

RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA POR MALA PRÁXIS DE LOS FACULTATIVOS INTEGRADOS EN SU CUADRO MÉDICO Y LA DISCUTIDA APLICACIÓN DEL INTERÉS DE DEMORA DEL ART. 20 LCS

Liability of the healthcare insurer due to the malpractice of physicians of its medical team and a discussion of the application of the interest on arrears as established in art. 20 LCS

MARTÍN GONZÁLEZ-ORÚS CHARO

Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad de Salamanca

Revista de Derecho del Sistema Financiero 3
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.01.08.2022>
Enero – Junio 2022
Págs. 229–258

RESUMEN: El presente trabajo analiza los distintos aspectos de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021, relativos a un seguro de asistencia sanitaria. Concretamente, se aborda la responsabilidad de la entidad aseguradora por los daños causados por los facultativos de su cuadro asistencial ante un ejercicio negligente de sus funciones. Aborda en profundidad otro asunto relacionado: la aplicación del interés de demora del art. 20 LCS, así como la fecha en que deben comenzar a computarse.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, Negligencia médica, Intereses de demora.

ABSTRACT: This paper analyzes the different aspects of the Supreme Court ruling of April 29, 2021, relating to health care insurance. Specifically, it addresses the liability of the insurance company for damages caused by the physicians of its healthcare staff in the event of a negligent exercise of their functions. It deals in depth with another related matter: the application of the default interest of art. 20 LCS, as well as the date they must begin to be computed.

KEYWORDS: Liability, Medical malpractice, Default interests.

SUMARIO: I. LOS SEGUROS DE SALUD. 1. *El seguro de enfermedad*. 2. *El seguro de asistencia sanitaria*. II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA POR LOS DAÑOS OCASIONADOS AL ASEGURADO POR NEGLIGENCIAS DE LAS CLÍNICAS Y

FACULTATIVOS DE SU CUADRO MÉDICO. 1. *Fundamento: alcance de la prestación del asegurador.* 2. *Naturaleza de su atribución.* III. INTERÉS DE DEMORA EX ART. 20 LCS. 1. *Consideraciones generales.* 2. *Su aplicación al seguro de asistencia sanitaria.* 2.1. Retardo en el cumplimiento de la prestación asistencial. 2.2. Retardo en el pago de la responsabilidad indemnizatoria derivada de los daños causados por el facultativo. A. Posición del Tribunal Supremo. B. Nuestra postura. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS SEGUROS DE SALUD

Los seguros de salud constituyen una herramienta muy útil para aquellas personas que optan por una atención rápida y personalizada de los servicios sanitarios, gestionados por entidades privadas. En nuestro país, el Estado mantiene un sistema sanitario público, de conformidad con el art. 41 CE, y todos los ciudadanos pueden acceder a sus servicios en condiciones de igualdad efectiva¹. Sin embargo, pese a la indudable elevada calidad de este último, es cierto que concurren muchas personas a diario para recibir algún tipo de atención médica o farmacológica, situación que provoca una ralentización en el servicio por la elevada demanda del mismo. A través de los seguros de salud, las aseguradoras ofrecen la cobertura económica para los gastos médico-privados de sus asegurados en clínicas privadas de salud, o bien prestan directamente los servicios médico-quirúrgicos o farmacológicos a través de sus cuadros médicos, donde ofrecen una amplia variedad de profesionales de la medicina general y especializada.

Las ventajas principales de la contratación de un seguro privado de salud son: la primera, que el paciente recibe una atención más personalizada y rápida (sin lista de espera, o, en su caso, es mucho más breve que en la sanidad pública). Además, los centros gestionados mediante financiación privada suelen disponer de instalaciones y aparatos más modernos y actuales en relación al estado de la técnica. Sin embargo, cabe indicar que la calidad de los recursos humanos que ofrecen las aseguradoras (médicos, enfermeras y demás personal sanitario) es equivalente a los que integra el sistema público sanitario, esencialmente porque muchos de estos profesionales prestan sus servicios tanto a nivel público como privado. En torno a la desventaja principal, reside en el coste del seguro de salud frente a la gratuidad de la sanidad pública. Ahora bien, la cobertura de salud privada no excluye la de la pública, de modo que el asegurado puede acudir a una u otra según le convenga. Así lo reconoce el art. 41 CE cuando dispone que la asistencia y prestaciones complementarias al régimen público de Seguridad Social serán libres.

En la normativa de seguros privados, el art. 105 LCS regula los seguros de salud dentro de la categoría de “seguros de personas” (Título III):

1. Así lo establece la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 19 de mayo de 1986) en su art. 3.2 como un principio universal: “*La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva*”.

“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”. Además, no cabe desconocer la normativa institucional reguladora de las entidades aseguradoras, contenida esencialmente en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras², pues contempla en su anexo los diferentes ramos de seguros, donde se integran los de enfermedad, dentro de los cuales incluye los de asistencia sanitaria y de dependencia. En nuestro país son numerosos los aseguradores que concurren en el mercado de los seguros privados de salud³.

Conforme al art. 4 LCS, todo seguro, incluidos los de salud, deben proporcionar cobertura contra algún riesgo concreto, requisito esencial para su validez: “El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”. El riesgo es la probabilidad de que acontezca el evento dañoso; un suceso futuro e incierto de producción ajena a la voluntad de las partes, pues sólo entonces es posible comprender el seguro como un vínculo de naturaleza aleatoria⁴. La existencia del riesgo debe concurrir al tiempo de formalizar el contrato, pero es esencial que se mantenga durante toda su vigencia. En todo seguro de salud, con independencia de la concreta modalidad seleccionada, el riesgo es la enfermedad del asegurado (art. 105 LCS).

En torno a los tipos de seguros de salud, el art. 105 los menciona tímidamente, sin otorgarles una denominación expresa a cada uno ni efectuar desarrollo alguno sobre su contenido acerca de las concretas obligaciones de las partes. El primero es el llamado “seguro de enfermedad”, que es

2. BOE de 15 de julio de 2015.

3. Entre ellos cabe destacar los siguientes: Mapfre España, S.A.; Asistencia Interprovincial de Seguros, S.A.U. (ASISA); o Igualatorio Médico Quirúrgico, S.A.; y otros muchos.

4. En tal sentido, dispone RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., (*Los seguros marítimos y aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 75) que el azar es el elemento clave en la producción del siniestro. Correlativamente, dispuso la STS de 18 de mayo de 2018 (RJ 2018, 1869): “el art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro, que expresamente contempla la previa inexistencia del siniestro como presupuesto de validez del contrato de seguro. De forma que la previa inexistencia del siniestro, como riesgo objeto de la cobertura, constituye un elemento esencial de la naturaleza aleatoria del contrato de seguro”. Por su parte, las SSTS de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4484) y de 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 4537) declararon con respecto a la aleatoriedad de cada contrato aisladamente considerado, aunque no del conjunto cuando del seguro de grupo se trata, teniendo en cuenta los correspondientes cálculos actuariales, de tal manera que el riesgo que el asegurador corre está en proporción de las primas que recibe y éstas a su vez en función de lo que la doctrina científica denomina interinidad del riesgo”. Sobre el particular, *vid.*, también, la STS de 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962).

en esencia un seguro de cobertura de gastos; el segundo, en cambio, es el “seguro de asistencia sanitaria”, que es puramente asistencial. Es importante mencionar que las diferencias entre uno y otro tipo derivan en importantes consecuencias, fundamentalmente sobre el interés asegurado, las obligaciones del asegurador y su responsabilidad. En consecuencia, podemos establecer la siguiente clasificación:

1. Seguros de libre elección o de reembolso (conocido como seguro médico de reembolso). La prestación del asegurador es de naturaleza pecuniaria, es el clásico seguro de enfermedad.
2. Seguros asistenciales. El asegurador: presta directamente los servicios de asistencia sanitaria a través de los facultativos y clínicas de su cuadro médico. Es el asegurador quien paga al médico sus honorarios y no el asegurado. En esta modalidad se encuadra el seguro de asistencia sanitaria.
3. Seguros mixtos. Participan de características propias de los dos tipos anteriores. Ofrecen simultáneamente el reembolso de las cantidades: en caso de libre elección del prestador del servicio sanitario; y procuran asistencia directa a través de facultativos y clínicas integradas en el cuadro médico de la entidad aseguradora.

1. EL SEGURO DE ENFERMEDAD

El seguro de enfermedad en sentido estricto en una modalidad clásica de seguro de salud, que es la que viene contemplada en el primer inciso del art. 105 LCS. Aquí, la prestación del asegurador es puramente económica, consistente en la cobertura de los gastos que genera al asegurado la contratación del servicio sanitario privado. En este seguro, el asegurado selecciona un hospital privado o la consulta de un facultativo, bien de medicina general o especializada, a la que acude para recibir el diagnóstico y su posterior tratamiento tras la manifestación de la enfermedad. Posteriormente, la aseguradora abonará el coste de servicio a la clínica o médico que los ha prestado; es, por tanto, un seguro mixto de sumas y reembolso, cuyas pólizas suelen llevar por título “seguros de reembolso de gastos médicos o de gastos de asistencia sanitaria”⁵. Bien puede pactarse el pago de ciertas cantidades máximas de dinero según la consulta o prueba médica requerida, o bien una suma por día de hospitalización. En realidad, la cobertura de gastos es amplia en relación a los servicios sanitarios requeridos: atención de urgencia, servicios asistenciales comunes (medicina general

5. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2002, pp. 42-44; CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2012, p. 56; y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º 8, 2013, pp. 388-407, p. 393.

y especializada), ingresos hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, prestaciones de carácter farmacológico, desplazamientos o de rehabilitación.

Cabe mencionar que la ya derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado⁶ incorporó el seguro de enfermedad en su art. 10.2 en el ramo. Posteriormente, la Orden de 7 de septiembre de 1987 por la que se Desarrollan determinados Preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado⁷ en su art. 3 (“Clasificación de ramos en seguros distintos del de vida”), mantuvo en el ramo 2 el seguro de enfermedad, que lo concebía como un seguro de prestaciones a tanto alzado e indemnizatorias. La Disp. Ad. Primera de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁸ incorporó un cambio importante, pues equiparó al seguro de enfermedad con el de asistencia sanitaria, cuando en realidad sólo mencionaba las prestaciones propias del primer: “*Enfermedad (comprendida la asistencia sanitaria). Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de reparación, y mixta de ambos*”. Posteriormente, 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 (LOSSEAR 2004)⁹ en su art. 6 mantuvo la misma redacción que su norma predecesora. En cambio, la actual Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR 2015)¹⁰ contempla, en su Anexo, el seguro de enfermedad en sentido estricto también en el mismo ramo que el de asistencia sanitaria o de decesos, pero distinguiéndolo de éstos e incorporando un añadido, conformando que las prestaciones del asegurador pueden ser “a tanto alzado, de reparación, bien mediante el reembolso de los gastos ocasionados” o, para la modalidad de asistencia sanitaria “bien mediante la garantía.

En este tipo de seguro, el asegurado dispone de plena libertad de elección del centro médico, de modo que no existe un cuadro de facultativos ofrecido por la aseguradora y a la que necesariamente deba acudir. En su caso, la póliza puede señalar una relación de clínicas o médicos recomendados, con motivo de facilitar al paciente una opción más con respecto a aquellas que ya contempla. Además, el motivo de la recomendación es señalar a aquellos médicos o centros que hacen algún descuento a la aseguradora de los gastos ocasionados hasta una cantidad o porcentaje del mismo, sin afrontar las franquicias, lo que permite garantizar la prestación de cualquier médico en cualquier parte del mundo (seguro de cobertura internacional), pues a ello se refiere expresamente la póliza. Así lo dispuso la STS de 20 de enero de 2017¹¹: “La libertad de elección era, por tanto, absoluta

6. BOE de 4 de agosto de 1984.

7. BOE de 14 de septiembre de 1987.

8. BOE de 9 de noviembre de 1995.

9. BOE de 5 de noviembre de 2004.

10. BOE de 15 de julio de 2015.

11. STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 440).

y sin limitación alguna, lo que comporta una relación de carácter contractual, puesto que se exige del paciente-asegurado que asuma el compromiso de abonar todas aquellas actuaciones tanto médicas, como hospitalarias, en tanto en cuanto estas no son asumidas por la compañía aseguradora”. Ya la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (PROCOMER 2013) definió de forma separada el seguro de enfermedad en sentido estricto en su art. 593-28.1, perfectamente delimitado como un seguro de sumas o de gastos: “Por el seguro de enfermedad el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas y de los gastos en caso de asistencia médica y farmacéutica”. La naturaleza de este seguro lo distingue del de asistencia sanitaria, que como comprobaremos, tiene carácter asistencial, y a efectos de la oportuna responsabilidad del asegurador, la diferencia es sustancial.

Cabe advertir, además, que en esta modalidad de seguro, la relación que vincula al paciente con el facultativo (o centro hospitalario) es contractual, mientras que la que mantiene el asegurador con este último es extracontractual. Esta previsión se advierte porque el asegurado es quien libremente selecciona y contrata a título personal los servicios sanitarios a través de un contrato de prestación de servicios con el facultativo o centro médico, y es receptor final de aquéllos, de modo que (generalmente) las reglas que lo disciplinarán estarán integradas por normativa de consumo. En cambio, el asegurador carece de vínculo alguno con el facultativo, pues simplemente se limita pagar una suma determinada o a reembolsar los gastos al asegurado, o bien, podrá ingresarlos directamente al profesional que le ha atendido.

Así, el seguro de enfermedad, en su modalidad de seguro de sumas a tanto alzado se integra en la modalidad de seguro de personas; mientras que, en otro caso, si la prestación del asegurador consiste en el reembolso de gastos, se asemejará al seguro puramente indemnizatorio¹². En torno al interés asegurable, definido como la relación económica que vincula al sujeto con el objeto asegurado, en los seguros de personas plantea algunas dificultades. La primera, que en este caso el interés implica una conexión patrimonial que une al propio sujeto con su persona, al asegurar su propia existencia, su integridad física o su salud¹³. La segunda, correlativa a la que acabamos de exponer, surge en relación a la dificultar de valorar económicamente aspectos intrínsecos a la persona, si bien es cierto que la valoración ha de recaer sobre las consecuencias que origina el siniestro sobre el sujeto. En el caso del seguro de enfermedad, determinar el interés asegurable arroja menos problemas de valoración, al ser un seguro de sumas o indemnizatorio, de manera que esa relación económica puede determinarse en función de las sumas pactadas o de la cuantía del coste

12. CARBAJO CASCÓN, F, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 72.

13. CARBAJO CASCÓN, F, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 70.

que ocasiona la prestación del servicio sanitario. De este modo, la cuantificación económica de la producción del siniestro no resulta excesivamente problemática.

2. EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

La otra modalidad de seguro de salud, en paralelo con el acabamos de exponer, es el seguro de asistencia sanitaria. Se regula en el art. 105 LCS junto con el de enfermedad en sentido estricto, y difiere de éste en que no consiste en el reembolso de los gastos o pago de ciertas sumas, sino que es el propio asegurador el que presta directamente al asegurado los servicios sanitarios: *“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”*. Con este precepto, nuestro legislador reconoce el seguro de tipo asistencial, pues la prestación del asegurador no consiste en un dar, sino en un hacer, tal y como se expondrá en las páginas siguientes. De conformidad con tal previsión, podemos comprobar que su encaje jurídico ya está contemplado en el art. 1 LCS, al disponer que la prestación del asegurador podrá consistir en indemnizar, dentro de los límites pactados en la póliza, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. Este último inciso abre la vía a los seguros asistenciales, actualmente considerados como un *tertium genus* frente a la clásica categoría dual de seguros de daños con prestaciones dinerarias indemnizatorias, de un lado, y los de personas con prestaciones pecuniarias de sumas o a tanto alzado, de otro.

En la actualidad, el art. 105 determina para el seguro de asistencia sanitaria, el deber del asegurador de prestar el servicio médico-asistencial bajo las premisas y límites de las disposiciones reglamentarias. Sin embargo, esta reglamentación no he ha producido, y hubiera sido deseable, no sólo para establecer el alcance de la prestación de la entidad aseguradora, sino también para determinar el régimen y reparto de las oportunas responsabilidades ante una defectuosa prestación del servicio médico. Esta cuestión ha generado mucha casuística y un elevado número de pronunciamientos jurisprudenciales que serán examinados en las páginas siguientes.

El seguro de asistencia sanitaria coincide con el de enfermedad en sentido estricto en el riesgo que asegura: la enfermedad; sin embargo, la forma de proporcionar una cobertura ante el advenimiento del siniestro es diferente. En el seguro de enfermedad el papel que asume el asegurador es puramente pecuniario, entregando una suma previamente pactada o abonando la factura expedida por el centro clínico o facultativo que ha atendido al asegurado. En cambio, en el de asistencia sanitaria, el asegurador presta directamente los servicios médico quirúrgicos a través de un cuadro clínico ofrecido a sus asegurados. Concretamente, el seguro de asistencia sanitaria

se define como aquél contrato por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso en que se produzca la enfermedad del asegurado cubierta por la póliza, a prestar al asegurado los servicios médico quirúrgicos o farmacológicos oportunos por alguno de los centros hospitalarios o facultativos integrados en su cuadro médico¹⁴.

Para ello, la aseguradora dispone de una organización integrada por una amplia variedad de personal sanitario, dedicado a la medicina general pero también a la gran mayoría de las especialidades existentes en la medicina. Estos profesionales quedan, integrados en un cuadro médico que ofrece a los asegurados, quienes podrán seleccionar al que más les convenga. La vinculación entre el asegurador y los médicos puede articularse a través de varias vías. Por un lado, la entidad aseguradora puede ser propietaria de los hospitales y centros clínicos privados, de modo que los profesionales que prestan sus servicios en aquéllos lo hacen como trabajadores en régimen de ajenidad y dependencia, quedando ligados a la aseguradora mediante contratos laborales sometidos a la normativa del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁵. Por otra parte, el asegurador puede conformar su cuadro médico con profesionales y establecimientos independientes a aquél con los que mantiene una vinculación a través de contratos mercantiles de prestación de servicios¹⁶.

Además, en el seguro de asistencia sanitaria cobra especial relevancia el interés asegurable. En los seguros asistenciales, como la prestación del asegurador consiste en un *facere*, el factor económico del objeto del seguro pierde mucha fuerza. Mientras en el seguro de enfermedad *strictu sensu*, el interés del asegurado consiste en eliminar el impacto económico negativo que causa la enfermedad sobre el sujeto mediante la recepción de sumas determinadas y pactadas previamente, o bien a través de la restitución del gasto realizado por la contratación y prestación del servicio médico, en el de asistencia sanitaria es muy diferente. En este seguro, ese interés descansa sobre una prestación de hacer, el asegurado lo contrata

14. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 282, 2011, pp. 57-98, p. 63.

15. BOE de 24 de octubre de 2015.

16. En realidad, tal y como sostiene DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., (“La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, cit., p. 403), la aseguradora no presta el servicio en el sentido más directo de la palabra, sino que lo ofrece a través de un cuadro médico que debe mantener. Y lo hace asumiendo los costes que ello le origina y que, a nuestro entender y en función del caso concreto, van más allá de la mera retribución a los profesionales por la prestación de los servicios sanitarios. Así, por ejemplo, cuando el asegurador es titular de los centros hospitalarios, el deber de mantenimiento también exige el pago de otros costes necesarios para su funcionamiento y operatividad: luz, agua y otros suministros, las revisiones periódicas y, en su caso, reparación, de las máquinas e instalaciones donde se realizan los diagnósticos y se practican las pruebas oportunas: análisis de sangre, radiografías, ecografías, etc.

por motivos extrapatrimoniales. Busca la obtención del servicio sanitario, beneficiándose de los centros y facultativos del cuadro de la aseguradora; también integra un componente de ahorro de tiempo, pues evita tener que buscar por su un centro médico al que acudir, con la angustia que arrastra el enfermo por causa de su salud deteriorada. En suma, el interés principal del seguro de asistencia sanitaria es proporcionar una cobertura suficiente para aliviar la situación de necesidad que crea la enfermedad sobre el asegurado¹⁷, lo que, de forma indirecta, también repercute sobre su patrimonio¹⁸.

Igualmente, aunque en menor medida, en el seguro de asistencia sanitaria está presente un cierto interés económico. El asegurado también busca eludir la tramitación posterior del pago a la clínica o al facultativo, pero este aspecto es una prestación adicional que ofrece el asegurador por dos motivos. El primero, para dar mayor comodidad al asegurado, descargándole de efectuar el cargo del servicio a la clínica para después obtener el reembolso de los gastos, el asegurador abona directamente al hospital o facultativo seleccionados. El segundo, porque el vínculo que mantiene éste último con los profesionales sanitarios deriva, como efecto natural, la liquidación de honorarios. Así, tanto si el asegurador es propietario de los centros hospitalarios o establece su cuadro clínico mediante contratos de arrendamiento de servicios profesionales con los médicos, deberá abonarles el coste de cada atención sanitaria que realicen.

Correlativamente a lo que acabamos de indicar, procede decir que el seguro de asistencia sanitaria incorpora dos modalidades de pago, según la importancia del aspecto económico para el asegurado. En esta línea, la primera opción ofrecida es la del denominado seguro de “prima sin copago”, donde el asegurado sólo paga el importe de la prima, sin necesidad de afrontar ningún gasto adicional cada vez que hace uso de los servicios sanitarios. Es una vía poco común para la contratación de este seguro, pues la cuantía de la prima asciende mucho. Sólo sale rentable si el paciente hace uso frecuente de la asistencia sanitaria. En cambio, el seguro de prima con copago, el asegurado abona, además de la prima pactada en la póliza

17. Muy acertadamente, expone CARBAJO CASCÓN, F., (*La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 91) que el valor económico atribuible a tener que buscar y contratar un profesional sanitario tiene un carácter accesorio en el seguro de asistencia sanitaria. Lo que de verdad busca el asegurado en esta modalidad de seguro es la obtención de una asistencia sanitaria inmediata (o rápida) ofrecida y asumida directamente por el asegurador, que le permita afrontar la situación de necesidad angustiosa que le genera la enfermedad, pudiendo recibir un tratamiento que le permita eliminarla o paliarla.

18. En efecto, como bien dispone MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., (*El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., p. 27) en el seguro de asistencia sanitaria, el interés asegurable reside en la importancia para el asegurado de preservar su salud, pero no exclusivamente porque eso le permite realizar una vida normal y desarrollarse como persona, sino porque, concretamente, porque puede desarrollar su actividad laboral, que de un modo contrario la enfermedad no lo permitiría o dificultaría mucho. Y, en este último caso, sí se produciría un daño en el patrimonio del asegurado.

(de cuantía notablemente más reducida que en el supuesto anterior), una cantidad adicional variable en función del servicio requerido¹⁹. En esta modalidad, la liquidación de la atención médica puede realizarse de dos maneras: 1) mediante talonarios que facilita el asegurador y que entrega el asegurado al médico para la facturación posterior de sus honorarios, aunque esta vía ya es de escasa aplicación. Y 2) la segunda, a través del uso de las citadas tarjetas de banda magnética, que contienen datos personales de los asegurados y en la que pueden incorporarse otros datos. Así, tras la intervención, consulta u hospitalización, se emplearán para la liquidación de las cantidades correspondientes. Por motivos de operatividad, el sistema de tarjetas ha ido suplantando progresivamente a los talonarios.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA POR LOS DAÑOS OCASIONADOS AL ASEGURADO POR NEGLIGENCIAS DE LAS CLÍNICAS Y FACULTATIVOS DE SU CUADRO MÉDICO

1. FUNDAMENTO: ALCANCE DE LA PRESTACIÓN DEL ASEGURADOR

Considerando lo expuesto en líneas anteriores, procede dar un paso más en torno al seguro de asistencia sanitaria y examinar una posible consecuencia para el asegurador por causa de la naturaleza de su prestación: la oportuna responsabilidad civil por los daños causados al asegurado por los facultativos integrados en el cuadro médico. En esta modalidad de seguro, la compañía aseguradora asume la prestación de asistencia sanitaria; ahora bien, cabe determinar el contenido y alcance de esta obligación. En primer lugar, para ofrecer un servicio asistencial al asegurado, el asegurador debe proveerle de un cuadro médico amplio y de calidad. A tal fin, puede optar por disponer de sus propios centros clínicos con personal contratado en régimen de ajenidad y dependencia, ostentando sobre ellos un poder de dirección que le permite exigir de forma directa a sus empleados el modo de realizar la asistencia sanitaria; o bien puede, como sucede en la mayoría de los casos, formalizar contratos de servicio con profesionales de la medicina que prestan sus servicios en régimen de autónomos en sus propias clínicas o consultas. En este último caso, la formalización de este acuerdo de colaboración queda sujeto a determinadas exigencias de la compañía aseguradora: condiciones mínimas que establecen como condición previa a la integración del facultativo en el cuadro médico²⁰.

19. El coste de cada servicio dependerá de si la asistencia primaria especializada en una mera consulta o si, posteriormente, conlleva otros procedimientos diagnósticos y terapéuticos. Generalmente, las aseguradoras incluyen precios especiales para determinados servicios: Cirugía de la miopía, hipermetropía, astigmatismo y presbicia (especialmente la cirugía mediante láser); estudio genético de la obesidad; tratamientos de estética; TAC dental (implantes dentales); ecografía 4D, cribado neonatal ampliado; escleroterapia; entre otros.

20. Expone GALÁN CORTÉS, C., [“Responsabilidad civil y seguro de asistencia sanitaria”, en VEIGA COPO, A. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad*”]

Así, uno de sus deberes principales es la creación y organización y gestión de una infraestructura que cuente con una variedad suficiente de profesionales especializados para afrontar los riesgos específicos contemplados en la póliza, que generalmente son amplios. El término “variedad” integra una doble acepción: cualitativa y otra cuantitativa.

Sobre la variedad cualitativa, el asegurador debe fijar un cuadro médico para cada territorio en el que opere, procurando cubrir todas las especialidades de la medicina: alergología, análisis clínicos, anatomía patológica, angiología, cardiología, cirugía general, cirugía pediátrica, cirugía plástica y reparadora, endocrinología, medicina general, hematología, neumología, neurología, medicina nuclear, nefrología, obstetricia, oftalmología, oncología, pediatría, traumatología, entre otras. De esta manera, el asegurado puede cubrir todas sus necesidades ante el advenimiento de la enfermedad, con independencia del alcance que ésta pueda tener.

En torno al concepto de “variedad cuantitativa”, el asegurador debe ofrecer un cuadro médico con múltiples opciones para cada especialidad médica. Sólo así es posible hablar de una libertad real de elección por parte del asegurado; de lo contrario, éste se vería muy constreñido a acudir a un único profesional, que es el que atiene exclusivamente la patología que padece. Para los consumidores de estos seguros de salud, el motivo que les lleva a contratar con una u otra compañía reside en los profesionales de sus cuadros médicos. En la práctica, las aseguradoras suelen ofrecer una media de entre 4 y 7 profesionales especializados en la misma rama médica en cada territorio en el que operan, salvo que se trate de poblaciones pequeñas en las que existe poca oferta privada de salud.

Además, esta estructura de medios debe resultar operativa y funcional. En la rama de salud el asegurado-paciente puede experimentar enfermedades de todo tipo, algunas de ellas permiten una recepción del servicio sanitario aplazada por tratarse de patologías leves; en cambio, otras requieren una atención indemorable por su carácter urgente. Así, el asegurador debe procurar facilitar al asegurado una prestación sanitaria inmediata²¹, aunque el

civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, (edición digital)] la importancia de una buena selección de facultativos por parte del asegurador para sus cuadros médicos, considerando, no sólo su pericia como profesionales de la medicina, sino también otras circunstancias de carácter objetivo: económicas, técnicas, de organización y funcionamiento. En muchas ocasiones, indica el citado autor, un buen número de candidatos no llegan a integrarse en la estructura organizativa del asegurador por su desacuerdo con algunas de estas condiciones impuestas, de modo que el asegurado-paciente no podrá seleccionarles dentro de la cobertura del seguro de asistencia sanitaria, a no ser que la póliza determine, también, el abono de los gastos médicos para el caso en que el asegurado elija libremente al médico.

21. Señala CARBAJO CASCÓN, F, (*La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 115) la necesidad de que el asegurador implemente una estructura operativa dotada de medios materiales y personales necesarios para lograr una asistencia rápida y de calidad. Este apunte cobra especial importancia en aquellos casos

alcance de este término debe establecerse en proporción a las circunstancias concretas de cada enfermedad. En cualquier caso, la celeridad en el acceso a una consulta médica o atención de en el ámbito de este seguro radica en la necesidad de procurar una tranquilidad al asegurado, quien la obtiene sabiendo que solventará rápido la situación de necesidad causada por la enfermedad.

Sobre la inmediatez de la prestación de asistencia sanitaria, procede mencionar un aspecto característico de este contrato de seguro estrechamente relacionado: los denominados “plazos de carencia”. Se trata de un período contemplado en la póliza durante el cual el contrato recién perfeccionado, no desplegará efectos para todas sus prestaciones. El art. 88.º LSC dispone que la póliza contendrá, como mínimo, las siguientes indicaciones: “*Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos*”. Así, la normativa permite distinguir entre una duración formal (perfección) y sustancial (tras el período de carencia). La finalidad de los plazos de carencia es doble: por un lado, evitar que el asegurado comience a hacer uso de los servicios sanitarios con total inmediatez a la firma de la póliza y a su exclusiva voluntad, generalmente para enfermedades preexistentes al tiempo de contratación del seguro, lo que desvirtuaría su carácter aleatorio; por otra parte, pretende eludir la cancelación inmediata del contrato tras la utilización de los servicios. En el seguro de asistencia sanitaria se incorporan distintos plazos, computados por meses, en función del tipo de prueba médica²². Ahora bien, esta previsión no se permite para la asistencia médica urgente de conformidad al inciso final del art. 103 LCS: “*En todo caso, estas condiciones no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente*” (art. 103 LCS); por tanto, deben quedar cubiertas durante el período de carencia. En torno al concepto de asistencia sanitaria urgente, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones las define como aquéllas “*de carácter médico y sanitario (incluido el transporte), que de no prestarse de forma inminente podrían poner en peligro la vida del paciente o su integridad física o causar un menoscabo permanente en su salud*”²³. También

en que no dispone de sus propios centros y facultativos, pues deberá seleccionar exclusivamente a aquéllos que estén capacitados para proporcionarla; aquí, procede incorporar en los contratos de colaboración para la prestación de servicios cláusulas por la que el centro clínico o profesional manifieste poder dar una cobertura rápida y efectiva al paciente según el grado de gravedad de su estado de salud.

22. Según el tipo de póliza contratada y el asegurador, existe gran cantidad de variedad. Así, por ejemplo, la póliza IQM (de Igualatorio Médico Quirúrgico, S.A. de Seguros y Reaseguros) determina los siguientes plazos: 1. Radiología, mamografía, ecografías, densitometría ósea: 6 meses. 2. Diagnóstico de infertilidad y esterilidad: 6 meses. 3. Ligadura de trompas y vasectomía: 8 meses. 4. Trasplante de córnea: 18 meses. 5. Tratamientos relacionados con la Psiquiatría: 8 meses. 6. Litotricias: 12 meses. 7. Cirugía robótica a través de técnica Da Vinci: 8 meses. 8. Toda modalidad de hospitalización 8 meses. En torno a la póliza ASISA (Asistencia sanitaria Interprovincial, S.A. de Seguros y Reaseguros): 1. Cirugía ambulatoria: 6 meses. 2. Planificación familiar y tratamientos de psicoterapia: 6 meses.
23. Guía para la Contratación de Seguros en su modalidad de enfermedad y asistencia sanitaria, que puede consultarse en: <http://apps.dgsfp.mineco.es/gaspar/SEtiposEnfermedad>.

es frecuente eximir de los períodos de carecía a los asegurados que cambian de aseguradora cuando en su contrato primitivo ya habían cumplido todos y disfrutaban del contenido íntegro de prestaciones en su contrato anterior. Esto se realiza por razones de competencia entre compañías.

Por otra parte, el asegurador garantiza la ejecución de un servicio sanitario de calidad. Esto no implica la necesaria curación de la enfermedad, puesto que no es un deber de resultados, pero sí de medios²⁴, pues en la medicina curativa el facultativo no siempre puede garantizar el resultado esperable, como sí ocurre en la medicina estética o satisfactiva²⁵. Por ello es necesario que el asegurador efectúe un control previo en la fase *in eligendo* de cada profesional o centro clínico antes de formalizar el oportuno contrato de prestación de servicios médicos: que reúna la titulación precisa para el ejercicio de la medicina, las oportunas licencias para desarrollar su actividad en el establecimiento donde habitualmente atiende a los pacientes, que reúna los medios personales y materiales necesarios y que emplea procedimientos técnica e higiénicamente adecuados²⁶.

asp. En tal sentido, dispone la citada guía que la necesidad de la asistencia sanitaria urgente se debe valorar en función de los síntomas que presenta en paciente antes de recibir la asistencia sanitaria, es decir, la misma se debe prestar si de los síntomas manifestados por el paciente se desprende que pudiese estar en una situación de riesgo. En sentido similar, expone GARCÍA MARTÍN, I., (“El seguro de accidentes”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Contratos mercantiles*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 836-871, p. 870) que la prestación asistencial urgente contempla los primeros auxilios, las curas de atención inmediata y el traslado del paciente hasta el centro clínico. La jurisprudencia viene apostando por un concepto amplio de urgencia vital, que no abarca exclusivamente el peligro de inmediato fallecimiento o el riesgo de supervivencia del paciente, sino también la pérdida física o funcional de los órganos fundamentales de una persona. *Vid.*, también: MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”, en BATALLER GRAU, J. (Dir.); y VEIGA COPO, A. (Dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1419-1459, p. 1436; y SAP de Asturias de 6 de mayo de 2016 (AC 2016, 951) y STS (Sala IV) de 31 de enero de 2012 (RJ 2012, 3636).

24. Entre otros: VEIGA COPO, A., *Tratado del contrato de seguro*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 891; BELLO JANEIRO, D., “La culpa en la responsabilidad sanitaria y su repercusión en el seguro”, en VEIGA COPO, A. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 585-628, pp. 597-601; y VÁZQUEZ DE PADURA, M., “La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, n.º 128, 2006, p. 845-854, p. 848.
25. Sostiene BELLO JANEIRO, D., (“La culpa en la responsabilidad sanitaria y su repercusión en el seguro”, cit., p. 616) que el ámbito de la cirugía estética constituye una excepción al deber del médico como obligación de medios, que adquiere una exigencia mayor y se constituye como obligación de resultados, sobre todo si la operación es de pequeña entidad (supuestos de reducción de nariz o la práctica de la vasectomía). El fundamento de esta excepción radica en la posibilidad de garantizar un cumplimiento exacto de la prestación solicitada.
26. Las aseguradoras imponen sus propias condiciones técnicas, organizativas y funcionales como requisito previo para integrar a sus facultativos en el cuadro médico. En este sentido, algunos de esos profesionales no están dispuestas a acatarlas, bien porque les

Casi todas las compañías aseguradoras indican en su publicidad la existencia de un amplio número de especialistas con elevada cualificación y prestigio, detallando su incorporación al cuadro médico, y la garantía de la prestación de un servicio y atención de calidad permanente. Considerando estas premisas, el asegurador incumple su obligación de garantizar acceso a los servicios sanitarios si no puede implementar una estructura adecuada conforme a los parámetros que se acaba de exponer²⁷. Es decir, cuando no se disponga de una cobertura médica suficiente para tratar todas las enfermedades que pueda sufrir el asegurado, salvo aquéllas que tenga la consideración de “raras” o “excepcionales”; o cuando sólo se disponga de un facultativo para tratarlas o el número sea significativamente reducido. Ante tal situación, el asegurado puede ejercitar una responsabilidad contractual, tanto por hecho propio como ajeno (por los auxiliares contractuales) en base al art. 1101 CC. En tal caso, habrá de demandar a la entidad aseguradora porque es la única que debe responder contractualmente,

parecen excesivamente restrictivas o bien porque conllevan la necesidad de realizar una importante inversión para adaptar sus establecimientos a las mismas. Sobre el particular, vi.: GALÁN CORTÉS, J.C., “Responsabilidad civil y seguro de asistencia sanitaria”, en VEIGA COPO, A. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 571-584, p. 578.

27. STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251). En sentido similar, expone la STS de 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380): “La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 de la Ley del Contrato de Seguro, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la deficiente ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad”.

aunque el daño de seba a la conducta de un sujeto que actúa como auxiliar de aquélla.

2. NATURALEZA DE SU ATRIBUCIÓN

La responsabilidad civil de asegurador de asistencia sanitaria es una de las materias más discutidas y abordadas por nuestra jurisprudencia. El estado de la cuestión es firme, si cabría discutir su aplicación y el impacto económico que puede generar sobre los aseguradores que operan en este campo. Todo facultativo que presta sus servicios debe disponer de un seguro de responsabilidad civil que ofrezca cobertura frente al paciente ante una atención prestada de manera irregular o defectuosa. Sin embargo, son muchas las ocasiones en que el importe de la indemnización imputada al médico excede significativamente de la suma máxima que ofrece su aseguradora. Tal exceso es trasferido a la aseguradora de asistencia sanitaria en virtud de un nexo que conecta su prestación con una correcta actuación del facultativo, motivo por el cual la responsabilidad de este último irradia sobre aquélla. Ahora bien, es preciso examinar los distintos supuestos contemplados.

El primero de ellos gira en torno al asegurado que acude a centros hospitalarios o facultativos no integrados en el cuadro asistencial de asegurador, que le causan un daño fruto de una negligencia médica. Si bien aquí puede suceder que el tomador haya contratado un estricto seguro de asistencia sanitaria, sin cobertura de gastos para profesionales externos al cuadro médico. En tal caso, el asegurador no afrontará responsabilidad de ningún tipo por la mala praxis del hospital o médico, pues la relación jurídica que media entre éstos y el paciente-asegurado es totalmente ajena al asegurador²⁸. Ante un supuesto diferente, si el asegurado tiene contratado un seguro mixto de salud (asistencia sanitaria y cobertura de gastos), el

28. Resulta muy clarificadora la STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724), relativa a una prueba médica realizada en una clínica no incluida en el cuadro asistencial del asegurador: “la relación contractual se estableció al margen de la misma al tratarse de una intervención no cubierta por el seguro de asistencia médica suscrito con la paciente. La prueba se convino a indicación del Dr. Javier, limitándose dicha entidad a permitir la utilización de sus instalaciones para realizar la punción y extracción del líquido amniótico, por lo que no surge para ella la obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de un contrato en que no fue parte, como tampoco por el hecho de haber asumido obligaciones que pudieran vincularla solidariamente al resultado”. En igual sentido se pronunció al STS de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7141), relativa a un seguro de enfermedad con cobertura de gastos donde la paciente fue asistida a su parto por médicos ajenos al cuadro médico de la aseguradora: “entre el codemandado y ADESLAS no existía ninguna relación jurídica que justificase su intervención como anestesista para la concreta atención al parto dirigido por el Dr. Eutimio. Los facultativos fueron contratados y pagados directamente por la paciente, sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación convirtiendo el contrato de seguro de reembolso de gastos sanitarios en uno de prestación de servicios asistenciales o de asistencia médica”.

asegurador sólo asume el deber de abonar el coste del servicio que la prestado el facultativo externo a su cuadro médico, pero no responsabilidad por la negligencia del profesional, pues al quedar fuera de dicho cuadro, el asegurador no tiene el deber de garantizar una adecuada prestación médica²⁹. Su objeto no es otro que el reembolso de los gastos asistenciales, que es la única obligación que contrae la aseguradora frente al paciente. Entre el médico y aquélla no existe vínculo contractual alguno que pueda conectar su imputación con el acto médico negligente³⁰.

Otro supuesto posible es que el asegurador sea titular del centro clínico u hospital donde los facultativos prestan sus servicios al paciente, es decir, establecimientos sanitarios integrados en su propia estructura empresarial. Así, la aseguradora actúa bajo una doble condición: la primera, como entidad aseguradora; y, segunda, como entidad prestadora directa de los servicios sanitarios. Por razón de este último aspecto, como titular del centro clínico donde los médicos asisten a los asegurados, responderá de una forma directa frente a éstos por los daños causados ante una mala praxis del facultativo actuante. Es una responsabilidad directa por prestación defectuosa de servicios sanitarios o por el mal funcionamiento de las instalaciones sanitarias de su propiedad, pero, además, también resulta de aplicación el art. 1903 V CC, pues son responsables “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 que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones”³¹.

Sin duda, la situación más frecuente es aquella en que el asegurador establece su cuadro médico mediante contratos de arrendamiento de servicios con facultativos que disponen de sus propias consultas y operan bajo el régimen de trabajadores autónomos. Considerando este supuesto, resulta más complejo determinar el régimen de responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los actos negligentes de los profesionales. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo ha dictado muchas sentencias determinando la vía legal por la que conectar el resarcimiento a la entidad aseguradora en estos casos. En la actualidad, la jurisprudencia mantiene sin dudar la existencia de responsabilidad de la aseguradora ante el asegurado por el buen resultado de la prestación asistencial y sanitaria dispensada por

29. CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 154.

30. Así se ha pronunciado la STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 440), cuyo contenido dispone más precisamente: “La clínica, y por derivación el médico, fue contratada directamente por el paciente, que asumió también el compromiso de «abono de todas aquellas actuaciones tanto médicas, como hospitalarias, en tanto estas no sean asumidas por la compañía aseguradora», sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación transformando la naturaleza jurídica del contrato”.

31. CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 157; y LÓPEZ VALVERDE, M., *Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria*, Sepin, Madrid, 2018, p. 89.

quienes integran el cuadro médico, pues queda claro que su prestación en el seguro es garantizar al paciente una atención clínica suficiente, pero también de calidad. Esto implica una correcta ejecución del servicio por parte del médico, quien debe actuar dentro de los límites de la *lex artis*.

Para la atribución de la responsabilidad anudada, el Tribunal Supremo ha manejado dos criterios principales. El primero de ellos descansa en el art. 1903 I y IV CC, de modo que el asegurador responde por los actos causados al paciente por sus dependientes; es una responsabilidad extracontractual porque el facultativo no guarda un vínculo jurídico con el asegurado³². Ahora bien, para poder descargar parte del resarcimiento sobre el asegurador, es preciso probar una relación de dependencia entre éste y el facultativo, pues sólo así es posible determinar el encaje jurídico del precepto mencionado para su aplicación. En el arrendamiento de servicios, la subordinación del profesional frente al asegurador no basta con la mera existencia de la relación jurídica que les vincula³³, sino que es preciso probar circunstancias adicionales. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado algunas de ellas en diversas resoluciones, como por ejemplo, cuando el facultativo presta sus servicios en algún centro propiedad del asegurador³⁴, o cuando, por la complejidad de la intervención,

32. De esta opinión: MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 771, p. 456-471, p. 463.

33. En la STS de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307), Cruz Roja Española concertó un seguro de asistencia médica con ASISA para la utilización de la clínica de quemados de esta última. Pues bien, el niño Miguel Angel L. P., de dos años de edad, fue intervenido por una quemadura que le afectó a la primera falange del dedo medio de la mano izquierda al manipular un enchufe eléctrico y recibir una descarga de la corriente. Durante la operación se produjo un accidente anestésico que determinó una parada cardiorrespiratoria en el paciente, de duración suficiente como para desembocar en unas graves secuelas neurológicas irreversibles, por efecto de las cuales presenta ausencia de facultades intelectivas, incapacidad para tener una mínima conciencia de sí mismo, de reconocer a sus padres, o de comunicarse de la manera más primitiva, necesitando permanentemente otra persona para las necesidades más elementales, entre otras. El Tribunal Supremo exoneró de responsabilidad a la aseguradora porque no se demostró relación alguna de dependencia de los facultativos que intervinieron al menor respecto de aquélla; los que sí en cambio estaban adscritos a la Clínica de Cruz Roja Española, como dependientes de la misma, motivo por el que fue condenada. *Vid.*, también: GALÁN CORTÉS, J. C., “Responsabilidad civil y seguro de asistencia sanitaria”, *cit.*, pp. 573-576; y MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo”, *cit.*, pp. 464-465.

34. Es el caso de la STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990, 677), relativa a un seguro de asistencia sanitaria en que el asegurado sufrió un daño en el nervio facial tras una intervención quirúrgica practicada en las proximidades de aquél por una negligencia del cirujano. El Alto Tribunal consideró 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

el asegurador designa e impone al profesional que habrá de atender al asegurado³⁵.

Otro de los criterios empleados, y que resulta el dominante, es atribuir al asegurador una responsabilidad contractual (art. 1101 CC) derivada de los daños causados al asegurado por los auxiliares que emplea en el cumplimiento de sus obligaciones. Si bien esta concreta responsabilidad no dispone de un encuadre específico en nuestro ordenamiento jurídico, sí la contemplan otros del entorno³⁶. En nuestro país, desde el inicio del S. XXI, nuestros tribunales han comenzado a aplicar el criterio de la responsabilidad contractual de las entidades aseguradoras por los daños ocasionados al asegurado de la mano de los centros y profesionales integrados en sus cuadros médicos. La razón descansa en que éstos son considerados auxiliares de las aseguradoras de asistencia sanitaria por cuanto les vincula una relación jurídica a través de la cual prestan sus servicios en el seno del seguro, sin importar el nivel de dependencia que concurra entre ellos (laboral o de arrendamiento de servicios), ni tampoco el grado de culpa en que pueda

los asegurados de aquélla, mediante la correspondiente retribución, y utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición”.

35. STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998). En este caso, el asegurado sufrió la pérdida de visión en el ojo derecho como consecuencia de una negligencia del oftalmólogo durante la intervención quirúrgica de cataratas. El asegurador seleccionó e impuso al paciente un médico de su cuadro médico, omitiendo la intervención de un superespecialista en retina, que era lo que aconsejaban las circunstancias objetivas de la situación clínica del asegurado. En este supuesto, la aseguradora fue condenada por vía directa a través de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y extracontractual por hecho ajeno (art. 1903 CC) gracias a una relación de subordinación manifestada por la actuación de ésta “carente de cuidado, celo y atención no sólo en la elección del médico de principio, que impone a los asegurados, sino también suficientemente intensificada cuando designó quién debía realizar la operación que sufrió el demandante, en el ámbito de sus facultades de aprobar las exploraciones e intervenciones a practicar, dejando de lado la propia actuación médica; con lo cual vino a solidarizarse con resultado negativo que se produjo, por lo que debe de asumir las correspondientes responsabilidades, no sólo por el hecho ajeno, sino también por hecho propio, dándose yuxtaposición de culpas, la contractual referida (aseguradora-asegurado) y extracontractual, ésta en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, toda vez que en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a paciente como el que nos ocupa, concurren conjuntamente los aspectos contractual y contractual”.
36. Por ejemplo, el Derecho Italiano la regula en su art. 1228 Codice Civile: “*Salvo pacto en contrario de las partes, el deudor que se sirva de terceros en el cumplimiento de la obligación, también es responsable de los actos dolosos o negligentes de estos últimos*”. En aplicación de este precepto, resulta interesante y, ligeramente conectada a nuestro estudio, la sentencia de la Corte di Cassazioni Civile de 26 de junio de 2017, relativa a unos daños que sufrió un paciente, materializados en una hernia diafragmática causada por la negligencia del médico que le intervino ante la presencia de fuertes dolores abdominales. El empresario titular del centro clínico fue condenado como responsable contractual por una actuación negligente de su auxiliar en el cumplimiento de la obligación que contrajo con el paciente. Sobre el particular, Vid.: SBRESSA AGNENI, A, “Danno per responsabilità del fatto degli ausiliari”, en CENDON, P. (Dir.), *Responsabilità civile*, Utet, Vicenza, 2020, pp. 1489-1506, p.1491.

incurrir el asegurador (de su deber *in eligendo* o *in vigilando*)³⁷. Además, como la causa del daño está directamente conectada con la prestación del asegurador, resulta innecesario demandar al facultativo interviniente³⁸. Tal postura, la más acertada desde nuestro punto de vista, se ha mantenido en posteriores resoluciones³⁹. En este sentido, procede destacar la STS de 19 de julio de 2021⁴⁰ (la más reciente), relativa a una mala praxis en un parto de un facultativo del cuadro médico de la aseguradora Sanitas, S.A. La asegurada demanda al médico y a la compañía de seguros por los daños que sufrió su hijo recién nacido; el Alto Tribunal reiteró que “*la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros*

37. JORDANO FRAGA, F, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, p. 522.

38. Las primeras resoluciones que se observaron en este sentido fueron dos. La primera fue la STS de 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974), relativa a un seguro de asistencia sanitaria donde el asegurado experimentó secuelas irreversibles en el brazo y mano derecha, debidas al tratamiento quirúrgico y hospitalario al que fue sometido por causa de una inicial fractura que generó diversas intervenciones a cargo de diferentes médicos. Uno de los daños acaecidos fue la lesión del nervio radial en una de las operaciones como consecuencia de un indebido pinzamiento. Tras el amplio estudio realizado en torno al paciente, se concluye que aquellas secuelas no se habrían producido con un tratamiento prestado a tiempo y con adopción de los medios adecuados. El Tribunal Supremo condenó a la aseguradora por responsabilidad contractual derivada de la deficiente prestación sanitaria prestada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que ligaba a ésta con el asegurado. La segunda sentencia, que básicamente sigue la misma línea que la anterior, es la STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066), relativa a un seguro de asistencia sanitaria en que concurrió negligencia del médico y la matrona asistentes al parto de la asegurada, que derivaron en falta de oxigenación y sufrimiento fetal en periodo entre la rotura de aguas meconiales y el nacimiento de su hijo.

39. En la STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010, 6567) se aborda un seguro de accidentes con prestación asistencial sanitaria. Don Segismundo, trabajador de la empresa Altuna y Uria, SA, de Azpeitia, sufrió un accidente en una obra que estaba realizando en el barrio Antiguo de San Sebastián, al caer de una planta. La empresa tenía asegurada las contingencias de accidentes con FREMAP. Fue trasladado a una policlínica del cuadro médico, donde le atendió un traumatólogo del asegurador; tras el examen, el facultativo observó la necesidad de practicar una intervención quirúrgica. Durante la misma, el paciente sufrió el daño del que responsabiliza al médico anestesista porque durante la actividad anestésica no controló las constantes vitales después de una desconexión momentánea de los monitores por el cambio de posición (decúbito supino a decúbito prono), sin que saltaran las alarmas, lo que impidió conocer casi de inmediato la situación de parada cardiorespiratoria y actuar en consecuencia. Resultado de todo ello fue la producción de importantes lesiones que, finalmente, devinieron en su fallecimiento. El Alto Tribunal esgrime que “el objeto de cobertura era que su asegurado recibiera una asistencia sanitaria y un tratamiento adecuado y declara que la acción frente a FREMAP no ha prescrito, y dado que se ejercita la acción contractual, el plazo sería el prevenido en el art. 1964 CC.

40. STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3608).

médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad”.

III. INTERÉS DE DEMORA EX ART. 20 LCS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 20 LCS establece un régimen especial para la mora del asegurador en el cumplimiento de la prestación que deba realizar. La existencia de una disciplina particular en el sector asegurador se fundamenta en la necesidad de evitar retrasos injustificados en la ejecución de las obligaciones a cargo de los aseguradores, como la parte más fuerte en el contrato de seguro. Correlativamente, tal previsión permite garantizar y extremar la tutela de los asegurados perjudicados por la producción de un siniestro⁴¹. Por tanto, y considerando la indicación realizada, cabe apuntar que la naturaleza del art. 20 LCS tiene un claro fin sancionador y preventivo, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal del asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado⁴². Además, este régimen no puede excluirse por pacto entre los contratantes, pues se aplica de forma imperativa; ahora bien, cabe la posibilidad de modificarlo en la medida que conlleve un contenido más beneficioso para el asegurado (art. 2 LCS).

El concepto de mora ha sido definido por nuestra doctrina. Concretamente, procede señalar la que propuso DÍEZ-PICAZO, que entiende la mora como aquella situación en la que “no se haya producido un cumplimiento puntual de la obligación, en el momento establecido para ello, pero es necesario también que la obligación pueda todavía ser cumplida y que cumplida retrasadamente sea idónea para satisfacer el derecho del acreedor. Si la prestación se ha hecho imposible o no es ya idónea para satisfacer el derecho del acreedor, no hay mora, sino incumplimiento definitivo”⁴³. En el ámbito del seguro, el art. 20 3.º LCS marca el inicio de la mora para el asegurador, que se produce en el plazo de tres meses tras la producción

41. LACASA GARCÍA, R., “Devengo de intereses moratorios”, en BATALLER GRAU, J. (Dir.); y VEIGA COPO, A. (Dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 839-899, p. 842.

42. SSTs de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2183); de 23 de febrero de 2021 (RJ 2021, 800); de 15 de julio de 2020 (RJ 2020, 2673); de 22 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4457); de 7 de febrero de 2018 (RJ 2018, 366); de 3 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2578); de 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 2966); de 5 de julio de 2016 (RJ 2016, 3719); de 20 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4830); de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6541); de 20 de septiembre 2011 (RJ 2011, 6426); de 26 de mayo (RJ 2011, 5709); de 18 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2925); y de 13 de junio de 2007 (RJ 2007, 3509); entre otras muchas.

43. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2008, p. 656.

del siniestro sin que aquél hubiera cumplido su prestación o no hubiera procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro (este último inciso en conexión con el art. 18.1 LCS). No obstante, el asegurador quedará exento del pago de los intereses moratorios cuando el incumplimiento de su obligación esté fundado en una causa justificada o no imputable a él (art. 20 8.º LCS), como, por ejemplo, cuando el asegurado no ha comunicado el siniestro y aquél no ha realizado su prestación porque lo ignoraba⁴⁴.

El contenido de la indemnización por mora consiste en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100. Una vez transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100 (art. 20 4.º LCS). Se hace patente la intensidad de la sanción impuesta al asegurador en supuestos de mora en el cumplimiento de su prestación. A modo de ejemplo, supongamos que acontece un siniestro a principios del año 2019, donde el tipo legal del interés del dinero era del 3%; transcurridos tres meses desde su producción, el asegurador deberá abonar unos intereses del 4,5%. Llegado el año 2020 (mismo tipo legal del interés), también se aplicará el 4,5% de interés; sin embargo, pasados dos años del siniestro, se aplicará un 20% de interés, salvo que el tipo legal, incrementado en un 50% arroje un porcentaje mayor, en cuyo caso se aplicará este último.

2. SU APLICACIÓN AL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

2.1. Retardo en el cumplimiento de la prestación asistencial

La mora del art. 20 LSC presenta ciertos matices en su aplicación al seguro de asistencia sanitaria por la naturaleza de la prestación del asegurador. Como ya se ha indicado, dicha obligación consiste en un hacer (*facere*), materializado en la ejecución de un servicio médico-quirúrgico a través de los profesionales integrados en su cuadro médico. El art. 20 LCS ha de ponerse en conexión directa con el art. 18 LCS. Con carácter general, el asegurador deberá satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo (art. 18.1 LCS). En todo caso, debe abonar, en los cuarenta días posteriores al siniestro, el importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias conocidas. Tal previsión no resulta aplicable a este seguro, porque el art. 18.1 LCS tiene un contenido pensado únicamente a obligaciones de dar, y el asegurador de asistencia sanitaria asume efectuar la prestación de un servicio.

44. Vid.: GONZÁLEZ, U., “El interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de seguro: la excepción, de pago basada en causa justificada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 954, p. 10.

Ahora bien, tal supuesto sí encajaría en el seguro de enfermedad en sentido estricto, pues la cobertura abarca el abono total o parcial de los gastos médicos que realiza el asegurado. Aquí, bastará con que este último acredite la producción del siniestro y la prestación de servicio médico recibido junto con el coste de aquél, lo que podrá probar mediante la exhibición o entrega de las oportunas facturas que expida el facultativo⁴⁵.

Considerando lo expuesto, el asegurador de asistencia sanitaria incurre en mora a los tres meses desde la producción del siniestro (art. 20 3.º LCS) sin que haya cumplido su obligación asistencial. Acontecida la enfermedad del asegurado, resulta innecesaria su verificación a través de peritos y expertos, pues la obligación de hacer no depende de una previa determinación de una cuantía indemnizatoria⁴⁶. Durante este período y, habiendo manifestado el asegurado la enfermedad, el asegurador deberá procurar la asistencia médica; y, de no hacerlo en esos tres meses, abonar, además, el interés del art. 20 4.º LCS. Como ya se indicó, dichos intereses se aplicarán mientras el cumplimiento tardío de la prestación continúe siendo útil para el asegurado mientras se encuentre en estado de mora.

Sobre esto último, cabe plantear cuándo deja de haber mora por advenimiento del incumplimiento definitivo por excesiva intempestividad en la recepción del servicio médico para el asegurado (ya carente de utilidad para él). El seguro de asistencia sanitaria, por su propia naturaleza, determina la necesidad de que el asegurador facilite la prestación sanitaria en un período de tiempo breve, aunque el estado de necesidad del paciente no presente un cuadro urgente. Para el asegurado, uno de los motivos para optar por una cobertura sanitaria privada es la celeridad en el acceso al personal e instalaciones clínicas. A modo de ejemplo, cuando solicita una consulta de atención primaria o especializada, suele recibirla en pocos días, a veces en el mismo día si el facultativo elegido tiene disponibilidad de agenda. En supuesto de practicar una analítica de sangre, los centros médicos suelen programar entre uno y dos días concretos por semana para realizar las extracciones, y dos días después ya disponen del informe con los resultados. Por tanto, se infiere la escasa probabilidad de que el asegurador rebase los tres meses del art. 20 3.º LCS y, en consecuencia, devengue los mencionados intereses de demora (art. 20 4.º LCS).

En la práctica, si el asegurado no recibe la asistencia a los pocos días de comunicar al asegurador su enfermedad, éste último no incumple de conformidad al art. 20 LCS (salvo que transcurran 3 meses); sin embargo, atendiendo a la naturaleza del seguro y a las circunstancias personales del

45. Fue el asunto recogido en la STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 440), relativa a un seguro de enfermedad con garantía de reembolso de los gastos de tratamiento causados por el profesional y el centro de su elección.

46. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., pp. 99-100; y CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 144.

paciente, es probable que éste decida no renovar la póliza con la misma entidad aseguradora. Así, los efectos negativos derivados de una prestación no efectuada en tiempo inmediato o muy próximo a la solicitud, tendrán un impacto en la conducta del consumidor a la hora de seleccionar o renovar su seguro sanitario por razones de competencia entre los distintos operadores que ofertan productos y servicios de este tipo.

Ahora bien, procede plantear qué ocurre en supuestos de prestación asistencial médica continuada, indicada para enfermedades que requieren una atención y seguimiento prolongados (consultas, diagnósticos, ingreso hospitalario, intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, etc.). En estos casos, si para evitar la mora es preciso el cumplimiento íntegro de la obligación del asegurador hasta alcanzar la plena sanación del paciente (todos los actos médicos necesarios), es fácil que rebase el plazo de tres meses. Sin embargo, no parece esta la posición más razonable porque la duración del tratamiento no depende del asegurador, sino de la enfermedad que presente el asegurado al tiempo de requerir los servicios asistenciales. Lo relevante es el tiempo que transcurre en cada acto clínico, aunque se ejecute en el seno del mismo tratamiento médico. Si, entre cada uno de ellos, dista un período superior a tres meses, el asegurador incurre en mora, salvo que para reestablecer la salud del asegurado resultara conveniente el transcurso de un tiempo superior; en este caso, la mora del asegurador queda fundada en una causa justificada que no le sería imputable (art. 20 8.º LCS)⁴⁷.

Para calcular los intereses moratorios, la base del importe está constituida por el valor de la prestación del asegurador, de modo que será el coste del servicio médico que requeriría el paciente. En este sentido, dependerá de la consulta (general y, en su caso, especializada), así como las eventuales pruebas que fuera necesario realizar; además, la tarifa cobrada varía en función del centro clínico o profesional seleccionado por el asegurado. Por tanto, una vez verificada la cantidad total del servicio en su conjunto, se tomará como referencia para la determinación del interés, según el porcentaje indicado en el art. 20 4.º LCS.

2.2. Retardo en el pago de la responsabilidad indemnizatoria derivada de los daños causados por el facultativo

Otro aspecto muy controvertido en el seguro de asistencia sanitaria es el relativo a la mora del asegurador en el pago de la indemnización cuando resulta condenado por los daños causados por el facultativo negligente que incumple la *lex artis*. Los profesionales de la medicina cuentan con un seguro de responsabilidad civil⁴⁸, generalmente adaptado a la especialidad

47. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., p. 101.

48. Para el ejercicio privado de la profesión sanitaria se requiere la contratación de un seguro, conforme dispone el art. 46 1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de

de la medicina en que opere. Ocurre, no obstante, que en muchas ocasiones, las coberturas de estos seguros quedan sobrepasadas por el importe del resarcimiento en casos de condena judicial al facultativo. Así, el excedente de la indemnización no cubierto por el seguro de responsabilidad civil se imputa al asegurador de asistencia sanitaria a través de los criterios ya examinados en apartados anteriores.

Se plantea la cuestión controvertida sobre qué tipo de interés debe abonar el asegurador sujeto a una eventual condena indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados al asegurado por una asistencia negligente del facultativo. Se discute si resulta aplicable el tipo contemplado en el art. 20 LCS, o bien el régimen general del interés de demora determinado en el art. 1108 CC. Es preciso considerar que el deber principal del asegurador consiste en la prestación del servicio sanitario, entendida ésta como la obligación directa y principal del contrato; ahora bien, la indemnización derivada de los daños ocasionados por la actuación dolosa o negligente de sus auxiliares no está expresamente contemplada en el LCS, sino que deriva de la responsabilidad contractual, prescrita en el art. 1101 CC. En esta sede, la discusión se ha llevado por distintos cauces.

A. Posición del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el interés de demora del asegurador en el pago de la condena indemnizatoria por la defectuosa asistencia sanitaria de sus auxiliares-médicos. La posición del Alto Tribunal se ha mantenido uniforme, determinando que el art. 20 LCS resulta plenamente aplicable a este resarcimiento. El fundamento de esta postura radica en que los intereses de demora del precepto mencionado deben ejecutarse en la demora del cumplimiento de cualquier obligación del asegurador que tenga su origen, directa o indirectamente, en la LCS. En torno al elenco de resoluciones dictadas, procede exponer el estado de la cuestión destacando las que consideramos más relevantes, con expresa indicación de las particularidades de cada una de ellas.

La STS de 4 de junio de 2009⁴⁹ abordó la cuestión sobre un caso relativo a unos daños cerebrales graves que sufrió una niña por la administración de un medicamento barbitúrico (fenobarbital) veinticuatro horas después de su nacimiento; como resultado de las lesiones, la niña finalmente fallece por efecto de una parada cardio-respiratoria. Los padres demandan, entre otros,

ordenación de las profesiones sanitarias (BOE de 23 de noviembre de 2003): “*Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios*”. Es un requisito *sine qua non* para el desempeño de la medicina privada, como también nos lo recuerda el art. 8 e) de la citada Ley 44/2003.

49. STS de 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380).

a la médico que ordeno la aplicación del tratamiento y a la aseguradora (ADESLAS, S.A.), quienes resultan finalmente condenados en solidaridad (junto con otros implicados) al pago de una indemnización equivalente a 396.834,11 €, imponiendo a la aseguradora los intereses de demora del art. 20 LCS, indicando que se trata de “una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero” y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador”.

Posteriormente, el Tribunal Supremo dictó una sentencia de Pleno para abordar la cuestión con gran detalle. La STS de febrero de 2018⁵⁰ examinó un caso relativa a una paciente-asegurada que se sometió a una intervención quirúrgica practicada por facultativos del cuadro médico de la aseguradora, Igualatorio Quirúrgico Médico, S.A. Posteriormente, demandó a los médicos por los daños ocasionados por mala praxis; en casación, el Alto Tribunal sentó jurisprudencia dictaminando que el art. 20 LCS “*no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia, en virtud del cual se la condena*”.

Misma solución alcanzó la STS de 22 de octubre de 2019⁵¹, en la que el padre de un menor recién nacido interpuso demanda contra Sanitas, Sociedad Anónima de Seguros, reclamando, con base en el seguro de asistencia sanitaria suscrito por él y por su esposa, una indemnización de 1.636.303 euros y una pensión vitalicia de 450 euros mensuales y los intereses previstos en la LCS, todo en origen de la responsabilidad civil de la facultativa (integrada en el cuadro médico de la aseguradora) por los daños y perjuicios causados al niño, consistente en lesiones cerebrales a resultas de asfixia perinatal por una mala praxis durante la gestión del parto. Cabe destacar, también, la STS de 29 de abril de 2021⁵² enjuicia un caso de responsabilidad de una aseguradora de asistencia sanitaria, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A. (en lo sucesivo: ASISA), frente a una asegurada, Dña. Dulce, que experimenta un importante perjuicio provocado por un facultativo de un centro hospitalario propiedad de la primera. Concretamente, la asegurada, en su calidad de funcionario público, pertenecía al colectivo Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), entidad con la que tenía concertado un contrato de gestión de servicio público (de asistencia sanitaria). Dña. Dulce, de 36 años, quedó embarazada de su primer hijo tras someterse a un procedimiento de fecundación in vitro. Durante la gestación, recibió asistencia médica por parte de una facultativa de ASISA (mediante el concierto establecido entre ésta y MUFACE), quien realizó revisiones periódicas sobre el estado del feto hasta que, finalmente, dio a luz. No se encontraron anomalías en su estado de salud; sin embargo,

50. STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 219).

51. STS de 22 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4457).

52. STS de 29 de abril de 2021 (RJ 2021, 2007).

al mes de vida, la recién nacida precisó asistencia médica urgente por un cuadro de insuficiencia respiratoria. La misma médico diagnosticó a la niña una enfermedad denominada “truncus arteriosus tipo I” y una disfunción ventricular izquierda, falleciendo a las pocas horas de su ingreso. Las dos resoluciones citadas reiteraron la aplicación del art. 20 LCS citando la sentencia de pleno de 2018.

B. Nuestra postura

Examinada la línea argumental del Tribunal Supremo en materia de recargo por demora en el seguro de asistencia sanitaria, procede efectuar nuestras consideraciones. Entendemos la posición jurisprudencial examinada algo excesiva y gravosa para el asegurador; además, desde nuestro punto de vista, el art. 20 LCS no casa muy bien con el objeto y contenido del seguro de asistencia sanitaria.

En primer lugar, el citado precepto tiene como objeto principal el establecimiento de los intereses moratorios relacionados con el contrato de seguro, si bien entendemos que ha de tratarse de obligaciones principales y directas del asegurador. En este sentido, conforme a los arts. 18 y 20 LCS, los intereses penitenciales se aplican ante el incumplimiento de obligaciones de dar (indemnización de daños producidos como consecuencia del siniestro sufrido por el bien asegurado) o de hacer (reparar o reponer el objeto siniestrado), y no se ajusta plenamente a la peculiar obligación asumida por el asegurador de asistencia sanitaria. Por un lado, el asegurador no se obliga a dar ninguna cosa, sino a realizar un hacer: poner a disposición del asegurado un cuadro médico de calidad, previamente seleccionado, organizado y gestionado por aquél. Sólo en los seguros de enfermedad en sentido estricto o mixtos, donde el reembolso de gastos constituye un deber de tal tipo (dar), es posible verificar la aplicación de los intereses moratorios ex art. 20 LCS cuando se produce un retraso en el pago de aquéllos⁵³. Por otro lado, la prestación de hacer referida en el art. 18.2 LCS parece estar relacionada exclusivamente a los seguros de daños. Pese a estar ubicado en la sección de la LCS que regula los aspectos comunes a todo seguro, hace expresa referencia a la “*reparación o reposición del objeto siniestrado*”, término que

53. Dispuso con gran acierto la SAP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007, 194526): “Será clara la aplicación del art. 20 LCS en aquellas pólizas mixtas donde junto a la asistencia sanitaria el asegurador se compromete a reembolsar total o parcialmente los gastos médicos y farmacéuticos asociados a una enfermedad o lesión del asegurado cubierta por la póliza (v.gr., gastos de asistencia médica de urgencias fuera del cuadro médico y hospitalario previsto en la póliza), respondiendo así a una lógica indemnizatoria. Pero cuando el asegurador se comprometa a la prestación asistencial de servicios médicos y hospitalarios, sólo se producirá la mora prevista en el art. 20 LCS en las muy poco probables situaciones en que, en el plazo máximo de tres meses desde que se produzca el siniestro (*cf.*, art. 20.3.º LCS; en este caso la enfermedad o lesión del asegurado) no se pongan a disposición del asegurado los servicios necesarios para el tratamiento de su lesión o enfermedad que estén previstos dentro de la cobertura de la póliza”. En sentido similar: SAP de Pontevedra de 11 de septiembre de 2019 (JUR 2019, 273982).

no casa bien cuando el asegurado es una persona (entendida como objeto siniestrado), sino sólo cuando se trata de bienes patrimoniales⁵⁴.

Ahora bien, en el seguro de asistencia sanitaria podría plantearse la aplicación de los mencionados intereses ante un retraso en la prestación del servicio médico por parte del asegurador, si bien tal supuesto resultará muy improbable en la práctica⁵⁵. De este modo, la mora comenzaría a operar transcurridos tres meses desde que se constate la enfermedad o lesión y se produzca la reclamación de los servicios asegurados sin que el asegurador comience a prestarlos de manera efectiva (por sí mismo o a través de terceros); o bien, partiendo del carácter continuado habitual de la asistencia sanitaria, si transcurrieran más de tres meses entre diferentes actos médicos u hospitalarios. No obstante, alguna resolución jurisprudencial considera esta prestación de hacer ajena, en principio, a la lógica indemnizatoria que subyace al mencionado art. 20 LCS⁵⁶; y, atendiendo al interés en juego (la salud del asegurado) en lugar de recurrir a la aplicación del art. 20 LCS por incumplimiento tardío o definitivo de los servicios médicos previstos en la póliza, seguramente podría invocarse directamente el incumplimiento contractual ex arts. 105 LCS y 1101 y ss. CC⁵⁷.

Una vez cumple el asegurador facilitando en tiempo y forma al asegurado el acceso a los servicios de un profesional integrado en su cuadro asistencial, será del todo imposible aplicar los intereses del art. 20 LCS sobre esta prestación. En torno al resarcimiento derivado de una negligencia médica por mala praxis del facultativo, se aleja del deber principal del asegurador (la puesta a disposición de los servicios sanitarios que, además, ya realizó), por cuanto no deriva de la propia LCS, sino de la responsabilidad general por daños regulada en el Código civil (arts. 1101 y ss.)⁵⁸. Cabe

54. Esta reflexión ya la expuso MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., en su obra: “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, cit., p. 66-67.

55. SAP de Madrid de 16 de marzo de 2018 (JUR 2018, 149204): “ASISA no se comprometió a pagar ninguna indemnización por la concurrencia de un determinado siniestro sino que concertó con el actor un seguro de asistencia médica por el que se comprometía a prestarle la asistencia sanitaria lo que hizo en tiempo sin incurrir en mora, resultando la indemnización concedida en esta sentencia por apreciar deficiencias en la citada prestación sanitaria que realizó en tiempo. Por tanto, no consideramos que concurra el supuesto básico para la aplicación del artículo 20 de la LCS a este caso, mora en el cumplimiento de la prestación objeto del seguro, por lo que mantendremos los intereses legales que han sido admitidos por la magistrada de instancia, que se aumentarán desde la fecha de la sentencia de instancia del modo establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

56. SAP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007, 194526).

57. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, cit., p. 100-105.

58. En tal sentido, expone DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., [“El recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el seguro de asistencia sanitaria”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 107, 2018, p. 331-359, consultado en: <https://insignis.aranzadigital.es>, referencia (BIB 2018, 10411)] que el incumplimiento en la prestación principal del asegurador (prestar el servicio médico) puede

mencionar el interesante voto particular del Magistrado SALAS CARCELLER con ocasión de la citada STS de 6 de febrero de 2018⁵⁹: “ *dicha deuda cuya existencia no se discute, nacida de responsabilidad por hecho de otro, no ha de quedar sujeta a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que sanciona exclusivamente la mora por parte de la aseguradora en el cumplimiento de las obligaciones derivadas directamente del propio contrato de seguro. Entiendo que se trata de una norma excepcional que, en parte tiende a la actualización de la cantidad debida pero sobre todo –de ahí lo inusual del alto porcentaje de interés previsto– a sancionar un incumplimiento contractual imputable a la aseguradora, que se obligó a realizar determinada prestación económica –originalmente o por sustitución– a cambio del cobro de una prima y, sin embargo, surgida su obligación, deja de cumplirla en tiempo. Así se deriva de lo dispuesto por el citado artículo 20 cuando dice que dicho interés agravado se aplicará «si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación»; prestación que no es otra que la que constituye directamente el objeto del contrato (asistencia médica) y no la que puede derivar –como sucede en este caso– de la aplicación de una norma ajena al contrato de seguro como es la del artículo 1903 del Código Civil, según el resultado de la asistencia prestada*”.

Considerando lo expuesto, entendemos que no es posible aplicar intereses del art. 20 LCS a la indemnización de daños ocasionados por una negligencia del facultativo integrado en el cuadro asistencial. Dicho precepto tiene un eminente carácter sancionador⁶⁰, y procura evitar que el asegurador incurra en el retraso de una obligación nacida directamente de la LCS y resulte imputable a él, y no se aplica a prestaciones derivadas de otro cuerpo legal y producida por hecho de otro. Además, cabe mencionar que las entidades aseguradoras no realizan provisiones técnicas para cubrir estas eventuales indemnizaciones, básicamente porque no las consideran como supuestos probables y derivados de un incumplimiento en la prestación sanitaria. Así, entendemos que la atribución desmesurada de la responsabilidad a los aseguradores por actos negligentes de sus profesionales y la aplicación de los intereses del art. 20 LCS provocará consecuencias negativas, que repercutirán sobre el mercado financiero y sobre los

dar lugar a la aplicación del art. 20 LCS, pero no el de las prestaciones derivadas de la asunción de la posición de garante (la demora en el pago de la indemnización de los daños provocados por la prestación negligentemente realizada), pues debe configurarse como complementaria de la principal. Por su parte, TAPIA HERMINDA, A. J., (“Los intereses moratorios del art. 20 de la LCS en general y su aplicación en el seguro de asistencia sanitaria en particular”, consultado en <http://ajtapia.com/2018/04/los-intereses-moratorios-del-art-20-de-la-lcs-en-general-y-su-aplicacion-en-el-seguro-de-asistencia-sanitaria-en-particular/>) entiende que, si los intereses moratorios del art. 20 de la LCS resultan anacrónicos para el contrato de seguro en general; son particularmente inadecuados cuando se aplican a las indemnizaciones que deba pagar a un asegurado una compañía de seguros de salud declarada civilmente responsable por una mala praxis médica de profesionales de su cuadro en el seguro de asistencia sanitaria.

59. STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 219).

60. Vid., infra.

asegurados. La medida más importante que adoptarán las compañías ante el advenimiento de esta responsabilidad consistirá en una reducción de los servicios clínicos (sobre todo de aquellos que impliquen un mayor riesgo para el paciente, como, por ejemplo, ciertos tipos de operaciones quirúrgicas), así como de la calidad sobre los mismos, pues la inversión, en su caso, de gestión en la infraestructura, será menor ante la necesidad de reservar partidas económicas para cubrir estos resarcimientos⁶¹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BELLO JANEIRO, D., “La culpa en la responsabilidad sanitaria y su repercusión en el seguro”, en VEIGA COPO, A. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 585-628.
- CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2008.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el seguro de asistencia sanitaria”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 107, 2018, pp. 331-359.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º 8, 2013, pp. 388-407.
- GALÁN CORTÉS, C., “Responsabilidad civil y seguro de asistencia sanitaria”, en VEIGA COPO, A. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 571-584.
- GARCÍA MARTÍN, I., “El seguro de accidentes”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Contratos mercantiles*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 836-871.
- GONZÁLEZ, U., “El interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de seguro: la excepción, de pago basada en causa justificada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 954.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.
- LACASA GARCÍA, R., “Devengo de intereses moratorios”, en BATALLER GRAU, J. (Dir.); y VEIGA COPO, A. (Dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 839-899.
- LÓPEZ VALVERDE, M., *Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria*, Sepin, Madrid, 2018.

61. CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil de asegurador de asistencia sanitaria*, cit., p. 206.

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 282, 2011, pp. 57-98.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”, en BATALLER GRAU, J (Dir.); y VEIGA COPO, A. (Dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1419-1459.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2002.
- MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 771, pp. 456-471.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *Los seguros marítimos y aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SBRESSA AGNENI, A., “Danno per responsabilità del fatto degli ausiliari”, en CENDON, P. (Dir.), *Responsabilità civile*, Utet, Vicenza, 2020, pp. 1489-1506.
- TAPIA HERMINDA, A. J., (“Los intereses moratorios del art. 20 de la LCS en general y su aplicación en el seguro de asistencia sanitaria en particular”, consultado en <http://ajtapia.com/2018/04/los-intereses-moratorios-del-art-20-de-la-lcs-en-general-y-su-aplicacion-en-el-seguro-de-asistencia-sanitaria-en-particular/>).
- VÁZQUEZ DE PADURA, M., “La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, n.º 128, 2006, pp. 845-854.
- VEIGA COPO, A., *Tratado del contrato de seguro*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.