

LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA Y LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS DE DETERMINADOS ASEGURADOS¹

Pilar Domínguez Martínez

Profesora contratada doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este estudio trata de analizar el régimen jurídico del seguro de asistencia sanitaria en lo relativo a la determinación del riesgo asegurado, las cláusulas limitativas, el deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, la determinación de la responsabilidad del asegurador, las cláusulas de exoneración de responsabilidad hasta cuestiones de tanta importancia social como son las relativas a la negación de estos contratos a los afectados de determinadas enfermedades llamadas "preexistentes" así como las limitaciones en la cobertura de este seguro a estos colectivos.

Palabras clave: Seguro de asistencia sanitaria, cláusulas limitativas, riesgo asegurado, responsabilidad, cobertura, asegurado, asegurador.

Title: The hiring of health care insurance and the limitations of the rights of certain insured persons

Abstract: This study attempts to analyze the status of the medical care insurance in relation to the determination of the insured risk, the restrictive clauses, the duty of Declaration of the risk by the policyholder, the determination of the liability of the insurer, the clauses of exemption from liability to such social issues such as those relating to the denial of these contracts to people with certain diseases called "pre-existing" as well as the limitations on coverage This insurance to these groups.

Keywords: Health care insurance, clauses limiting, insured risk, liability, coverage,

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera.

insured and insurer.

SUMARIO: 1. La universalización de la asistencia sanitaria pública y los seguros privados de asistencia sanitaria. 2. Seguro de asistencia sanitaria: Naturaleza. 2.1. *Seguro de asistencia sanitaria y seguro de enfermedad.* 2.1.1. *Tratamiento conjunto.* 2.1.2. *Tratamiento diferenciado.* 2.1.3. Valoración. 3. Régimen jurídico. 3.1. *Derecho aplicable.* 3.2. *Autonomía de la voluntad en el contrato de seguro de asistencia sanitaria.* 4. Delimitación del riesgo asegurado: Las cláusulas del Contrato. 4.1. *Cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas.* 4.1.1. *Supuestos concretos.* 4.1.2. *Cláusulas de exclusión de enfermedades preexistentes.* 5. El Tomador del seguro de asistencia sanitaria. 5.1. *Tomador del seguro y asegurado.* 5.2. *Deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro.* 5.2.1. *El Cuestionario de Salud.* 6. Contenido de la obligación del asegurador y Responsabilidad. 6.1. *Asunción directa de la prestación de servicios sanitarios.* 6.1.1. *Publicidad Vinculante.* 6.2. *Actividad aseguradora estricta y la prestacional médico sanitaria.* 6.2.1. *Responsabilidad del asegurador.* 6.2.2. *Responsabilidad contractual y extracontractual.* 6.2.3. *Responsabilidad solidaria y subsidiaria.* 6.2.4. *Valoración*

1. La universalización de la asistencia sanitaria pública y los seguros privados de asistencia sanitaria

Presupuesto el derecho a la protección de la salud que para el ciudadano no asegurado consagra nuestra Constitución en el artículo 43² y el mandato a los poderes públicos para que instauren un servicio público de asistencia sanitaria que acoja a toda la población sin diferencias o exclusiones³, su materialización se ha producido a través de la aplicación de dos sectores normativos diferentes, la legislación de Sanidad y la legislación de la Seguridad Social. Estos cuerpos normativos tienen planteamientos contrapuestos, pues mientras la legislación de Sanidad vincula el derecho a la asistencia sanitaria a la mera condición de ciudadano residente, la de la Seguridad Social lo relaciona con la circunstancia de estar dado de alta en la Seguridad Social, es decir, al mundo del trabajo, o a ser beneficiario de la misma en razón de algún título jurídico específico como puede deberse a tratarse de personas sin recursos económicos, o ser familiares del trabajador, entre otros⁴.

Quedan lejanos los tiempos en los que ante la inexistencia del seguro obligatorio de enfermedad se imponía el antecedente del aseguramiento privado a través de los llamados "igualatorios para las clases trabajadoras más pobres no asistidas por la

² Este precepto resulta reforzado por el artículo 51 CE que habilita al legislador a establecer medidas específicas protección del asegurado. (V.. entre otros, BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., "Ámbito de aplicación de los derechos de los consumidores en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 28)

³ V.. GARRIDO FALLA, F. , "Comentario al artículo 43", *Comentarios a la Constitución* , Civitas, 2ª Ed., 1985, pág. 789

⁴ PEMÁN GAVÍN, J, "Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", *Revista Derecho y Salud* , vol. 16, extraordinario, 2008, pág. 53

Beneficencia⁵.

Sea como fuere, lo cierto es que la universalización de la asistencia sanitaria pública y gratuita y su extensión a los colectivos excluidos ha sido un propósito tanto de la Legislación de Sanidad desde 1986 como de las legislaciones autonómicas que en virtud de sus correspondientes títulos competenciales han legislado en esta materia⁶. La aspiración de que este principio de universalización se pretendió alcanzara su culmen con la publicación de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, lo que no fue conseguido. En efecto, las pretensiones de extensión de la sanidad pública a determinados colectivos excluidos no han sido reconocidas en esta Ley como una realidad ni se ha garantizado su efectividad en un plazo determinado⁷.

Precisamente la exclusión de la sanidad pública a determinados colectivos ha facilitado la contratación de seguros privados de asistencia sanitaria, sin obviar entre otras razones apuntadas por la doctrina como el volumen de las listas de espera, los incentivos del sector público a través de subvenciones o desgravaciones fiscales⁸. No debe olvidarse como el seguro privado de asistencia sanitaria puede ser una buena opción para los funcionarios integrados en MUFACE⁹.

El incremento en la contratación de esta modalidad de seguro ha ido paralelo al surgimiento de una problemática que abarca entre otras cosas, desde la determinación de la responsabilidad del asegurador y de los médicos incluidos en las listas de las aseguradoras, cláusulas de exoneración de responsabilidad¹⁰, hasta cuestiones de tanto calado social como son las relativas a la negación de estos contratos a los afectados de determinadas enfermedades llamadas "preexistentes"

⁵ GÓNZALEZ CARRASCO, M.C., "Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España", *Aranzadi Civil-Mercantil*, Thomson-Aranzadi, nº. 20, 2007, pág. 6. También lo reconoce NÚÑEZ LOZANO, M.C., *Las aseguradoras de asistencia sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 84. Por su parte, ESCRIBANO COLLADO, P., pone de manifiesto que la desprotección de la clase trabajadora que se encontraba entre la población pobre y la más favorecida. (*El Derecho a la salud*, Sevilla, 1976, pág. 27.

⁶ Concretamente, la asistencia sanitaria se encuadra en el ámbito competencial relativo a la "sanidad", es decir, el contenido en el art. 149.1.16, no el correspondiente a la "seguridad social". V. Sa este respecto la STC 25 mayo 2004 (RTC 2004, 98) .

⁷ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución", *Revista Aranzadi Doctrinal* nº. 9, Aranzadi, Pamplona, 2012. Entre otras objeciones, señala este autor como la Ley condiciona la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos distintos a los parados sin desempleo, a la evolución de las cuentas públicas, además se pospone a la aprobación de un reglamento que fijará los términos y condiciones de la extensión.

⁸ GÓNZALEZ CARRASCO, M.C., "Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España", *Aranzadi Civil-Mercantil*, Thomson-Aranzadi, nº. 20, 2007, pág. 2.

⁹ En este sentido, el RDL 16/2012, de 20 de abril , de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, así como la Resolución de 20 diciembre 2011 de MUFACE que publica el concierto suscrito con las entidades de asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2012 y 2013.

¹⁰ Sobre esta cuestión, entre otros, V.. DE ÁNGEL, YÁGUEZ., "Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en las listas?", *Revista Española de Seguro*, nº 129-139, 2007, págs. 7 y ss

así como las limitaciones en la cobertura de este seguro a estos colectivos. Precisamente nuestro interés se centra en analizar la posición del sujeto contratante que se encuentra en esta situación y las medidas que le garanticen una determinada protección. Este análisis permitirá continuar con el tratamiento de la protección y garantía de los derechos de los contratantes una vez celebrado el contrato, precisamente los casos de responsabilidad de la aseguradora y de los facultativos por daños sufridos por los asegurados a la vista fundamentalmente de los clausulados de algunas aseguradoras sobre cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad. Para lograr este objetivo, será imprescindible desglosar el régimen jurídico del seguro de asistencia sanitaria, así como sus elementos y contenido proyectados sobre asegurados que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

2. Seguro de asistencia sanitaria: naturaleza

Nos encontramos con una modalidad de seguro que se engloba en la llamada categoría de "seguros de salud" referida a todas las modalidades de seguros de personas que cubren riesgos relacionados con la salud del asegurado, junto con el seguro de enfermedad y además en la modalidad independiente el llamado seguro de reembolso, incluso en opinión de la doctrina, el llamado "seguro de dependencia" que incluye la dependencia en el ramo enfermedad, no regulado en la LCS pero sí en el artículo 6 TR Ley de Ordenación de Seguros Privados¹¹.

2.1. Seguro de asistencia sanitaria y seguro de enfermedad

2.1.1. Tratamiento conjunto

El seguro de asistencia sanitaria se encuentra regulado junto al seguro de enfermedad, dentro de la categoría de Seguros de Personas, en el Título III, Sección 4ª, concretamente en los artículos 105 y 106 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS).

Dispone el art. 105 LCS "Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen".

La Ley define este seguro aunque no establece un régimen jurídico concreto. Es por ello que el artículo 106, sin perjuicio de remitirse a un desarrollo reglamentario, declara aplicable la normativa general contenida en los artículos 80 a 82 y las disposiciones que sobre seguros

¹¹ Contemplado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

de accidentes puedan aplicarse en cuanto fuesen compatibles¹².

Además de su consideración como un tipo dentro de la categoría de los seguros de personas por razón del objeto del riesgo asegurado, puede señalarse como el art. 105 LCS encuadra el seguro de asistencia sanitaria como tipo o modalidad específica de seguro junto al seguro de enfermedad, a pesar que la configuración legal de ambos tipos contractuales no ha obtenido un reconocimiento unánime por la doctrina, máxime cuando además la Disposición adicional 1ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, recoge en el ramo 2 ambos tipos de seguros¹³.

La consideración conjunta de ambos seguros resulta además reforzada por la referencia que el art. 105 hace en el comienzo del precepto al seguro de enfermedad como categoría general, referirse "cuando el riesgo cubierto sea la enfermedad..", es decir, el riesgo cubierto en los dos seguros es el mismo, las consecuencias económicas derivadas de la enfermedad. No obstante, partiendo de la definición que hace el artículo 105, si el seguro de enfermedad, es el contrato de seguro mediante el cual el asegurador se obliga «al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica», en palabras del artículo 105 de la LCS, o bien una combinación de ambas, lo podríamos configurar como un seguro de sumas¹⁴.

2.1.2. *Tratamiento diferenciado*

Sin embargo, según el mismo precepto, en el seguro de asistencia sanitaria el "asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos", por tanto nos encontraríamos ante un seguro de prestación de servicios. En tal caso, el mismo precepto dispone que "la realización de tales servicios se efectuará dentro de los

¹² Es decir, las disposiciones contenidas en la sección 3.ª del título III (arts.100 al 104), a la que se remite el artículo 106, pero sólo "en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros".

¹³ Sin embargo, anteriormente, el artículo 6.a) del a LOSP 16 diciembre 1954 contemplaba las diferencias en las exigencias de capital entre los dos ramos, también el artículo 10 de la LOSP de 1984 la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987 establecía una distinción al incluir en el ramo 2, seguros de enfermedad, y el ramo 19, seguros de asistencia sanitaria, lo que en modo alguno significa identificación de las dos modalidades de seguros, a pesar de que en algunos Ordenamientos europeos, como el alemán y el holandés no haya distinción por consagrarse un seguro de enfermedad como seguro de reembolso de gastos médicos sin que el asegurador realice la prestación de los servicios. (A este respecto V.. ALARCÓN FIDALGO, J, "El seguro de enfermedad en Alemania", *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos de SEAIDA, nº 6, págs. 33 y ss., citado por MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., pág. 61.) El mismo autor en "Los seguros de accidentes, enfermedad y dependencia", *Derecho Mercantil*, Vol. 9ª, *Los contratos de seguro*, coords. JIMENEZ SÁNCHEZ, J., Y DÍAZ MORENO, A., 15ª ed., Marcial Pons, 2013, págs. 445.

¹⁴ De este modo, según las distintas formas de cobertura de este seguro, se distingue entre enfermedad simple y enfermedad que requiere prestaciones más específicas (VEIGA COPO, A.B., "Contrato de seguro", *Tratado de contratos. Contratos de mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación, contratos de seguro*, Tomo V, 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág.)

límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen". Sin embargo, hay una tendencia a la distinción entre ambos seguros¹⁵, así en la llamada jurisprudencia menor entre otras, la SAP La Coruña 28 abril 2009 que se refiere a la asunción de la prestación de servicios médicos y quirúrgicos como nota distintiva del seguro de asistencia sanitaria frente al de enfermedad y al también llamado seguro de reembolso de gastos médicos¹⁶.

2.1.3. Valoración

En definitiva, lo relevante a los efectos que nos interesa y que justifica que este estudio se centre en el seguro de asistencia sanitaria más que en el de enfermedad, fundamentalmente se basan en que en el seguro de enfermedad aunque suela pactarse un periodo de carencia antes de que el contrato despliegue sus efectos y sea habitual la selección del riesgo por la aseguradora a través de cuestionarios o test de salud e incluso pruebas complementarias, así como no incluir en la cobertura las enfermedades sufridas por el asegurado con anterioridad a la celebración del contrato, salvo consentimiento expreso de la aseguradora, debe advertirse que no es lo normal en este seguro como si lo es en el de asistencia sanitaria¹⁷, lo que ha provocado situaciones de desprotección del asegurado enfermo en el momento de la celebración del contrato de seguro.

La reglamentación delimitadora sobre la realización de los servicios a la que se refiere la Ley va referida además de la correspondiente al contrato de seguro, también a la reguladora de la actividad profesional médica y quirúrgica.

3. Régimen jurídico

3.1. Derecho aplicable

En cuanto a su régimen jurídico, debe advertirse que además de la aplicación del título primero de la LCS¹⁸, aplicable a todos los contratos de seguro en los términos establecidos en el artículo 2, también serán aplicables las normas contenidas en la sección primera del título III (arts. 80, 81 y 82), donde se recogen las disposiciones comunes a todos los seguros de personas. En este punto debe tenerse en cuenta la excepción contenida en el artículo 82 que si

¹⁵ Entre otros, V.. VEIGA COPO, A.B., op. cit, pág. 6907, también MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "Los seguros de accidentes, enfermedad y dependencia", *Derecho Mercantil*, Vol. 9ª, *Los contratos de seguro*, coords. JIMENEZ SÁNCHEZ, J., Y DÍAZ MORENO, A., 15ª ed., Marcial Pons, 2013, págs. 447.

¹⁶ En sentido parecido, V.. SAP Madrid 25 mayo 2005. Sin embargo no se hace distinción en la STS (Sala 1ª) 24 mayo 2012 y en la llamada jurisprudencia menor, entre otras en las SSAAPP Pontevedra 30 abril 2012, A Coruña 28 abril 2009, Barcelona 14 mayo 2008.

¹⁷ VEIGA COPO, A.B., op. cit. pág. 6907.

¹⁸ Artículos del 1 al 24 LCS.

bien excluye de la facultad de subrogación del asegurador a los seguros de personas deja fuera de dicha exclusión los gastos de asistencia sanitaria, pero no las cantidades pagadas a tanto alzado. Debe considerarse en cuanto a la aplicación de la normativa de la LCS, concebida fundamentalmente para prestaciones dinerarias, no encaja suficientemente con alguna de las funciones que cumple este seguro como es la función asistencial. Resulta también complicada la aplicación de la normativa del seguro de vida y accidentes, pues el seguro de asistencia sanitaria no puede cubrir el riesgo de la existencia humana, no es un seguro de sumas, lo que también contrasta con el seguro de enfermedad y no contempla la figura del beneficiario, como tercero, adjudicatario de la prestación dineraria del asegurador¹⁹.

3.2. Autonomía de la voluntad en el contrato de seguro de asistencia sanitaria

Por último, en sede del régimen jurídico aplicable, y por lo que más nos interesa, a los efectos de la determinación de la cobertura y los riesgos excluidos, así como las cláusulas de exoneración de responsabilidad, no debe olvidarse la autonomía de la voluntad de las partes reflejada en el contrato de seguro, es decir, las condiciones generales y particulares incluidas en el contrato que constituyen un importante eslabón en su régimen jurídico²⁰. No en vano ha sido que la escasez de normas sobre este contrato de seguro, las cláusulas incorporadas al contrato adquieren un especial protagonismo²¹. En efecto, en el seguro de asistencia sanitaria las condiciones particulares y generales tienen una importante función para conocer la cobertura del asegurador, además de por lo que se refiere a los tipos de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios asumidos, lo que es más importante, para la determinación de los riesgos cubiertos, la limitación respecto a determinadas enfermedades y la existencia de condiciones que limiten o excluyan la responsabilidad de la compañía. La diversidad de servicios que puede prestar un asegurador de asistencia sanitaria y los riesgos que son excluidos de la cobertura en la póliza quedan concretadas a través de las condiciones generales y particulares del contrato. En cuanto al régimen de las mismas, por un lado, el artículo 2 de la LCS se refiere a la posibilidad de alterar el régimen de la Ley siempre que establezcan un régimen más beneficioso para el asegurado, además la redacción de las mismas debe ser clara y precisa, y deben ser aceptadas expresamente por escrito aquellas cláusulas limitativas

¹⁹ V.. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 282, octubre-diciembre 2011, págs. 57 y 58.

²⁰ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "El seguro privado de asistencia sanitaria", Fundación Mapfre, Madrid, 2002, pág. 65.

²¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., op. cit. , pág. 65, nota. 90. Este autor apunta la reflexión de Garrigues antes de la publicación de la LCS según el cual "la pobreza del Código de Comercio nos lleva a buscar el Derecho vivo del seguro en las condiciones de las pólizas" ("Discurso de clausura y resumen de coloquios", *RES*, 1976, nº5, pág. 12).

de los derechos de los asegurados²².

Como ha sido dicho, la importancia de las cláusulas resulta de interés a los efectos de la delimitación de los servicios incluidos y aún más por lo que se refiere en este trabajo y será abordado después, a los riesgos excluidos, precisamente las enfermedades o lesiones ya existentes al tiempo de celebrar el contrato a salvo de las declaradas por el tomador del seguro en el cuestionario de salud²³.

4. Delimitación del riesgo asegurado: Las cláusulas del Contrato.

Junto con las declaraciones contenidas en el cuestionario que debe completar el asegurado, la configuración del riesgo asegurado viene delimitado en el contrato y más en concreto en su clausulado. Fundamentales son las cláusulas del contrato de seguro de asistencia sanitaria en aras a la determinación de la cobertura de un riesgo como causa del contrato de seguro y lo que es más importante predetermina las obligaciones del asegurador.

4.1. Cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas

Es muy habitual que en el seguro de asistencia sanitaria, al igual que ocurre en el de enfermedad y vida, además de prever periodos de carencia, en las cláusulas se excluya la cobertura a las enfermedades anteriores al contrato, así como a las enfermedades de etiología congénita. El problema radica en la distinción entre las cláusulas delimitadoras del riesgo de las que pueden ser abusivas y limitativas de los derechos del asegurado. A este respecto, una cláusula limitativa de los derechos del asegurado debe cumplir los requisitos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: *“se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”*.

En sede de responsabilidad de la aseguradora, como se tratará, interesa una referencia al régimen de las cláusulas de exoneración o limitación de esta responsabilidad, máxime cuando nos encontramos ante un contrato con consumidores y usuarios de servicios sanitarios, de un seguro como es el de

²² Artículo 3.1 LCS.

²³ Con carácter general, en las pólizas de estos seguros se suelen enumerar los siguientes: 1) Las enfermedades o lesiones ya existentes al tiempo de celebrar el contrato. 2) Ciertas prótesis y aparatos ortopédicos. 3) Los daños nucleares o radioactivos. 4) Las enfermedades o lesiones derivadas de guerras, actos de terrorismo, inundaciones, epidemias y cualquier otro evento de naturaleza catastrófica. 5) Los tratamientos estéticos. 6) Algunos trasplantes. 7) Las consecuencias de la drogadicción y alcoholismo. 8) Los accidentes amparados por el seguro obligatorio de vehículos a motor. 9) Las enfermedades o lesiones derivadas de la práctica de cualquier deporte profesional. 10) El intento de suicidio y los daños provocados de modo voluntario. 11) Los tratamientos de psicoterapia, psicoanálisis, terapia de grupo, tests psicológicos, hipnosis, curas de sueño, sofrología, narcolepsia ambulatoria. (V.. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., op. cit. pág. 89). Este autor se refiere también a otros riesgos excluidos en algunas pólizas que no son comunes como son las enfermedades o accidentes laborales y profesionales, las vacunas y los contrastes radiológicos, las actividades de riesgo, los daños derivados de apuestas, riñas, etc.

asistencia sanitaria en el que debe tenerse en cuenta además de la normativa protectora de los consumidores, la dirigida a la protección de la vida y la salud del asegurado. Precisamente la SAP Madrid 18 septiembre 1995 se refiere al artículo 51.1 CE en lo relativo al "enjuiciamiento de una situación en la que se desatiende en principio una obligación tan importante como es la cobertura de la asistencia sanitaria concertada a través de una póliza de seguro", y es que como se ha dicho que "todas las normas dirigidas a proteger la salud de las personas deben ser incluidas entre las que tienen por objeto la protección de los consumidores"²⁴.

Entre los límites infranqueables, se encuentra la conformidad con el derecho imperativo, la moral y el orden público, por tanto se consideran abusivas "la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquel".

La salvaguardia de la integridad física o moral del asegurado se configura como principio de orden público.

Cuando se trata de la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo es difícil establecer una regla general, ha de estarse al caso concreto²⁵, no obstante, es doctrina negar el carácter limitativo de los derechos de los asegurados a la definición de los riesgos cubiertos, lo que sería distinto de la cláusula que partiendo de un riesgo cubierto contuviera excepción a su aplicación²⁶.

En tales casos se aplica la doctrina jurisprudencial que interpreta restrictivamente las cláusulas limitativas de todo contrato de adhesión y, más concretamente, la que considera sin validez las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad que no aparecen firmadas o aceptadas expresamente por el tomador del seguro²⁷. No basta que se incluya como un simple apéndice de referencia, agregado a máquina, dentro de las condiciones particulares, debe aceptarse por escrito²⁸. Sin olvidar en estos casos que la interpretación cláusulas oscuras debe realizarse la exégesis más favorable al

²⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., op. cit., pág. 102. Así mismo subraya este autor, que aunque la protección de la salud no estuviera integrada en el ámbito de la protección de los consumidores, esta normativa sería aplicada (págs. 142 y ss).

²⁵ Es por ello que no se ha compartido el alcance general expresado por la STS (Sala 1ª) 16 octubre 2000 según la cual "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". que puede afectar a la voluntad de las partes libremente plasmada en el contrato de seguro. (V.. ARQUILLO COLET, B., op. cit. pág. 8).

²⁶ STS (Sala 1ª) 10 febrero 1998 (RJ 1998, 752).

²⁷ V. Entre otras, SSTS (Sala 1ª) 9 mayo 1988 (RJ 1988, 3501), 14 diciembre 1990 (RJ 1990, 9516), 13 diciembre 2000 (RJ 2000, 9308).

²⁸ Como estableció la SAP Baleares (Sección 5ª) 9 septiembre 2002 (RJ 2002, 2038). Esta sentencia además diferencia las cláusulas delimitadoras de las limitativas al decir, que se trata de distinguir la definición del riesgo y el límite de la cobertura de la exclusión de la cobertura necesidad de aceptación específica por escrito.

asegurado²⁹.

4.1.1. *Supuestos concretos*

De este modo, la determinación del plazo o periodo de carencia se ha considerado como cláusula limitativa, debiendo subordinarse su eficacia a la aceptación del asegurado de forma expresa a través de la doble firma³⁰.

Resulta especialmente conflictiva y ha sido cuestionada por la doctrina en aras a una modificación legislativa que impidiera la posibilidad de denuncia unilateral del contrato al vencimiento por el asegurador con dos meses de preaviso, lo cual puede significar la falta de aseguramiento de determinadas enfermedades crónicas³¹.

La cláusula que excluye de la cobertura los accidentes laborales ha sido considerada como cláusula limitativa en la STS 21 febrero 2003. En este punto debe advertirse que la conflictividad no es tan relevante en los casos de accidentes de tráfico, precisamente porque el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística incluye la asistencia sanitaria dentro de su ámbito de cobertura.

La exclusión de la prestación de servicios en la unidad de cuidados intensivos en el caso resuelto por la STS 28 junio 1985 ha sido considerado por la doctrina en la actualidad como un supuesto de cláusula abusiva, habida cuenta del desarrollo tecnológico en el ámbito médico³².

Resulta significativa la utilización de cláusulas que exigen el pago previo del servicio sanitario prestado con el posterior reintegro por la aseguradora, las cuales han sido declaradas como abusivas. Precisamente en sede de asegurados, mutualistas de MUFACE, la STSJ Madrid (Sala 3ª secc. 6ª) 21 diciembre 2012, reconoce el carácter abusivo de una cláusula del concierto de MUFACE en este sentido³³.

Se considera abusiva la cláusula que evita la condena solidaria a la aseguradora por daños que se imputen a los facultativos o en los centros sanitarios, sufridos por el asegurado durante la prestación de la

²⁹ SAP Baleares (Sección 5ª) 9 septiembre 2002 (RJ 2002, 2038), antes citada.

³⁰ Entre otras, V.. SSAAPP Cantabria 9 febrero 2004, Baleares 28 enero 2002, Barcelona 3 noviembre 1999, Asturias 22 mayo 2000, Valencia 11 julio 2001.

³¹ TIRADO SUÁREZ, J., "Seguros de prestación de servicios", *Derecho Mercantil*, Vol. 9ª, *Los contratos de seguro*, (coords.) JIMENEZ SÁNCHEZ, J., Y DÍAZ MORENO, A., 15ª ed., Marcial Pons, 2013, pág.304.

³² TIRADO SUÁREZ, J., op. cit., pág.304.

³³ En el caso enjuiciado la cláusula exigía que el mutualista pagara previamente el servicio sanitario prestado al prestador del servicio (Hospital Universitario de la Paz), el Tribunal se refiere a la necesidad de reclamación del pago a la aseguradora privada y en su caso a MUFACE, pero en ningún caso a la familia del mutualista fallecido.

asistencia sanitaria.

Sin embargo, resulta admisible la cláusula que gradúa, limita o exonera de responsabilidad contractual por hechos negligentes o culposos del deudor conforme lo dispuesto en el artículo 1102 CC, a sensu contrario.

Así mismo, las cláusulas que establecen que la prestación del asegurador no se extiende a las prótesis y aparatos protésicos son consideradas cláusulas delimitadoras del riesgo³⁴, tampoco a los servicios de estomatología: implantes dentales y ortodoncia³⁵.

4.1.2. Cláusulas de exclusión de enfermedades preexistentes

En cuanto a las enfermedades objeto de tratamiento, las enfermedades comprendidas y no excluidas expresamente en la póliza determinarán el alcance de la cobertura, la cual junto con el periodo de carencia han constituido y siguen constituyendo los puntos más conflictivos que han motivado en ocasiones situaciones verdaderamente injustas para el asegurado.

En este sentido ha sido considerada la exclusión de enfermedades anteriores por la póliza de seguro, como cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Las dificultades prácticas para distinguir las cláusulas de exclusión de cobertura, que delimitan el riesgo objeto del contrato (o, en otras palabras, delimitan el ámbito y la extensión del riesgo, son anteriores al nacimiento de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, y permiten fijar el importe de la prima) y las cláusulas que limitan los derechos del asegurado.

Además del tratamiento de las enfermedades preexistentes, resulta significativa la limitación y restricciones de las compañías aseguradoras a las personas con discapacidad, vulnerable colectivo discriminado en la suscripción de esta clase de pólizas, además de por ser más proclives a riesgos de salud, también a sufrir determinados siniestros o eventos susceptibles de aseguramiento³⁶, máxime la garantía y protección que a estos colectivos establece la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados.

Nos encontramos con una clara discriminación de las compañías aseguradoras a las personas con enfermedades que quieren contratar un seguro de este tipo que son generalmente rechazadas como

³⁴ SAP Madrid 21 abril 2004.

³⁵ SAP Palencia (sección 1ª) 5 noviembre 2012 (AC 2013, 398).

³⁶ V. a este respecto, ROMERO GALLARDO, A, "Igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en la contratación de seguros privados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 818, Thomson-Aranzadi, 2011.

asegurados o en el mejor de los casos sufren una penalización en las primas. Precisamente la LCS impone al tomador la obligación de informar a la aseguradora con exactitud y veracidad sobre la edad y el estado de salud del asegurado³⁷. A este respecto, sería recomendable, atendida las iniciativas aplicadas en otros países como EEUU, como ha sido apuntado, la concesión de ayudas públicas a las aseguradoras que aceptarán a estas personas con este tipo de enfermedades³⁸.

Cuando se habla de enfermedades preexistentes, las mismas han debido manifestarse en el momento de la contratación, declaradas en el cuestionario³⁹. En cuanto a estas, no debe confundirse con el supuesto de aparición de nuevas enfermedades que surgen por una patología anterior pero que no se confunden con ella⁴⁰.

5. El Tomador del seguro de asistencia sanitaria

5.1. Tomador del seguro y asegurado

Este seguro puede contratarse a nivel individual o a nivel de empresa. Si bien, nuestro interés irá referido al contrato celebrado por el particular como consumidor, la contratación por las empresas es cada vez más frecuente al proporcionar ventajas fiscales⁴¹, competitivas, retributivas para los empleados, los cuales valoran muy favorablemente esta iniciativa⁴². En estos casos, el tomador viene representado por la empresa y los asegurados y beneficiarios son los trabajadores y sus familiares.

Respecto al tomador del seguro es frecuente que sea a la vez asegurado y beneficiado, como ocurre con el padre de familia que contrata este seguro

³⁷ Artículos 89 y 90 LCS.

³⁸ V.. LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., *Estudio y clasificación de los seguros privados desde la perspectiva del derecho administrativo*, tirant, nº 847, Valencia, 2013, pág. 320. Este autor se refiere a la propuesta que el 26 de marzo de 2009 presentó al Senado la presidenta de la Americas Health Insurance Plans, asociación que representa a las aseguradoras sanitarias privadas de EEUU, con la finalidad de que se concedieran ayudas públicas a las aseguradoras que aceptaran a a personas con enfermedades preexistentes.

³⁹ Artículos 10 y 89 LCS.

⁴⁰ TIRADO SUÁREZ, J., op. cit., pág. 306

⁴¹ Sin perjuicio de los incentivos fiscales para particulares sujetos a rendimientos de actividades económicas en régimen de rendimiento neto en estimación directa, para los que le prima satisfecha en su propia cobertura y en la de su cónyuge e hijos menores de 25 años que convivan con él, se les considera gasto deducible a los efectos de la determinación del rendimiento neto, son mayores los reconocidos a las empresas que contratan los seguros de asistencia sanitaria con cobertura a sus trabajadores. Si bien, para el obtener los beneficios fiscales, en España, a diferencia de otros países como Portugal, no es necesario tener a todos los trabajadores en la póliza. Sin embargo, la contratación de estos seguros no supone prescindir de la Seguridad Social, a diferencia de lo permitido en otros países, como en Bélgica y Holanda que podría suponer un ahorro en los presupuestos públicos. (LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., op. cit. págs. 320-323).

⁴² LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., op.cit, pág.321. Se refiere al incremento de la contratación de este seguro por las empresas de un 56 % en 2006 hasta un 66 % en 2011. (PASCUAL, R., "A fondo", *Capital*, febrero 2009, págs. 10 y ss.)

para todos los miembros de la familia. No es necesario la autorización escrita del asegurado por no ser aplicable el requisito del interés al que se refiere el artículo 83.4 LCS en el ámbito del seguro de enfermedad⁴³. Significativa es la igualdad de trato entre sexos en el cálculo de las tarifas de estos contratos de seguro, en las primas y prestaciones de las personas aseguradas, cuando aquellas consideren el sexo como factor de cálculo, materializado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y en el ámbito que nos ocupa por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y de la creación de Empleo que ha modificado el Texto Refundido de Ley de Ordenación de los Seguros Privados al introducir la Disposición Adicional 12ª sobre "Igualdad de trato entre mujeres y hombres"⁴⁴. Además una cuestión muy discutida y de gran importancia a los efectos de la cobertura del seguro, ha sido el reconocimiento del aseguramiento automático en la póliza de la madre de los hijos recién nacidos⁴⁵, fundado en la tendencia a la llamada "vis atractiva del menor recién nacido al seguro"⁴⁶. Cuestión de importancia cuando el recién nacido padece de una enfermedad grave que se considera preexistente y excluible de la póliza. Aún más cuando no se cuenta ni siquiera con la exclusión de la enfermedad de la póliza, quedando impedido a participar en el contrato en su condición de asegurado.

5.2. Deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro

5.2.1. El Cuestionario de Salud

No debe olvidarse que entre las obligaciones del tomador del seguro se encuentra el deber precontractual de declaración del riesgo previsto en el art. 10 de la Ley de Contrato de Seguro y que en caso de inexactitud e incumplimiento de este deber mediando dolo o culpa grave del tomador del seguro el asegurador puede liberarse del pago de la prestación⁴⁷. En

⁴³ TIRADO SUÁREZ, J., op. cit., pág. 300.

⁴⁴ La Disposición Transitoria 6ª de esta Ley 11/2013 establece el día inicial de eficacia de lo dispuesto en la Disposición Adicional 13ª y 14ª, aplicable a las pensiones, seguros privados, voluntarios e independientes del ámbito laboral y a los servicios financieros afines que deriven de contratos celebrados a partir del 21 de diciembre de 2012

⁴⁵ A favor de la incorporación automática, las SSAAPP La Coruña 13 julio 2000 y Pontevedra 21 julio 2000. Por su parte la SAP Baleares admite el aseguramiento del recién nacido en la póliza de la madre. En contra, la SAP Barcelona 21 diciembre 2000 que excluye los gastos de incubadora por no estar asegurados, la SAP Málaga 14 diciembre 2001 deniega la cobertura por encontrarse en el periodo de carencia.

⁴⁶ VEIGA COPO, A.B., op. cit., pág. 6913.

⁴⁷ Es por ello que el art. 16 LCS se refiere al deber del asegurado de facilitar al asegurador las informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, y "en caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave". De este modo la SAP Zaragoza 13 diciembre 2004 y la SAP Baleares 18 marzo 2005 consideran dolosa la falta de información en el cuestionario, así mismo la SAP (secc. 5ª) Málaga 18 marzo 2010 (JUR 2011, 210648) y la SAP Sevilla (secc. 5ª) 22 octubre 2003 (JUR 2003, 265072) que rechaza la reclamación del asegurado por tratarse de padecimientos invalidantes preexistentes aunque se manifestaran a muy corto plazo de la firma del contrato. La liberación del asegurador en este caso contrasta con la falta de previsión

efecto, el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la declaración del riesgo, a salvo el asegurador no le sometiera el cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se tratara de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él⁴⁸. En todo caso, como ha sido dicho, lo cierto es que el mencionado artículo 10 de la LCS no obliga al potencial contratante a declarar todas las circunstancias que concurran en el momento de elaborar el "dossier" previo a la celebración del contrato y básico para la estimación del riesgo y de la prima, sino solamente aquellas que, concurriendo, le resulten conocidas⁴⁹. Debe advertirse que se ha llegado a reconocer como falta de presentación del cuestionario, la circunstancia de que el mismo fuera completado por un intermediario y no materialmente por el mismo tomador. Así, según la STS (Sala 1ª) 12 abril 2004 que el cuestionario no sea rellenado por el tomador equivale a una "falta de presentación del cuestionario"⁵⁰. Menos restrictivos se han mostrado los tribunales en cuanto a la forma del documento, de este modo la STS (Sala 1ª) 31 mayo 2004 señala que la mera "Declaración de Salud" del tomador equivale al cuestionario. Sea como fuere, no han faltado soluciones que conforme a la equidad, reducen la prestación del asegurador por la falta de diligencia del tomador al completar el cuestionario.

La inexactitud en la declaración del riesgo real a través del cuestionario además de por la posible omisión dolosa de enfermedades graves padecidas por el asegurado puede deberse al desconocimiento o ignorancia del interesado sobre su salud en el momento de la declaración o a la distinta percepción o valoración que pueda hacer el asegurado de

en este sentido en los casos de incumplimiento del deber de comunicar variación del riesgo durante el desarrollo del contrato conforme al artículo 11 LCS. A favor del tomador del seguro, entre otras, la SAO Girona (sección 1ª) 27 enero 2003 (AC 2003, 227), la SAP (secc. 5ª) Baleares 18 febrero 2013 (AC 2013, 919) que declara la falta de acreditación de dolo en la declaración del riesgo realizada por el tomador del seguro pues la existencia de patologías previas no guardan ninguna relación con la patología que dio lugar a la intervención litigiosa. Así mismo, la SAP Valencia 14 octubre 2004, la cual niega la existencia de dolo por parte del asegurado por no haberse realizado ningún examen médico por el asegurador. Así mismo, la SAP Valencia (secc. 7ª) 21 febrero 2003 (AC 2003, 1290) según la cual, la no indicación en el cuestionario por el asegurado de su condición de bebedor habitual no acredita con certeza que el mismo tuviera tal condición o que, aún de tenerla, ella fuera la causa de su enfermedad hepática, ni que la ocultara con dolo, por tanto no existe incumplimiento por el asegurado de lo previsto en el art. 10 LCS. Por su parte la SAP Sta Cruz de Tenerife (secc. 3ª) 27 julio 2007 (AC 2008, 33) no considera sea enfermedad, la rotoescoliosis lumbar asintomática, previa a la suscripción de la póliza y no determinante de la lumbalgia que ocasionó la intervención quirúrgica.

⁴⁸ En este sentido, V.. SAP Tarragona 20 febrero 1999 que considera imputable al asegurador la ausencia de una pregunta expresa sobre la hipertensión,

⁴⁹ SAP (secc. 5ª) Málaga 18 marzo 2010 (JUR 2011, 210648).

⁵⁰ Así mismo, la SAP Toledo 6 marzo 2003, considera que el cuestionario cumplimentado por un agente como equivalente al supuesto de ausencia de cuestionario.

la dolencia que padece, es decir de la "gravedad" o circunstancia determinante de su dolencia en aras a su declaración. Se trataría de un desconocimiento no imputable al asegurado⁵¹. Tampoco sería imputable al asegurado cuando la omisión en la declaración fuese debida a la falta de preguntas concordantes en el cuestionario que el asegurador le someta. En este caso el Tribunal Supremo ha manifestado que "el deber impuesto al tomador del seguro de contestar verazmente al cuestionario que se le someta, declarando todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo (art. 10 de la L 50/1980), exige, a su vez, que por el asegurador se haya presentado a aquél el correspondiente cuestionario"⁵².

Siguiendo con la ignorancia de enfermedades por el asegurado y relacionado con ello es la distinta percepción del asegurado la cual no sólo puede referirse a la gravedad de la enfermedad, sino también a la consideración de una dolencia como enfermedad a los efectos de la declaración en el cuestionario como circunstancia determinante para la concreción del riesgo asegurado. En este sentido también la tendencia jurisprudencial es favorable al asegurado lo que contrasta con la doctrina jurisprudencial anterior⁵³, al entender que el deber de declaración del tomador en el cuestionario no afecta a dolencias anteriores que no se han materializado en enfermedades diagnosticadas⁵⁴. Así mismo, no obstante deberá estarse al caso concreto, pues en algún caso se entendió que hubo dolo del asegurado al omitir la información sobre la práctica anterior al contrato de una prueba especial⁵⁵. Por ello, aunque no sea necesario declarar a la compañía aseguradora el riesgo de una futura enfermedad, sino sólo el padecimiento actual o anterior de una enfermedad médicamente diagnosticada, debe advertirse que habrá de estarse al caso concreto, la clase de dolencia, su gravedad, su persistencia, a la prueba y su alcance, a la existencia o no de ocultación y dolo. En definitiva, además determinar el alcance de esta declaración definitiva del riesgo en función haya de determinarse la prestación a satisfacer por el asegurador, así como en la determinación de la cuantía de la prima y del capital asegurado⁵⁶.

⁵¹ Así, la STS (Sala 1ª) 31 diciembre 2002 declaró la ausencia de dolo del asegurado que ocultó su epilepsia. El Tribunal Supremo declara que quien padece epilepsia puede considerar que no es una enfermedad grave, puesto que se manifiesta en brotes esporádicos, y que no tiene por qué influir en el riesgo asegurado.

⁵² SSTs (Sala 1ª) 7 febrero 2001 (RJ 2001, 1164), 5 febrero 1989 (RJ 1989, 761), 12 noviembre 1987 (RJ 1987, 8376), 4 abril 1988 (RJ 1988, 8376).

⁵³ Entre otras, V.. STS (Sala 1ª) 2 abril 2001 sobre un supuesto en el que el asegurado no manifestó que padecía de unos dolores que luego devinieron en cáncer y que fueron determinantes al TS para entender que se ocultaron elementos decisivos para la correcta valoración del riesgo, no obstante la ignorancia que el tomador del seguro tuviera sobre su alcance.

⁵⁴ STS (Sala 1ª) 7 junio 2004.

⁵⁵ STS (Sala 1ª) 15 octubre 2003.

⁵⁶ En este sentido la STS (Sala 1ª) 12 abril 2004 establece que "esas omisiones sí deberían tenerse en

Por último debe decirse que si bien es cierto que el cuestionario se elabora en base a unas preguntas planteadas por la aseguradora y un vez completo queda en poder de la misma, es decir no se entrega al tomador junto con el documento contractual lo que supone una desprotección y dificultad para el asegurado a los efectos de poder tenerlo en cuenta en caso de conflicto para presentar una demanda judicial contra el asegurador⁵⁷. Además, el deber se extiende durante todo el desarrollo del contrato como se dispone en el artículo 11 sobre "la obligación de comunicar al asegurador, tan pronto como les sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas".

6. Contenido de la obligación del asegurador y Responsabilidad

6.1. Asunción directa de la prestación de servicios sanitarios

Relacionado con la cobertura de este seguro, debe hacerse una matización sobre el contenido de la obligación del asegurador en esta modalidad aseguradora. En efecto, la referencia a la asunción directa de la prestación de los servicios, no significa que el asegurador lleve a cabo los servicios directamente, sino que asume el coste de la prestación de los servicios desarrollados por determinados profesionales. Se trata de la asunción del coste de la prestación sanitaria, prestación que a su vez debe ir referida al tratamiento y sanación de determinadas enfermedades, sin perjuicio de que pueda combinarse con el reembolso de gastos médicos. Es por ello que la doctrina ha diferenciado dentro de este seguro distintas finalidades, bien preventiva y asistencial, cuando se refiere a la prestación de servicios quirúrgicos y hospitalarios o bien indemnizatoria, preventiva y asistencia, cuando se combina la prestación de servicios y el reembolso de los gastos médicos⁵⁸.

6.1.1. Publicidad Vinculante

Es comúnmente reconocido que en muchas ocasiones la garantía y calidad de los servicios sanitarios a través de sus cuadros médicos se

cuenta para que las patologías a que se refieren, fueran excluidas del seguro, y ofertar un importe distinto de la prima del mismo, así como en su caso, posiblemente el del capital asegurado". En contra de la reducción, en el Voto particular se alude a la falta de prueba por el asegurador de la prueba sobre la influencia de la ocultación de la operación quirúrgica en la valoración del riesgo.

⁵⁷ No obstante la doctrina apunta en estos casos a la opción de realizar una solicitud de diligencias preliminares de acuerdo a los arts. 256 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, mediante la que se solicite a la compañía aseguradora que exhiba el documento. (ARQUILLO COLET, B., "Declaración del riesgo y enfermedades anteriores a la contratación de un seguro Comentario a la STS, 1a, de 31.12.2003, a partir de la nueva jurisprudencia del año 2004", *Indret*, Barcelona, 2005, pág. 4).

⁵⁸ V.. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., op. cit. pág. 57.

oferta por la aseguradora como instrumento de captación de clientela bajo la apariencia y garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad. Además, su función va más allá de la gestión asistencial al actuar también como garantía de la calidad de los servicios que afecta al prestigio de la compañía con la consiguiente captación de clientela, si bien todo ello no impide la vinculación de lo publicitado y su inclusión en el contrato. Así se pronunció la STS (Sala 1ª) 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 51) sobre responsabilidad de aseguradora de asistencia médica por contagio de hepatitis C a paciente asegurado en la prestación de servicios cubiertos por el seguro. Se entiende que la prestación a través de establecimiento que actuaba como auxiliar contractual al efecto conlleva que la publicidad extensiva de su garantía a la calidad de los servicios ofrecidos.

Por su parte la SAP de Tarragona de 22 de diciembre de 2010 en referencia a la sentencia de primera instancia, afirma que entendió que en atención a la publicidad de su actividad aseguradora se había comprometido a proporcionar una buena asistencia médica a su asegurada, obligación que se vio defraudada a consecuencia de la actuación del médico de la lista por ella proporcionada a la actora. Todo ello justifica la consagración de lo que la STS de 16 de enero de 2012 y otras denominan principio o doctrina de apariencia o de los actos de publicidad, éstos se integran en el contrato de acuerdo con la normativa sobre protección de los consumidores. La STS de 4 de octubre de 2004 entiende que con los servicios ofertados se garantizaba “expresamente” una correcta atención al enfermo.

6.2. Actividad aseguradora estricta y la prestacional médico sanitaria

6.2.1. Responsabilidad del asegurador

También se ha distinguido en este seguro, la actividad aseguradora estricta y la actividad prestacional médico sanitaria. Precisamente, esta distinción permite delimitar la responsabilidad de la entidad aseguradora. En efecto, cuando realiza ambas actividades, responderá directa y solidariamente, además de por hechos propios por los hechos negligentes de los facultativos que tiene determinados y por el mal funcionamiento de los centros y equipos médicos⁵⁹. Sin embargo, cuando la aseguradora sólo organiza y facilita la asistencia pero no la

⁵⁹ V.. SSTS 2 noviembre 1999 y 4 octubre 2004, según las cuales “En estos casos los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora, correspondiendo a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación o que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación, actuando la garantía de la prestación contractual como criterio de imputación objetiva como garantía del servicio, teniendo la responsabilidad de la aseguradora un carácter contractual que no excluye la posible responsabilidad del sanitario frente al paciente con carácter solidario con la aseguradora, sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar”.

presta directamente, la responsabilidad se dulcifica, no obstante los pronunciamientos jurisprudenciales forzados en la declaración de esta responsabilidad⁶⁰. En este punto es cuando se suele aplicar la responsabilidad establecida por la legislación protectora de los consumidores y usuarios, es decir, en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios ajenos a la actividad médica propiamente dicha».

6.2.2. Responsabilidad contractual y extracontractual

A pesar de esta distinción, no faltan autores que en los casos de "asunción directa" ponen en duda la prestación directa de la actividad lo que conllevaría por tanto la negación de responsabilidad directa de la aseguradora; se habla de negligencia de la entidad en la selección del facultativo que distinta de la negligencia de la actuación del médico seleccionado, incluso en los casos en los que la aseguradora sea propietaria de los medios, pues en estos casos se habla que en estos casos en los aspectos personales y profesionales sanitarios sigue prestando la actividad directa el personal sanitario⁶¹. Sin embargo, la existencia de contratos independientes (aseguradora y tomador, aseguradora y el facultativo y éste último con el asegurado) pero coligados e interdependientes con efectos entre sí, así como el distinto significado y alcance, naturaleza de la relación de dependencia entre la aseguradora y el facultativo determinarán el supuesto de responsabilidad; contractual, por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, responsabilidad extracontractual por hecho propio o por hecho ajeno (1902 y 1903.4 CC) así como la responsabilidad objetiva de los servicios sanitarios consagrada en el artículo 148 TRLGDCU 2007.

6.2.3. Responsabilidad solidaria y subsidiaria

La responsabilidad de la compañía en base el art. 1903.4 CC, se funda bien en la existencia de una relación de dependencia entre el médico y la compañía, o bien que la compañía implícitamente está contractualmente asumiendo que la prestación médica será diligente, y por ello ha de responder cuando no es así⁶². No obstante esta tendencia, debe decirse que la STS (Sala 1ª), 18 mayo 2006 (RJ 2006, 4724), no considera responsable a la compañía, al no hallarse en el acto médico concreto comprendido dentro de la cobertura sanitaria contratada por la

⁶⁰ VEIGA COPO, A.B., op. cit., pág. 6908.

⁶¹ VEIGA COPO, A.B., op. cit, pág. 6908. En contra, citado por el mismo autor, V.. DE ÁNGEL, YÁGUEZ., "Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en las listas?", *Revista Española de Seguro*, nº 129-139, 2007, pág. 21. Para este autor la aseguradora de asistencia sanitaria confiere o delega su deber de prestación a un tercero pero la "prestación" incumbe a la aseguradora.

⁶² V. Entre otras, las SSTS, 1a, 3.11.1999 (RJ 1999, 7998); 10.11.1999 (RJ 1999, 8057); 19.6.2001 (RJ 2001, 4974); 4.10.2004 (RJ 2004, 6066); 17.11.2004 (RJ 2004, 7238)

víctima. En estos casos se habla de responsabilidad contractual de la compañía y extracontractual del médico⁶³. Sea como fuere, lo cierto es que en los casos de responsabilidad de la aseguradora por la vía del artículo 1903.4, la misma se ha calificado de solidaria o subsidiaria con independencia de la responsabilidad directa de los profesionales sanitarios⁶⁴. En la práctica la mayoría de los pronunciamientos judiciales se refieren a la solidaridad, dada la posición de la aseguradora como garante y obligada a un resultado⁶⁵, por la dependencia funcional y económica de la clínica y profesional a la compañía⁶⁶, así como por la limitación a la elección por el asegurado en un cuadro médico delimitado por el asegurador⁶⁷. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del asegurado de dirigir la acción directa frente a la aseguradora, sin tener que demandar conjuntamente al profesional sanitario⁶⁸.

A salvo de los casos de facultativos que ejercen su actividad en centros médicos de la aseguradora, los cuales asumen directamente la prestación de servicios sanitarios necesarios para pacientes señalados por el centro, en los que la responsabilidad de la aseguradora sería directa por hecho ajeno (1903.4 CC), en la mayoría de los casos, fundamentalmente cuando son los pacientes los que eligen con libertad al facultativo dentro de la lista seleccionada por la compañía, no existiría esta responsabilidad por faltar la dependencia determinante de la responsabilidad de la aseguradora por hecho ajeno (1903.4 CC). En efecto, los médicos actúan con absoluta independencia que favorece la objetividad en la práctica de pruebas médicas sin interferencia de las aseguradoras. Las preceptivas autorizaciones de la compañía para la práctica de determinadas pruebas médicas en estos casos van dirigidas

⁶³ Por ejemplo, la STS (Sala 1ª) 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 251) sobre contagio de hepatitis C por transfusión de sangre, se reconoce la responsabilidad del centro hospitalario basada en la LGDCU, sin embargo la responsabilidad de la aseguradora sanitaria no se basa en el art. 1903.4 CC cuando la relación de la compañía de seguros con el médico no es laboral o análoga. Se reconoce el fundamento en la responsabilidad contractual de la compañía de seguros cuando el daño ocurre en el curso de la prestación de servicios médicos que contractualmente incumbían a la compañía aseguradora. Del mismo modo y en idéntico sentido, V. la STS (Sala 1ª) 19 diciembre 2008 (RJ 2009, 536) sobre parto mal atendido en la clínica demandada en virtud de su relación contractual con la aseguradora de asistencia sanitaria de la actora precisamente en sede de prescripción se dice que la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios de la clínica contratada que actúan como auxiliares en el cumplimiento del contrato supone la imputación de responsabilidad extracontractual sometida al plazo de prescripción propio de un año por aplicación del art. 1968.2 CC.

⁶⁴ TIRADO SUÁREZ, J., op.cit., pág. 310.

⁶⁵ STS (Sala 1ª) 19 junio 2001. Así mismo la STS (Sala 1ª) 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 7988) sobre responsabilidad solidaria entre médico especialista en ginecología y obstetricia y aseguradora por el nacimiento de niña con focomelia, ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos al privarse a la madre de la facultad de abortar por falta de información.

⁶⁶ STS (Sala 1ª) 19 abril 1999.

⁶⁷ STS (Sala 1ª) 4 octubre 2004.

⁶⁸ TIRADO SUÁREZ, J., op. cit. 311. Este autor se refiere en este caso a la citada STS (Sala 1ª) 19 junio 2001.

a comprobar que las mismas se encuentran dentro de la cobertura contratada, más que dirigidas vigilar la diligencia y pericia médica del facultativo de cuyos actos respondería.

6.2.4. *Valoración*

A mi juicio la independencia no debe excluir esa vigilancia de la diligencia médica en los servicios prestados por el facultativo seleccionado lo que a la postre disminuiría los supuestos de daños al asegurado. Así mismo, opino que la independencia y el pretendido rechazo a la interferencia de la compañía en los informes que justifiquen la práctica de pruebas por los especialistas no deben impedir la vinculación de la aseguradora a las valoraciones, diagnósticos y tratamientos requeridos por el médico en aras a la sanación del asegurado sin atender a la onerosidad que su práctica conlleva. Lamentablemente, en la práctica, la existencia de informes falsos mediatizados por instrucciones de la compañía o el caso omiso por la misma de otros que aconsejan intervenciones vitales pero onerosas o al límite de la cobertura producen situaciones de indefensión y engaño al asegurado que es necesario combatir.

Todo lo dicho no es en ningún caso obstáculo en la delimitación del contenido de la prestación de la aseguradora, la cual en principio no tiene por qué facilitar los servicios sanitarios necesarios ni hacerse cargo del coste de enfermedades no cubiertas por la póliza, incluso aunque según el criterio médico estén indicadas pruebas de diagnóstico, tratamientos o intervenciones quirúrgicas para el adecuado tratamiento de la enfermedad del asegurado. Quedarán en todo caso fuera de la cobertura las enfermedades preexistentes, salvo que se pacte otra cosa. Ocurre que en este punto si que sería conveniente un cambio en la práctica contractual aseguradora en situaciones tales como las de recién nacidos de madres aseguradas que por el hecho de padecer una enfermedad grave considerada preexistente se ven excluidos en el concierto de esta clase de seguros. No se trata de la búsqueda del justo equilibrio de las prestaciones como sería planteado en situaciones de contrato preexistente, sino la búsqueda de medidas de garantía y protección de un derecho constitucionalmente reconocido.