se trata por lo tanto de una responsabilidad objetiva, basada en el riesgo, que se implanta de manera progresiva en los diferentes sectores de la sociedad que así lo necesiten por desarrollar actividades potencialmente peligrosas. En conclusión es una garantía colectiva que se desprende de esta nueva concepción de la responsabilidad; y 2. la segunda vertiente, responde a un cambio respecto de la interpretación de los principios jurídicos tradicionales. Interpretaciones que resultarán

de un cambio de mentalidad en la concepción de la culpa como presupuesto indiscutible de la responsabilidad¹⁸³.

Por lo tanto, la responsabilidad entendida así se atribuiría por razón de la actividad desarrollada, independientemente de que el agente incurra en culpa o no. Esto último, referido de ésta manera, puede suscitar muchos problemas de interpretación, pues podría llevarnos a creer que por la sola constatación del daño o perjuicio dicho sujeto siempre resultaría responsable, si bien para poder evitar que esto suceda, el legislador prevé la posible exoneración del agente siempre que el daño producido resultase derivado de la culpa exclusiva de la víctima, o si el daño se hubiera producido como consecuencia de un caso de fuerza mayor. Es por ello que, el TS ha reiterado que los casos de responsabilidad objetivas han de estar previstos en una norma legal. En materia de responsabilidad en seguros privados de asistencia sanitaria, interesa destacar la normativa de protección a Consumidores y Usuarios, concretamente el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* por el que se aprueba el TRLGDCU, donde en su Libro III se incluye un régimen general para la responsabilidad civil por los daños causados por bienes y servicios defectuosos¹⁸⁴, y además contiene un régimen especial de responsabilidad para los daños originados que se deriven, entre otros, de los servicios sanitarios¹⁸⁵. El artículo 147 del TRLGDCU es un perfecto ejemplo de esta concepción de responsabilidad ya que, en palabras de L. Díez-Picazo, “*invierte la carga de probar a favor del dañado, exigiendo al agente además una prueba exhaustiva de su diligencia, no exonerándole de responsabilidad incluso en el caso en que pruebe haber cumplido los reglamentos y demás disposiciones legales dictados para protección de daños, si*

¹⁸³ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA)*..., op. cit., p. 129: “(...) evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento «culpa», pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume.”

¹⁸⁴ Artículo 147 del TRLGDCU “Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

¹⁸⁵ Artículo 148 del TRLGDCU “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

estos han ocurrido”. De la prueba de la culpa del demandante se pasa a un sistema de prueba de diligencia del demandado. Esto se debe a la teoría del riesgo, por la que se entiende que en el supuesto en el que un empresario desarrolle una actividad en su propio beneficio, creando una situación de riesgo, también debe cargar todas aquellas vicisitudes que puedan presentarse por tal ejercicio. En el Tratado de Responsabilidad Civil DE ÁNGEL YÁGÜEZ, recoge una conclusión muy interesante de DIEZ-PICAZO, que transcribo literalmente: *“En el fondo, sin embargo, por debajo de ese fundamento doctrina l (referida a la Teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba), tal vez esté latiendo una intuitiva preocupación, que es, a mi juicio, la raíz última del nuevo Derecho de daños: la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente de la totalidad de ella”*.

3.4 Notas sobre la configuración de la responsabilidad civil médica.

3.4.1 Concurrencia de responsabilidades.

Para la doctrina científica es perfectamente compatible que en la responsabilidad del médico, concorra tanto el régimen configurado para la contractual como para la extracontractual; la explicación reside en que como profesional de la sanidad, debe desplegar la máxima diligencia para el cumplimiento de lo establecido en el contrato y, a su vez observar, el deber genérico de no dañar a nadie, propio de la responsabilidad extracontractual. El TS, formuló en Sentencia de 15 de febrero de 1993¹⁸⁶, que cuando un hecho sea susceptible de violación de una obligación impuesta contractualmente, y además, sea contrario al deber general, se produce la concurrencia de las responsabilidades, desencadenando la posibilidad de elección en el perjudicado de unas acciones u otras. Acciones que pueden ejercitarse con carácter alternativo o subsidiariamente e incluso existe la posibilidad de conferirle al juzgador los hechos para que éste, en atención a su amplio saber, aplique las normas que estime adecuadas. Es precisamente, la STS de 30 de diciembre de 1999¹⁸⁷, un perfecto ejemplo de concurrencia de regímenes de responsabilidades.

¹⁸⁶ Sentencia del TS, de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/ 771).

¹⁸⁷ Supuesto que se concreta en un error de diagnóstico médico en el que Tribunal Supremo apreció la concurrencia de los regímenes de responsabilidad contractual y aquiliana. La hija de la demandante

3.4.2 *Perspectiva del régimen de la responsabilidad aquiliana en la responsabilidad médica.*

Desde la perspectiva del régimen de *responsabilidad aquiliana*, en la responsabilidad de los facultativos médicos, resulta fundamental destacar¹⁸⁸ en primer lugar:

- Que en los supuestos en los que no sea posible deslindar la culpa del médico y la del establecimiento en el que actúa, la responsabilidad revestirá carácter solidario. Ello encuentra justificación en que resulta de imposible separación la culpa del médico y la culpa o responsabilidad por riesgo del hospital.
- Cuando el médico es auxiliado por otros facultativos, el Supremo ha consolidado, en Sentencia de 18 octubre de 1960¹⁸⁹, que el acto que éste encarga al segundo, se entiende inseparable al conjunto de la actividad, es decir a la obligación asumida por el médico, es por ello que también resulta ser una responsabilidad de carácter marcadamente solidario.
- Cuando el facultativo desempeñe su actividad profesional médica en un centro que no le es propio, éste responderá exclusivamente de las consecuencias de su actuación y de las órdenes que éste preste. El médico además velará por el correcto cumplimiento de dichas órdenes, respondiendo no sólo de sí mismo sino de los actos de sus dependientes ocasionales¹⁹⁰.

En segundo lugar, es necesario poner de relieve que la responsabilidad de médico es de naturaleza subjetiva basada en el reproche culpabilístico como omisión de la diligencia exigible. Sin embargo, puede hablarse de una responsabilidad de origen *cuasi objetiva* cuando nos encontremos ante supuestos en los que exista material o instrumental en mal estado. En éste último caso también cabe estudiar la posible responsabilidad *in vigilando* de las entidades jurídico privada o pública que permiten que los profesionales dependientes de éstas causen daños¹⁹¹.

resultó diagnosticada erróneamente y negligentemente por los médicos demandados, a propósito de la llegada de la menor al centro hospitalario con una dolencia de apendicitis que no fue percibida, siendo diagnosticada como una infección urinaria. A los pocos días como consecuencia de la veloz evolución que presentan las apendicitis, fue intervenida de urgencias por una peritonitis severa, falleciendo en el post-operatorio (RJ 1999/ 9.496).

¹⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ-PEREDA, J. M, *Tratado de Responsabilidad Civil* (GIL DE LA SIERRA, I, Coord.)..., *op. cit.*, p. 1064.

¹⁸⁹ Sentencia del TS, de 18 de octubre de 1960.

¹⁹⁰ Sentencia del TS, de 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993/ 9134).

¹⁹¹ Sentencia del TS, de 5 mayo de 1988 (RJ 1988/ 4.016).

3.4.3 *Presupuestos para la existencia de responsabilidad médica.*

Los requisitos que deben concurrir para poder considerar la existencia de responsabilidad en los sanitarios son:

- a) Culpa o negligencia del artículo 1.902 del CC¹⁹². Como ya mencionamos en líneas precedentes no cabe la observancia de responsabilidad objetiva en esta sede. Es decir la culpa o negligencia del deudor debe ser exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; J. M Martínez- Pereda refleja¹⁹³ que aunque no quepa responsabilidad objetiva sí debe acudirse con rigor a un *criterio objetivo para la apreciación de la culpa*, reflexionando en éste sobre si los médicos y sus auxiliares han procedido con el cuidado, atención o perseverancia exigible, con la observancia necesaria y el sacrificio de tiempo preciso,- además añade y apunta el autor- a un criterio objetivo de valoración de la culpa civil la facultad de moderación de la responsabilidad que proceda de negligencia (concedida a los Tribunales en virtud del p.2 del artículo 1.103 del CC).
- b) En cuanto a la prueba de la culpabilidad. Se establece una distinción entre los supuestos de medicina curativa y los de la medicina satisfactiva. Los primeros supuestos son los más frecuentes, y en éstos la culpa descansa en la inobservancia de la conducta prometida o pactada. La prueba corresponde al dañado, mientras que el facultativo, por su parte, podrá probar que se debió a un supuesto fortuito o de fuerza mayor; en los casos de medicina satisfactiva o de cirugía al entender que estamos más bien en un contrato de obra, y no de arrendamiento de servicios, se comprende que bastará con que el perjudicado demuestre la no satisfacción del resultado concertado, por supuesto, en estos supuestos también es posible que el facultativo de prueba de que se debió a un caso de fuerza mayor o fortuito.
- c) Los daños. La jurisprudencia ha comprendido como daños los de sede material, patrimonial o moral. En el caso de presentarse todos o dos de ellos, no se indemniza doblemente sino que se estipula una única indemnización.

¹⁹² Artículo 1.902 del CC relacionado directamente con el párrafo 2 del artículo 1.104 del CC.

¹⁹³ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA, *Tratado de responsabilidad civil*, loc. cit., pp. 1068.

d) Relación causal entre la culpa del médico y el daño producido al paciente. La cuestión es de compleja delimitación pero abreviadamente conviene señalarse que debe ser el perjudicado el que pruebe esta relación causal, que puede considerarse como la impericia, imprudencia, fallos de mantenimiento del enfermo, descuidos, etc. La relación causal, resulta de muy difícil demostración, ya que, al tratarse de enfermedades hay muchas variantes que pueden afectar en el organismo, independientemente de que exista culpa del médico, es decir, no podemos perder de vista que también se pueden dar hechos del enfermo que empeoren su estado de salud, o modificaciones del organismo que resulten inesperadas. En estos últimos supuestos corresponderá al médico demostrar que se produce la interrupción del nexo causal, por circunstancias atribuibles al paciente, o también en aquellos casos fortuitos o de fuerza mayor.

3.5 Estudio analítico jurisprudencial de la correspondiente responsabilidad de los aseguradores en los supuestos de negligencia médica.

Para el estudio jurisprudencial de la responsabilidad¹⁹⁴ de los aseguradores se parte de situaciones diversas en función de: 1. Si la prestación médico-quirúrgica es conferida por terceros ajenos a la infraestructura asistencial configurada, organizada y gestionada, por la entidad aseguradora, incluso aunque ésta resulte obligada al reembolso de los gastos médicos; 2. Supuestos en los que los servicios sanitarios son desarrollados directamente por el asegurador, a través de profesionales médicos (y personal auxiliar) y centros incluidos en su cuadro asistencial, estableciendo una distinción clara en virtud de si se encuentran insertos en la estructura empresarial, o si por lo contrario, son facultativos independientes: 2.a.) Responsabilidad por errores o negligencias médicas derivadas de profesionales y centros que no se encuentran insertos en la estructura asistencial del asegurador de asistencia sanitaria; 2.b.) Responsabilidad por errores o negligencias médicas de las que son autores los profesionales y centros del cuadro asistencial que forman parte de la entidad aseguradora; 2.c.) Responsabilidad por errores o negligencias médicas por profesionales y establecimientos independientes incluidos en el Cuadro o Guía médica del asegurador vinculados mediante un contrato de prestación de servicios.

¹⁹⁴ Vid. CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...op. cit.*, p. 153.

La jurisprudencia del TS, en torno a estos criterios de responsabilidad civil ya expuestos, sufre una notable transformación en el año 1999. Para ordenar debidamente nuestro estudio comenzaremos por las resoluciones que fueron emitidas con anterioridad, éstas centran básicamente la responsabilidad de las aseguradoras en el presupuesto relativo a la *relación de dependencia* que pudiera ocasionarse entre la compañía y el centro médico o los profesionales. En este orden, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, se procedía a la valoración de si el médico había empleado medios propios, o los puestos a su disposición por la compañía de seguros de asistencia sanitaria. En definitiva, se proponía el análisis de los términos del contrato que había unido a los sujetos, y por consiguiente se iniciaba el estudio determinante de la relación de dependencia que se hubiera establecido para dicho caso.

En este sentido vamos a iniciar un recorrido por las resoluciones más significativas: destaca la ilustrativa Sentencia de 12 de febrero de 1.990¹⁹⁵ que tiene relación con una menor de catorce años, que fue intervenida quirúrgicamente y se le paraliza (a consecuencia de la operación) la parte derecha de la cara por la manipulación del nervio facial. Se interpone demanda contra la entidad Adeslas, S.A., La Catalana Compañía de Seguros, S.A. y el médico. En primera instancia todos los demandados resultaron condenados, pero en grado de apelación La Audiencia Territorial de Pamplona, mantuvo el *dictum* condenatorio del Juzgado, excepto para la aseguradora La Catalana. La Sentencia se recurre en casación. El TS, en su fundamento ordinal primero¹⁹⁶ concluye dos puntos interesantes: 1. la existencia de una relación de dependencia, que reside de modo especial en el hecho de que el facultativo que causó el daño a la víctima *hacía uso de los medios* que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria ponía a su disposición; y 2. pone de manifiesto la existencia de subordinación

¹⁹⁵ Sentencia del TS, de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 677).

¹⁹⁶ Fundamento ordinal primero de derecho: “C) *Que, acreditada la acción, intervención quirúrgica en el conducto auditivo externo el daño, parálisis facial afectación del nervio correspondiente y establecida la relación causal entre aquella acción y este resultado, en lo que, por la proximidad temporal entre el acto operatorio y el defecto subsiguiente, están de acuerdo todos los peritos que han informado en el proceso y afirmándose igualmente en las referidas probanzas que la intervención aunque se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía por qué incidir sobre él directamente, parece indudable que sobre tales bases puede sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa, externa, o una anomalía e imprevisible reacción orgánica de la paciente, susceptibles de producir tal efecto; D) Que existe una cierta subordinación jurídica del médico con «Adeslas, S. A.», aunque en este caso por modo un tanto indirecto por intermedio de la coaseguradora IPRESA, por razón del contrato de servicios profesionales existente entre ambos, por el que el facultativo queda obligado a la atención de los asegurados de aquélla, mediante la correspondiente retribución, y utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición”.*

jurídica (relación de dependencia) del médico con la aseguradora Adeslas S.A., además añade *que la relación de dependencia solo puede afirmarse de los casos concretos, y no debe trasladarse a todos aquellos en los que las compañías aseguradoras ofrezcan un Cuadro o Guía médica propia*¹⁹⁷. Es por ello que, las conclusiones que podemos extraer de esta resolución son: que el Tribunal (de las concretas circunstancias del caso), a través de la subordinación jurídica del médico, y la utilización de los medios que la aseguradora pone a su disposición para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria, concluye la apreciación de una relación de dependencia entre la aseguradora y el facultativo. Además el TS perfila una advertencia y es que la relación de dependencia en los casos sucesivos, debe no entenderse con carácter general por el hecho de que los profesionales figuren en sus cuadros médicos, sino que dicha relación debe proporcionarse y evaluarse según el caso.

Años más tarde, en la Sentencia de 23 de marzo de 1.993¹⁹⁸, no se apreció la verificación de la existencia de relación de dependencia o subordinación. Los hechos que motivaron la demanda, se concretaban en que el hijo de los actores, sufrió un paro cardíaco en una intervención con consecuencias cerebrales irreversibles, por lo que éstos demandaron conjuntamente al cirujano, al anestesista, a IMQ, S.A., y a la empresa propietaria de la clínica en la que tuvo lugar la operación. El Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente a todos los demandados, mientras que la AP, admitió el recurso de la entidad aseguradora (absolviéndola), que argumentaba que: *“La representación de I.M, solicita la revocación de la sentencia, porque no tiene responsabilidad de ninguna clase en la intervención quirúrgica realizada por los médicos demandados en la clínica; la actora sostiene la responsabilidad del I.M. por ser con quien se concertó el seguro de asistencia médica, del que derivan las obligaciones de los demás demandados con el asegurado. Sin embargo, el I.M. no tiene responsabilidad extracontractual, porque es una compañía de seguros del ramo de asistencia sanitaria, cuya actividad se halla regulada en la Orden ministerial de 14 de enero de 1964, en la modalidad “sin cuadro facultativo propio y pago por acto médico” y en el artículo 4º de dicha Orden se establece “que los médicos no están vinculados a la aseguradora por ninguna relación de dependencia” (...), por lo que al no tener relación de dependencia ni jerárquica ni laboral con los médicos*

¹⁹⁷ CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, op. cit., pp. 152 y 153.

¹⁹⁸ Sentencia del TS, de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993/ 2.545).

intervinientes, que el I.M. no elige, no se le puede imputar culpa “in eligendo” o “in vigilando”, sustrato jurídico de la responsabilidad extracontractual, tampoco responsabilidad contractual porque el asegurador ha cumplido con sus obligaciones.”. En este supuesto nos resultó más interesante la motivación del recurso presentado que el propio *dictum absolutorio* de la AP. Argumentación jurídica que pondrá de manifiesto en repetidos textos, el jurista A. Yáñez¹⁹⁹.

Barajando de nuevo el criterio de la dependencia, en la Sentencia de 27 de septiembre de 1994²⁰⁰, se exonera a la compañía aseguradora ASISA. Este caso se inicia porque un menor de dos años sufrió una descarga eléctrica en el dedo medio de la mano izquierda al encontrarse jugando con un enchufe. Para la reparación de las lesiones del niño, el padre lo trasladó hasta la Unidad de Quemados de la Cruz Roja Española que estaba bajo la cobertura sanitaria de ASISA. En la intervención se produce un fallo anestésico derivando en una parada cardiorrespiratoria con secuelas neurológicas de imposible reparación. La AP emite sentencia condenando a tres de los cuatro médicos que participaron en la operación, a CR y a la aseguradora ASISA; pero por su parte, el TS absuelve a la compañía aseguradora ASISA (recurrente en el supuesto) por entender que *no existió ni se pudo comprobar alguna relación de dependencia entre la compañía aseguradora y los médicos* que actuaron de forma negligente; así la resolución judicial establece que el centro sanitario sí fue libremente elegido por el demandante (de entre los que se encontraban en la Guía médica ofrecida por la aseguradora), pero que los médicos con quien ostentaban una relación de subordinación jurídica era con la CR española, lugar en el cual prestaban sus servicios asistenciales medico-quirúrgicos. La *ratio decidendi* de la resolución descansa en que no se aprecia responsabilidad por parte de la aseguradora, al no existir ninguna relación laboral, jurídica ni de dependencia con los facultativos; mientras que, para el caso de la CR sí habían sido elegidos por ésta, derivándose la responsabilidad plasmada en el CC en el artículo 1.903, párrafo 4, que responde a la culpa *in eligendo e in vigilando*. A la vista la falta de dependencia o subordinación, queda perfectamente delimitada en el fundamento jurídico ordinal cuarto de la resolución: “(...) *carentes los médicos actuantes de relación de subordinación con la aseguradora, y sí, en cambio, habiendo sido elegidos por la citada recurrente (se entiende Cruz Roja Española), es evidente que esta última, en virtud del artículo 1.903,*

¹⁹⁹ DE ÁNGEL YÁÑEZ, R, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?”, *Revista Española de Seguros*, 129-130/2007, p. 27.

²⁰⁰ Sentencia del TS, de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/ 7.307).

párrafo 4, del Código Civil, responde por culpa “in eligendo” e “in vigilando” de los daños y perjuicios que causen aquéllos (...) la actual recurrente que los elige y los retribuye, si bien con cargo y como efecto del concierto entre la misma y la aseguradora (...)”. Esta sentencia resultó especialmente tenida en cuenta por la doctrina²⁰¹, por su verdadera claridad argumentativa.

Tal y como iniciábamos el punto, en el año 1.999 el TS emitió una resolución²⁰² que se apartó considerablemente del estudio casuístico de la dependencia. La problemática que se expondrá, se originó porque el TS emitió una resolución ajustada y adaptada a las circunstancias que presentaron para ese caso concreto. Valoración y criterios que *a posteriori* fueron trasladados en todos los supuestos con independencia de los condicionantes de cada uno de ellos. Esto fue calificado por M. MARTÍN CASALS²⁰³ como “*de los peligros del cortar y pegar*”. La Sentencia pionera del cambio jurisprudencial, tiene relación con un supuesto de negligencia médica en el transcurso de una operación de cataratas efectuada por un facultativo oftalmológico. Lo trascendente es que los argumentos esbozados en la resolución del año 1.999, son reproducidos en casos posteriores sin justificación, abandonando la idea de la determinación casuística de la relación de dependencia (que había asentado firmemente el propio Tribunal). La clave de bóveda de este supuesto encuentra su explicación en el hecho de que la aseguradora Esfera Médica, S. A (posteriormente absorbida por Adeslas) y más concretamente sus directivos, *recomendaron expresamente que la intervención fuese realizada por un concreto facultativo*; cuando la operación, por la gravedad que revestía, indiscutiblemente necesitaba que procediese a efectuarla un especialista en retina (especificación que no contemplaba el oftalmólogo recomendado). El *iter* de este supuesto se resume en que en el Juzgado de Primera instancia, se condenó exclusivamente al facultativo que practica la intervención, mientras que en grado de apelación se condena solidariamente tanto al médico oftalmológico como la entidad aseguradora. Esta última plantea recurso de casación ante el Supremo, argumentando que el artículo 1.903 párrafo 4, del CC no ha sido interpretado debidamente. El Tribunal lo rechaza y mantiene la condena para Adeslas, S.A., argumentando que: “*El motivo primero acusa aplicación indebida del artículo 1903.4*

²⁰¹ Cf. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria (...)?”, *Revista Española de Seguros*, loc. cit., p. 30.

²⁰² Sentencia del TS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/ 7.998).

²⁰³ MARTÍN CASAL, M, “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*, 128/2006., p. 812.

del Código Civil y doctrina jurisprudencial, (...) pues si bien entre la aseguradora y el médico no existía relación jerárquica normal, sí se producía materialmente aunque no se extendiera al propio acto médico. El seguro se contrató en atención a la “garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía”, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial”. Con cierta probabilidad la justificación de que la condena se mantuviera, residió en el hecho de que se prueba que fue la propia entidad aseguradora, la que recomienda al facultativo que pasará a prestar la operación, no dejando posibilidad de elección al asegurado. Es por esto por lo que el Tribunal consideró que la responsabilidad en este caso no residió tanto la culpa por hecho ajeno (la recogida en el artículo 1.903 párrafo 4 del CC), sino más bien en la que reposa *en la culpa propia*²⁰⁴ con base en el artículo 1.902. Se trataría, por tanto de una culpa propia *in eligendo*²⁰⁵ de la entidad aseguradora y, a su vez, de forma concurrente, puede apreciarse culpa por hecho ajeno, en el sentido de que entre Adeslas S. A. y el médico, medió una relación contractual basada en un arrendamiento de servicios, que expresa el propio Tribunal que no crea una propia relación jerárquica, pero sí una debida relación contractual, justificándolo con que así había sido interpretado en la Sentencia de esa misma Sala de 12 de febrero de 1.990²⁰⁶. Es importante tener en cuenta que, el Tribunal afirmaba que del estudio minucioso de la relación contractual que unía al facultativo que prestaba el servicio con la entidad aseguradora, sí podía derivarse una relación de dependencia, que hacía justificable la responsabilidad con el afectado por hecho ajeno del artículo 1.903, pfo 4, del CC. Pero que esto no era necesariamente aplicable de forma general, por la mera existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, a todas las relaciones entre prestadores de servicios y entidades aseguradoras, a menos que se dedujera y se constatare la correspondiente responsabilidad del caso²⁰⁷. El problema fue la extensión y

²⁰⁴ Fundamento de Derecho primero: “se reconoció expresamente (...) 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”.

²⁰⁵ Así recoge, “(...) una actuación de la recurrente carente de cuidado, celo, 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”.

²⁰⁶ Sentencia del TS, de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 677).

²⁰⁷ Concluye, “(...) de este modo la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente (,) pues evidentemente entre Adeslas S.A y el médico medió vínculo contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios y si bien el mismo no crea relación jerárquica, sí genera la

generalización de los criterios que resultaron determinantes para la responsabilidad de la entidad aseguradora Adeslas S. A.²⁰⁸ a otros supuestos que nada tenían que ver, dejando atrás los patrones asentados por el propio Supremo.

De este modo, en la Sentencia de 10 de noviembre del año 1.999²⁰⁹, se dibuja perfectamente la generalización de atribución de responsabilidad por hechos ajenos, a las entidades aseguradoras en el supuesto de negligencia de los facultativos ofertados por éstas en sus cuadros médicos. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son que a la paciente fruto de un accidente de trabajo, se le incrusta un segmento de hilo de cobre en el ojo izquierdo, y el oftalmólogo que la valora (que posee una relación contractual en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios con la Mutua Vizcaya Industrial) no detecta su presencia. Cinco años más tarde, la víctima pierde la visión del ojo, a causa de un desprendimiento de retina con presencia de un cuerpo extraño intraocular y catarata. El Juzgado de Primera Instancia rechaza de pleno la demanda, y es en Segunda Instancia donde se admite a trámite la misma, y se condena solidariamente al médico y a la aseguradora alegando la responsabilidad del artículo 1.903 párrafo 4, del CC, reproduciendo sin lógica los argumentos de la Sentencia del año 1.999. En sede de casación, el TS, argumenta por un lado, el hecho de que no existiera una relación laboral entre el médico y la Mutua Vizcaya Industrial²¹⁰, es decir que no estuviera incluido en su cuadro médico, pero sí que debía tenerse en cuenta, que mediaba entre los mismos una relación producto de un arrendamiento de prestación de servicios, por lo que se entendía que se generaba una relación no propiamente de dependencia, pero sí de conexión contractual que daba lugar a la responsabilidad por

contractual correspondiente a este contrato y así lo ha establecido la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1990 (...)”.

²⁰⁸ Respecto de la responsabilidad por hecho propio, el TS, en la Sentencia vuelve a buscar un motivo para justificar la responsabilidad de Adeslas, S.A. De este modo en su fundamento 1º: “...convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado y obliga a aquella a prestar 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”.

²⁰⁹ Sentencia del TS, de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8.057).

²¹⁰ Así, “el hecho de que el doctor no poseyera la condición de empleado de Mutua Vizcaya Industrial, sino que se tratara de un profesional ligado a la misma en virtud de arrendamiento de servicios y al que se le pagaba por cada actuación concreta, es indiferente a los efectos de apreciar la obligación reparatoria civil, directa y solidaria, de esta recurrente, debido a que la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente (...), 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, como ha sentado las SSTS de 12 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1999”.

hecho ajeno de la Mutua, tal cual se reflejaba en las Sentencias del TS 12 de Febrero de 1.990²¹¹ y en la de 2 de noviembre de 1.999²¹². Y por otro lado, a su vez establece responsabilidad por hechos propios, es decir, reproduce el *dictum* de la resolución de la resolución del año 1.999, alegando que en la relación contractual existente entre la aseguradora y el asegurado, la Mutua se *obliga a prestar la asistencia necesaria para cada paciente y además a asegurar y a alcanzar la elección del facultativo adecuado*. Es conveniente recordar que en la resolución del año 1.999, el Tribunal estimó la culpa propia del artículo 1.902 del CC, porque fue la propia entidad aseguradora, la que procedió a aconsejar al paciente, que fuera un determinado facultativo el que efectuase la intervención quirúrgica (criterio que sólo debía ser aplicable a dicho supuesto). Así el Tribunal fundamenta que: “*Los motivos cuarto y sexto del recurso, (...) uno, por quebrantamiento del 1.903, párrafo cuarto, del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, puesto que, según reprocha, la Sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que el doctor U. no formaba parte del cuadro médico de <<Mutua Vizcaya Industrial>>, sino que el mismo era contratado bajo la forma de arrendamiento de servicios y retribuido por acto médico; y por otro, por conculcación del artículo 1.544 del Código Civil, en relación con los artículos 1091 y 1107 del este Texto Legal, pues, según aduce, la resolución recurrida no ha tenido en cuenta que el facultativo demandado no pertenecía a la plantilla (...) pues entre M.V.I. y el médico medió conexión contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios, y si bien la misma no crea propia relación jerárquica, si genera la contractual relativa a dicho contrato, como han asentado las SSTS de 12 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1999 (...)*”. En este supuesto, en el que según juristas como MARTÍN CASALS, se produce un giro copérnico de la jurisprudencia, se puede concluir que el argumento de peso para no tener ninguna duda sobre la responsabilidad contractual de la aseguradora respecto del asegurado, descansa en que ésta se obligó, mediante el contrato privado de asistencia sanitaria, a prestarle la cobertura medico-asistencial pactada en la póliza contractual. En palabras de ÁNGEL YÁGUEZ²¹³: “*El médico actuante fue, pues, un auxiliar de la mutua en el cumplimiento, por parte de esta última, de una prestación asistencial que era incumbencia propia de la mutua*” y, añade, que en el caso de que el

²¹¹ Sentencia del TS, de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/677).

²¹² Sentencia del TS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7.998).

²¹³ Cf. DE ÁNGEL YÁGUEZ, R, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria (...)?”, *Revista Española de Seguros*, loc. cit., p. 37.

médico sí hubiese figurado en la plantilla de la mutua, responder sobre la responsabilidad de ésta, hubiera sido prácticamente incontestable.

La Sentencia de 17 de julio de 2.000²¹⁴, pone de manifiesto la demanda formulada contra IQM, S. A en la que se solicita la reintegración en el patrimonio del perjudicado, de los gastos causados en la asistencia médica, en un centro hospitalario fuera del territorio señalado en las condiciones generales de la póliza. La asistencia médica de la demandante consistió en un tratamiento para un determinado tipo de cáncer. La asistencia de los tratamientos radioterápicos y de quimioterapia, figuraban en la póliza concertada desde el año 1.984, póliza que a cambio de una mayor prima, revistió la categoría especial de «Póliza Oro». Los medios técnicos para su curación le fueron ofrecidos en la póliza del seguro en Cantabria (delimitación territorial), con libre elección de médicos del cuadro de facultativos de la aseguradora y los centros asistenciales de la misma. La realidad era que en esa circunscripción territorial, no se disponía de dichos medios, de tal manera que la aseguradora estaba desprovista de la cobertura necesaria para facilitar los servicios contratados. La entidad al no poder facilitar los servicios infringe el artículo 105 de la LCS, convirtiendo las estipulaciones de la póliza delimitativas del riesgo, en cláusulas limitativas de derechos²¹⁵. Además en virtud del artículo 32 de la LCS, también supone una infracción al principio básico incorporado a la cláusula fundamental primera que dice así “*el asegurador proporcionará al asegurado la asistencia médica y quirúrgica en toda clase de enfermedades o lesiones comprendidas en las especialidades y modalidades que figuran en la descripción de los servicios de la póliza*”. El asegurado, facilitó la solicitud de los servicios a su aseguradora, y al ésta no disponer de los medios necesarios, acudió a la contratación privada de los mismos en otra Comunidad Autónoma, para posteriormente solicitar el abono de las cantidades. La demanda se admite porque el Tribunal dio por probado que el tratamiento al que acudió la demandante fue conocido y aceptado por la propia aseguradora, entendiéndose que incumple con los parámetros previamente fijados en el contrato que le unía con el asegurado (ésta ya tenía conocimiento de la imposibilidad de dotar a sus asegurados dichos tratamientos oncológicos en su demarcación territorial). Concluyendo que probablemente hubiera sido necesario excluir de la póliza el tratamiento (que no el diagnóstico) de todo lo relacionado con el cáncer, entendiéndose que de no hacerlo generaría responsabilidad por incumplimiento

²¹⁴ Sentencia del TS, de 17 de julio del 2000 (RJ 2000/ 6178).

²¹⁵ *Vid.* Supra 1.6.

contractual para la compañía de seguros con la consiguiente necesidad de restitución de los gastos médicos derivados de la solicitud de asistencia sanitaria en otro centro privado que estuviera fuera de la lista de centros ofrecidos.

El TS avanza en la Sentencia del 4 de octubre de 2.004²¹⁶, en su virtud indemnizó a la demandante, por los daños sufridos por su hijo en el parto a causa de un sufrimiento fetal no detectado a tiempo. Se demandó conjuntamente (el Tribunal los condena), al médico y a la comadrona que estuvo presente en el alumbramiento, así como a la mutua «Asistencia Sanitaria Colegial» (en cuyo cuadro asistencial figuraban los facultativos citados anteriormente); sin embargo, absuelve a la Clínica Sagrada Familia por entender que, aunque el parto se produjera en instalaciones de su dependencia no tuvieron relación con los daños acaecidos. La valoración del Tribunal se asienta en la idea de que el médico y la comadrona fueron negligentes al no tomar las medidas que corresponde adoptar para casos de sufrimiento fetal. La motivación judicial, deduce de las cláusulas pactadas en la póliza: que de la relación contractual asegurador-asegurado, se deriva responsabilidad por no haber garantizado la correcta atención médica previamente pactada (que la propia mutua promocionaba destacando las ventajas de sus servicios), como la elección de médico entre los incluidos en su lista y el pago por su parte de cada acto asistencial garantizando expresamente la correcta atención. El pronunciamiento resulta muy interesante, por la inclusión del incumplimiento de la normativa de protección a los consumidores (integrando al asegurado en la definición de consumidor) aplicando el artículo 28 del TRLGDCU, basándose en el dictum que ya había conferido para otro supuesto de 19 de junio de 2001 (con idénticas características): “(...) *asumió, además el pago de los gastos médicos, la efectiva prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos, los medios y en las condiciones que la póliza detallaba (...)*”.

De este modo tras la pertinente revisión jurisprudencial, se produce un cambio de motivación que fijamos en los siguientes hitos: 1º) se abandona el estudio pormenorizado de cada caso para poder concluir si existía una verdadera relación de dependencia entre la entidad aseguradora y el médico. En virtud de esto los Tribunales optan por generalizar erróneamente la idea de que las sociedades aseguradoras, siempre serán responsables por hechos ajenos en los casos en los que exista un contrato de arrendamiento de servicios; 2º) se amplían los parámetros de responsabilidad de las

²¹⁶ Sentencia del TS, de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004/6066).

entidades aseguradoras (en este caso por hecho propio), con la justificación de que las compañías de seguros están obligadas no solo a prestar la asistencia sanitaria a sus asegurados, sino también a efectuar una elección del facultativo adecuado. Lo que vendría a concluirse como una solidaridad con el resultado negativo en el caso de producirse una actuación negativa por parte del facultativo designado.

Para poner fin a este capítulo nos gustaría profundizar en la importante reflexión del jurista ÁNGEL YÁGÜEZ, sobre la responsabilidad del asegurador, y si ésta debe dirigirse por el plano de la responsabilidad del artículo 1.903 (o lo que es lo mismo, la responsabilidad por hechos ajenos). Entiende que, en general cuando los órganos emiten fallos de condena al asegurador, ello es por considerar que la entidad aseguradora *garantizaba la asistencia sanitaria del asegurado*; además, también constituirán sentencias condenatorias, aquellas en las que el profesional o el establecimiento médico actuante se encuentra en situación de dependencia respecto del asegurador. La reflexión a la que nos somete este consagrado jurista resulta muy destacable ya que, tras lo que hemos descrito, éste no encuentra en los argumentos que ha esgrimido el TS, un correcto soporte dogmático de sus estimaciones. Para ello postula que no se toma en cuenta que la relación principal que une al asegurador y asegurado, es una relación de naturaleza contractual, hecho que entra en conflicto al sostener argumentos de culpabilidad basados en el régimen de responsabilidad extracontractual (no tiene razón de ser desde los planteamientos de la lógica jurídica). Es por ello que sólo encontraría justificación la responsabilidad extracontractual del asegurador, cuando esté basada no tanto en el régimen de la responsabilidad civil, sino en los *principios* que la inspiran.

A partir de toda la argumentación que ya hemos recogido anteriormente en el estudio de las sentencias sobre la responsabilidad del empresario (justificada por el artículo 1.903 párrafo 4, del CC) se entiende que los aseguradores necesiten de los servicios de otros (los médicos y sus auxiliares), y que en virtud de un contrato arrendamiento de servicios o de arrendamiento de obra, ejecuten la prestación que ellos mismos no pueden desempeñar, ya que no son los profesionales titulados. Ahora bien, la doctrina del TS ha destacado que para que el comitente de un contrato de obra (criterios extensibles al contrato de arrendamiento de servicios²¹⁷) responda de las

²¹⁷ Del estudio de la argumentación conferida por ÁNGEL YÁGÜEZ podemos afirmar que: extiende los criterios sobre responsabilidad aplicables al contrato de obra como para el contrato de arrendamiento de servicios, pero como bien adelantamos en líneas precedentes, en el inicio del capítulo, la doctrina se encuentra notablemente dividida en considerar si la obligación asumida por el asegurador comprendería una obligación de resultado, o más bien una caracterizada por ser de naturaleza de medios.

actuaciones del contratista²¹⁸, éste debe gobernar o dirigir la actividad causante de los hechos²¹⁹. Por lo tanto, asimilando los criterios del contrato de obra al contrato de arrendamiento de servicios, el TS subraya la autonomía del contratista en la asunción de los riesgos que se pudieren acontecer, ya que la organización y gestión de los medios estaría plenamente sujeta a la discrecionalidad del médico; es por ello, que si la fundamentación esencial y por ende aplicabilidad, del artículo 1.903 del CC, recae en la relación de dependencia y subordinación del empresario/trabajador, es inviable engendrar una relación de dependencia en esta sede, que justifique la responsabilidad del asegurador. Para poder motivar aún más este argumento, el propio TS en Sentencia de 11 de junio de 1.968, absolvió a la empresa comitente por los daños causados por la contratista. Recogiendo que en la Sentencia que la Audiencia emite, esta comete un error, y es asentar la responsabilidad en el artículo 1.903 del CC, ya que la empresa contratista no se hallaba en relación de dependencia ni de subordinación respecto de la comitente (cualidad condicionante para atribuir responsabilidad), y cuando a la empresa comitente no se le puede exigir mayor responsabilidad, que la de contratar con la empresa autorizada. En sentencias de fechas posteriores, concretamente del año 2.000 y otra del año siguiente²²⁰, se recoge que para poder contemplar una relación que pudiera calificarse como de dependencia o subordinación, es necesario que el comitente se hubiera reservado la participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección, y donde conjuntamente, para poder considerar la existencia de responsabilidad del artículo 1.903 por culpa *in vigilando* del empresario, es requisito que le hubiera competido la vigilancia, intervención, coordinación, o cierta dirección en los trabajos efectuados o a efectuar (es decir, que el acto lesivo se haya realizado en la esfera de actividad del responsable). Sería más adecuado para los seguros privados de asistencia sanitaria, que el soporte dogmático de las resoluciones recayese en los razonamientos de que entre asegurado y asegurador existe una relación contractual, que tiene por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria. En el cual si se produce una prestación defectuosa del asegurador o de su dependiente, cabe al acreedor (en este caso el asegurado), ejercitar una acción de responsabilidad contractual²²¹. A su juicio la responsabilidad tendría lugar por la responsabilidad del deudor por la actividad

²¹⁸ El artículo 1.596 del CC dispone que el contratista sea responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

²¹⁹ Vid. DIEZ PICAZO, L, Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 386.

²²⁰ Sentencias del TS, de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000/ 7534) y del 2 de noviembre de 2001 (RJ 2001/ 9641).

²²¹ En este sentido, ÁNGEL YÁGÜEZ, habla de “lesión del derecho de crédito”.

de sus auxiliares que hayan intervenido en la actividad. Concretando que las aseguradoras de asistencia sanitaria que asignan su deber de prestación a profesionales, delegan en un tercero, pero la prestación incumbe en sí a la propia entidad de seguros.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA: A pesar de poseer una regulación conjunta, no supone dificultad concluir que las diferencias entre los seguros de enfermedad y los de asistencia sanitaria son perfectamente palmarias. En primer lugar, las prestaciones en los de enfermedad se consideran de reparación, a tanto alzado y mixtas, distando significativamente de las de los seguros de asistencia sanitaria, ya que en el supuesto de que se produzca el riesgo asegurado, el asegurador asumirá directamente los servicios médico-quirúrgicos. En segundo lugar, aunque el artículo 106 de la LCS prevea la aplicación indistinta de las normas del seguro de accidentes para ambos, resulta más idónea la relación que se engendra con el de enfermedad, ya que para los segundos, debido a su especial funcionamiento, se concluye la inaplicación del artículo 102.2 y el 104 de la LCS. En último lugar, la adaptación de la normativa europea, pudo potenciar la discusión interpretativa de la regulación conjunta ya que, en España, a diferencia de otros ordenamientos, la difusión de los seguros de asistencia sanitaria ha tenido mayor auge que los de enfermedad. En definitiva, no hallamos un criterio unánime sobre la estrecha relación que presentan estos seguros, inclinándonos por defenderlos como una categoría de seguros autónoma frente a los de enfermedad.

SEGUNDA: La clasificación de los seguros en torno al riesgo es la única históricamente aceptada. No obstante, gran parte de la doctrina, avala la posición que se corresponde con la naturaleza jurídica del seguro de asistencia sanitaria como una categoría próxima a los seguros de daños, incidiendo en primer lugar, en que el interés respondería a la relación entre asegurado y su propio patrimonio; en segundo lugar, en que desempeñan una función preventiva del daño patrimonial que se originaría a consecuencia del coste de tratamientos, diagnósticos, etc.; en tercer lugar, que es patente la estrecha relación con la función indemnizatoria que radica en la posibilidad de subrogación del asegurador en los derechos del asegurado, el cual posee como fundamento el surgimiento de un derecho de crédito contra el causante del daño; y en último lugar, se denota estrecha relación con el artículo 18 de la LCS. En definitiva, no nos desprendemos irreversiblemente de la clasificación tradicional relacionada con el riesgo, pero ello no óbice para entender que su motivación es parca y simple, para un seguro que presenta la necesidad de un estudio particular de su mecanismo, que nos lleva hasta otra concepción.

TERCERA: De las modalidades existentes, por su prestación pueden diferenciarse dos clasificaciones: la primera, aquella en la que el asegurador dota al asegurado de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, pudiendo ser la prestación desarrollada directamente por éste o, por lo contrario, por terceros ajenos a la infraestructura empresarial y, la segunda, aquella en la que se vería complementada con el reembolso de determinados gastos médicos, que debieran ser previamente negociados y estipulados en la póliza contractual; por otro lado, también pueden clasificarse según el tipo de retribución que el personal recibiría de la aseguradora, diferenciando entre los seguros con sistema de pago capitolativo y, los de retribución por acto médico. Las aseguradoras que opten por el primer sistema, retribuirán los servicios por periodos que comprenderían una mensualidad y que dependerá del número de asegurados que le hayan sido previamente asignados al facultativo, mientras que, en el sistema de pago capitolativo, éste verá satisfecha su actividad a raíz de cada intervención o consulta, cobrando intensa relevancia el número de asegurados que serán atendidos.

CUARTA: En el artículo 80, no se prevé el interés como elemento integrante de los seguros de personas, deduciendo que la relación económica sólo debe perpetuarse respecto de los bienes o del patrimonio; sin embargo, poniendo de manifiesto una visión enteramente tradicional del contrato de seguro, correspondida con la Teoría General de Contratos, identificaríamos los elementos riesgo e interés como la causa y el objeto. Respecto del riesgo, el problema no estribaría tanto en su identificación, sino más bien, en su concreción y delimitación, así de las pólizas pudimos concluir que se cubrirán las «lesiones y enfermedades» precisando que no debe confundirse lesión al modo de la configuración del riesgo en los seguros de accidentes, sino que simplemente bastará con el detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad. El interés por su parte, ofreció dos vertientes interpretativas, la primera manifestando que objeto y sujeto de interés constituirían lo mismo, y una segunda de carácter restrictiva, ceñida a la idea de que el interés se definiría como la relación susceptible de valoración económica que existe entre un sujeto y su patrimonio, validando situar la naturaleza de los seguros de asistencia sanitaria, próximos a los seguros contra daños.

QUINTA: Las pólizas contractuales estarían constituidas por las condiciones generales, condiciones particulares, y, en su caso, por las condiciones especiales. Las dos primeras, tal y como reza el artículo 3, tienen que estar redactadas de forma clara y precisa,

destacándose en negritas las cláusulas limitativas de derechos. También se recoge que las condiciones generales, no deben propiciar una situación perjudicial o dañosa para el asegurado, por ser calificadas como abusivas, inicuas, desproporcionadas, injustas, y además, ser contrarias de forma relevante, a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, propiciando la discusión de si éste régimen configurado para las generales, es también aplicable a las condiciones particulares. La conclusión que tomamos ahonda en la idea de que las cláusulas lesivas pueden ir en contra de la imperatividad de la Ley y de los principios rectores, por lo que a pesar de que las condiciones particulares supongan una previa negociación con la parte débil, éstas pueden suponer una desproporcionada onerosidad para el asegurado y un indiscutible desequilibrio frente a la entidad aseguradora.

SEXTA: El contrato de seguro de asistencia sanitaria, al igual que el resto de seguros, se configura como de máxima buena fe, teniendo su plasmación fundamental en el deber de declaración del riesgo. En relación con este deber de naturaleza precontractual, el asegurado al ser cuestionado por el padecimiento de enfermedades y dolencias, es posible que desconozca la existencia de las mismas, por lo que es jurisprudencia asentada, que para que se estime una declaración como inexacta o inveraz, será requisito cierta negligencia por su parte. De este modo, para agotar las dudas que sosteníamos acerca de cómo acuñar la finalización del contrato, en los supuestos de declaraciones inveraces, concluimos que con la regulación de la LCS, se habla de rescisión y no de anulabilidad del contrato, así la terminología no sería solamente más precisa sino que, además, se entendería como un indicio de que el contrato, a pesar de haber sido validamente celebrado, producía efectos nocivos para alguna de las partes. De este modo, comprobamos que se le otorga una amplia cobertura al concepto de rescisión, pudiendo significar dejar sin efecto, extinción o denuncia del contrato.

SÉPTIMA: La declaración de la edad del asegurado se considera fundamental, no solo para el cálculo de la prima, sino también porque dependerá de ésta, la predisposición a padecer enfermedades. Lo trascendente es que en el supuesto de declaración de edad inexacta concluimos que no será de aplicación los artículos 10 a 13 de la LCS, previendo tres soluciones particulares para este supuesto. Además, deliberábamos si en el cuestionario de salud, es procedente incluir cuestiones relacionadas con el SIDA o VIH. Es patente que esta discusión ha tenido una mayor repercusión en los seguros de

vida, pero es precisamente la razón de la salud o el riesgo asegurado, lo que nos permite establecer una conexión directa con los de asistencia sanitaria. Es por ello, que concluimos que la línea que se sigue en la actualidad, responde a la idea de suprimir las preguntas relativas a los grupos sanguíneos de riesgo, o las relacionadas con la enfermedad en sí, destacando que la existencia de anticuerpos del SIDA no suponen *per se* el padecimiento de la enfermedad, no debiendo responder afirmativamente el asegurado, en los supuestos en los que se incluya preguntas sobre el padecimiento de enfermedad.

OCTAVA: La LCS los artículos 89 y 90, preceptos relativos a los seguros de vida, regulan las cláusulas de indisputabilidad que, a la vista del estudio minucioso de las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria, resulta contrastable y llamativa su inclusión en las mismas, provocándonos inexcusablemente la necesidad de una justificación, ya que raíz de la citada regulación nada nos llevaría a entender la existencia de estas cláusulas en los seguros que nos competen. En su definición, éstas suponen que el asegurador, transcurrido un plazo que oscila entre uno y dos años, no podrá hacer uso de su derecho a rescindir el contrato bajo la causa de inexactitud o reserva en la respuesta del cuestionario sobre su estado de salud. Concluimos que el razonamiento que encajaría de forma óptima, para gestar una suficiente explicación, sea el de considerar que la inclusión de estas cláusulas en las condiciones generales de las pólizas de los seguros de asistencia sanitaria, tenga como razón la salud o riesgo del asegurado, reafirmando la clasificación históricamente aceptada, sobre la división de seguros de personas y seguros de daños en la LCS, haciendo extensible los criterios para los seguros de vida a los seguros de asistencia sanitaria.

NOVENA: Además de la obligación fundamental del pago de la prima, el asegurado también participa en los costes de ciertos servicios de la asistencia sanitaria, y aunque ambos constituyan, en definitiva, el desembolso de una suma de dinero, no deben confundirse, ya que poseen una naturaleza jurídica distinta, constituyendo la prima el precio del seguro, que vendría a satisfacerse independientemente de que se aconteciera el siniestro mientras que, la participación en los costes, supone un añadido que solo le será exigible tras la puesta en marcha de los servicios médico-quirúrgicos. La participación en los costes, puede figurar tanto en las condiciones generales como en las particulares, de incluirse en las segundas presumimos siempre su no lesividad al haberse

negociado previamente con el asegurado (el artículo 3.1 en principio sólo se refiere a las condiciones generales), pero concluimos que es contradictoria su inclusión en las mismas ya que, si los precios sobre determinados tratamientos o servicios médicos vienen predefinidos por la propia aseguradora, resulta evidente su no negociación con la parte débil del contrato, lo que nos lleva a concluir la posible intencionalidad del asegurador de incluirlas estratégicamente en las disposiciones particulares para eludir la posible calificación de cláusulas lesivas -en el supuesto de serlo- a las que se ven sujetas las cláusulas que comprenden las condiciones generales.

DÉCIMA: Los deberes de comunicar el siniestro y el de informar sobre las circunstancias y consecuencias del mismo, se encuentran regulados conjuntamente en el artículo 16. La motivación del legislador para ligarlos estrechamente, reside en la necesidad del asegurador de gestionar y liquidar todo lo relativo al siniestro en la mayor brevedad posible. En relación con primer deber, la determinación del inicio de la enfermedad o lesión resulta compleja, por lo que concluimos que la interpretación del artículo 16 debe flexibilizarse, entendiéndose como aquella en la que el asegurado pone de manifiesto el conocimiento de la enfermedad en el momento en el que solicita la valoración del facultativo. El segundo deber por su parte, exhibe un matiz distintivo del primero, y es que la información que se suministre ya no versará sobre una descripción sucinta de los hechos, sino que ésta poseerá relación directa con las causas, efecto, personas afectadas y terceros que lo hayan podido causar, en definitiva, se activará el mecanismo de exigencia de responsabilidad.

UNDÉCIMA: La doctrina científica, no muestra una posición unánime al calificar la obligación del asegurador. Los primeros postulan que la obligación principal, comprende la prestación de seguridad o de garantía en forma de cobertura sanitaria en las condiciones reflejadas en la póliza, mientras que, los segundos, defienden que la obligación no responde a la obligación de que el paciente recobre la salud, sino que ésta se limita únicamente a gestionar y a organizar los medios y servicios médicos. En este orden de cosas, podemos concluir que el TS refleja que el asegurador toma por obligación, prestar un servicio sanitario idóneo para el asegurado, y, además debe optimizar sus recursos para elegir los facultativos garantizando la vigilancia del ejercicio de los mismos. Además para la extensión de la obligación queda suficientemente justificado que no solo debe cumplir con la puesta a disposición de un

servicio sanitario sino que, además, ahondará en su responsabilidad las actuaciones de los médicos, profesionales, y centros hospitalarios que se integren en su cuadro asistencial, pertenezcan o no a su estructura empresarial.

DUODÉCIMA: La acción librada por los profesionales médicos y, sobre el tipo de obligación que asumen, no suscita dudas, ya que su actividad, se vería incardinada en una obligación de medios, con excepción en los casos en los que la relación jurídica sea reveladora de un contrato de obra, referido al caso de prótesis dentarias o cirugía estética. Sin embargo, la discusión sobre la naturaleza de la relación contractual, que vincula a los aseguradores y a los profesionales que desempeñan la asistencia médica, se centró en delimitar si nos encontramos ante una relación que reposa sobre un contrato de obra, o por lo contrario, si nos hallamos ante un arrendamiento de servicios. Pudimos concluir que la solución más acertada, y que adoptaríamos, es la reflejada reiteradamente por el TS, en cuya virtud señala que en el caso de dudas a la hora de calificar la relación jurídica, debe ser necesaria la interpretación tendente a considerarla como arrendamiento de servicios si el resultado no puede asegurarse por el profesional que lo realiza.

DÉCIMA TERCERA: En materia de responsabilidad de los aseguradores en los supuestos de negligencia médica, destacamos que se produce un cambio de motivación de las Sentencias a partir del año 1.999, que sintetizaremos en los dos siguientes hitos: en primer lugar, se produce un inequívoco abandono del estudio pormenorizado de cada supuesto, cuyo objetivo era concluir la existencia de una verdadera relación de dependencia entre la entidad aseguradora y el profesional sanitario, que de comprobarse, desplegaría la responsabilidad correspondiente. Así a partir de la fecha citada, se propaga con carácter general, la idea errónea de que las sociedades aseguradoras siempre serán responsables, por hechos ajenos, en los casos en los que medie un contrato de arrendamiento de servicios; y, en segundo lugar, se advierte una ampliación de los parámetros de responsabilidad de las aseguradoras, generalmente responsabilidad por hechos propios, apostando por la justificación de que las compañías de seguros no sólo tienen obligación de prestar los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a sus asegurados, sino también de proceder a la elección óptima de los profesionales médicos, garantizando así un servicio inmejorable.

BIBLIOGRAFÍA

AZPIAZU MONTEYS, A, *Manual práctico sobre los derechos del asegurado*, Barcelona, Ediciones Fausí.

CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012.

DIEZ- PICAZO, L, Y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Volumen II, 2005.

EVELIO VERDERA Y TUELLS (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1981.

GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, Segunda edición, 1982.

LARRAYA RUIZ, L, J, *Las Cláusulas limitativas de los Derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 30/1980, de Contrato de Seguro*, Navarra, Aranzadi, 2001.

LASARTE, C. (Dir.)/ CAPILLA RONCERO, F./ CASADO OLLERO, G./ MONTOYA MELGAR, A./ MORENO CATENA, V./ PAREJO ALFONSO, L./ TORNOS MAS, J., *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, Tecnos, 1997.

LATORRE CHINER, N, *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Granada, Comares, 2000.

MARCO ARCALÁ, L. A, *Seguros de personas. Aspectos generales*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2002.

SÁNCHEZ CALERO, F, (Dir.)/ TIRADO SUÁREZ, J./ TAPIA HERMIDA, A. J./ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Comentarios a la Ley 50/ 1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Aranzadi, 2ª edición, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, F, (Dir.)/ TIRADO SUÁREZ, F. J./ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./ TAPIA HERMIDA, A. J./ FUENTES CAMACHO, V, *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 4ª edición, 2010.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.)/ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R./ GONZÁLEZ POVEDA, P./ MARTÍNEZ PEREDA, J, M./ SANTOS BRIZ, J, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, Tomo I, 2008.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.)/ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R./ GONZÁLEZ POVEDA, P./ MARTÍNEZ PEREDA, J, M./ SANTOS BRIZ, J, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, Tomo II, 2008.

V.V.A.A, *Contratos Mercantiles* (Coordinación BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A, y CALZADA CONDE, M, A.), Navarra, Aranzadi, Edición IV, 2009.

VEIGA COPO, A, *Condiciones en el Contrato de Seguro*, Granada, Comares, 2005.

Revistas jurídicas:

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, ¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas? *Revista Española de Seguros*, 129-130/2007

MARTÍN CASALS, M, “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*, 128/2006.

LÓPEZ QUIROGA, J./ SAN PEDRO MARTÍNEZ, G./ QUIRÓS, A (URÍA MENÉNDEZ, Abogados), “La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, 128/2006.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, 128/2006.

VÁZQUEZ DE PADURA, M, “La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, 128/2006.

Sentencias:

1. Sentencia del TS, de 4 de noviembre de 1947 (RJ 1947/1212)
2. Sentencia del TS, de 25 de abril de 1949
3. Sentencia del TS, de 18 de octubre de 1960
4. Sentencia del TS, de 11 de junio de 1968
5. Sentencia del TS, de 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983/ 5953)
6. Sentencia del TS, de 14 de julio de 1987 (RJ 1987/ 5492)
7. Sentencia del TS, de 12 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8376)
8. Sentencia del TS, de 4 de abril de 1988 (RAJ 1988/2650)
9. Sentencia del TS, de 5 mayo de 1988 (RJ 1988/ 4016)
10. Sentencia del TS, de 26 de mayo de 1989 (RJ 1989/3891)
11. Sentencia del TS, de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/ 5718)
12. Sentencia del TS, del 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8831)
13. Sentencia del TS, de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 688)
14. Sentencia del TS, de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 677)
15. Sentencia del TS, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/ 10863)
16. Sentencia del TS, de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/ 771)

17. Sentencia del TS, de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993/ 2545)
18. Sentencia de TS, de 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9136)
19. Sentencia de TS, de 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993/ 9134)
20. Sentencia del TS, de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994/ 3611)
21. Sentencia del TS, de 9 de julio de 1994 (RJ 1994/6383)
22. Sentencia del TS, de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/ 7.307)
23. Sentencia del TS, de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/ 745)
24. Sentencia del TS, de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997/ 8964)
25. Sentencia del TS, de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/2140)
26. Sentencia del TS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/ 7998)
27. Sentencia del TS, de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057)
28. Sentencia del TS, de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9094)
29. Sentencia del TS, de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9496)
30. Sentencia del TS, de 17 de julio, de 2000 (RJ 2000/6178)
31. Sentencia del TS, de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000/ 7534)
32. Sentencia de TS, de 16 octubre de 2000 (RJ 2000/9195)
33. Sentencia del TS, de 2 de noviembre de 2001 (RJ 2001/ 9641)
34. Sentencia del TS, de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004/6066)
35. Sentencia de TS, de 23 de septiembre de 2005 (RJ 2005/ 8880)
36. Sentencia de TS, de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/ 3132)
37. Sentencia de la AP de A Coruña, de 13 de julio de 1994 (AC 1994/ 1269)
38. Sentencia de la AP Guipúzcoa, de 25 de septiembre de 1996 (AC 1997/507)
39. Sentencia de la AP de Barcelona, de 17 de julio de 1998 (AC 1998/ 6191)
40. Sentencia de la AP de Madrid, de 10 de mayo de 1999 (AC 1999/ 8431)
41. Sentencia de la AP de Barcelona, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002/210333)
42. Sentencia de la AP de Vizcaya, de 9 de febrero de 2005 (AC 2005/ 653)
43. Sentencia de la AP de Lérida, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/ 128982)
44. Sentencia de AP de Madrid, de 28 Mayo (JUR 2009\400661)
45. Sentencia de AP de León, de 7 de julio (RJ 2010/286)
46. Sentencia de la AP de Bilbao, de 30 de julio de 2010 (RJ 2010/419)

Periódico:

El Mundo, Extra-salud, «*Traje sanitario*» a medida para cada cliente», Castilla y León, 18 de abril de 2013, pp.8-9.

Recursos web:

Real Academia de la Lengua Española

www.rae.es

Mapfre, S. A. de Seguros y Reaseguros

www.mapfre.es

Guía para la contratación de seguros, Ministerio de Economía y Competitividad

www.dgsfp.es

Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (Fundación IDIS)

www.fundacionidis.com